



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Maestría en Género y Desarrollo

Análisis desde el enfoque de género de las resoluciones de tenencia de las y los hijos,  
en la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de  
Justicia del Azuay, en los años 2014-2018

Trabajo de titulación previo a la  
obtención del título de Magíster en  
Género y Desarrollo

Autor:

Abg. Elena Carolina Pesántez Salcedo

C.I. 0104868021

karopesantez1303@gmail.com

Director:

MsC. Diego Gonzalo Jadán Heredia.

C.I 0103169157

Cuenca-Ecuador

31/01/2020



## RESUMEN

El presente trabajo de titulación, de alcance descriptivo, de paradigma interpretativo – cualitativo, tuvo como objetivo general analizar los elementos legales y socioculturales que sustentan las decisiones de las juezas y los jueces de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en los juicios sobre la tenencia de hijos e hijas en el período 2014-2018. Para cumplir con el objetivo, se seleccionó una muestra constituida por 7 sentencias y 5 jueces y juezas de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, las técnicas usadas fueron revisión de documentos (Sentencias) y entrevistas abiertas. Los resultados de la investigación dan cuenta de los componentes legales, sociales y culturales manifestados en las resoluciones sobre tenencia, tanto como las creencias y percepciones de las juezas y los jueces sobre la tenencia monoparental y la compartida. Las principales conclusiones a las que se han llegado son: La Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en los años 2014-2018 ha hecho uso de legislación nacional e internacional, prima la Constitución de la República, el Código de la Niñez y Adolescencia, y la Convención sobre los Derechos del Niño sobre el principio de interés superior de las niñas, niños y adolescentes. En las sentencias se evidencia enfoque de género en la base legal, persiste fragmentos de legislación que perpetúa el sistema patriarcal con las desigualdades y acompañan los argumentos jurídicos de autores reconocidos. Los factores sociales y culturales que determinan las decisiones de las y los jueces en las resoluciones sobre tenencia devienen mayormente de la construcción social patriarcal, tales como roles de género, violencia intrafamiliar, división sexual del trabajo, situación económica de los progenitores y otros como la migración. Las creencias y percepciones de los jueces y las juezas sobre la tenencia monoparental evidencian limitaciones, riesgos, y resistencias cuando se analizan con enfoque de género; se cree que la tenencia compartida, es una institución que nace del acuerdo entre progenitores, se constituye en una alternativa mayormente favorable de la tenencia patriarcal, aunque se evidencian otro tipo de limitaciones.

**Palabras clave:** Tenencia. Género. Familia patriarcal. Corresponsabilidad. Igualdad



## ABSTRACT

This thesis of descriptive scope, of interpretive - qualitative paradigm, had as a general objective to analyze the legal and socio-cultural elements that support the decisions of female and male judges of the Family, Women, Children and Adolescents Chamber of the Court of Justice of Azuay, in the trials of custody of sons and daughters in the 2014-2018 period. To meet the objective, a sample consisting of seven sentences and five judges of the Family, Women, Childhood and Adolescence Chamber of the Court of Justice of Azuay was selected, the techniques used were document review (Judgments) and open interviews. The results of the investigation account for the legal, social and cultural components manifested in the resolutions on child custody, as well as the beliefs and perceptions of female and male judges on single-parent and shared child custody. The main conclusions reached are: The Family, Woman, Childhood and Adolescence Chamber of the Court of Justice of Azuay, in the years 2014-2018 has made use of national and international legislation, the Constitution of the Republic, the Code of Children and Adolescents, and the Convention on the Rights of Children on the principle of best interest of girls, boys and adolescents. The judgments show a gender approach with a legal basis, fragments of legislation that perpetuate the patriarchal system with inequalities and coincide with the legal arguments of recognized authors. The social and cultural factors that determine the decisions of judges in the resolutions on child custody come mostly from patriarchal social construction, such as gender roles, domestic violence, sexual division of labor, economic status of parents and others such as migration. The beliefs and perceptions of female and male judges about single parent child custody show limitations, risks, and resistance when analyzed with a gender approach; It is believed that shared child custody, an institution born of the agreement between parents, is a mostly favorable alternative to patriarchal child custody, although other limitations are evident.

**Keywords:** Tenure. Gender. Patriarchal family. Stewardship. Equality



## INDICE

RESUMEN .....	2
ABSTRACT.....	3
INDICE.....	4
CLÁUSULA DE LICENCIA Y AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
DEDICATORIA .....	8
AGRADECIMIENTO .....	9
INTRODUCCIÓN .....	11
1.1 Justificación .....	11
1.2 Planteamiento del problema.....	13
1.3 Objetivos de la investigación .....	14
Objetivo general.....	14
Objetivos específicos .....	15
2. MARCO TEÓRICO.....	16
2.1 El patriarcado y la socialización patriarcal .....	16
2.2 Feminismo, género, derecho y derechos.....	21
2.3 La familia patriarcal: crítica feminista.....	29
2.4 Jerarquización de las dicotomías .....	33
2.5 Iguales o Diferentes .....	36
3. MARCO JURÍDICO.....	40
3.1 Derecho de familia en legislación comparada .....	40
3.2 La evolución legislativa del derecho de cuidado y tenencia .....	43
3.4 La figura de la tenencia en el Ecuador: una crítica.....	49



3.3 La tenencia en legislación comparada .....	53
4. ESTADO DE ARTE .....	55
5. METODOLOGÍA .....	59
5.1 Alcance y enfoque de la investigación.....	59
5.2 Categorías de análisis.....	60
5.3 Población y Muestra .....	61
5.4 Técnicas de recogida de Información .....	61
5.5 Técnica de procesamiento de datos.....	62
6. RESULTADOS Y DISCUSIÓN .....	65
6.1 Componentes legales manifestados en las resoluciones sobre tenencia en la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay .....	65
6.2 Factores sociales y culturales que determinan las decisiones de las y los jueces en las resoluciones sobre tenencia en la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la corte provincial de Justicia del Azuay .....	72
6.3 Creencias y percepciones de los jueces y las juezas de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la corte provincial de Justicia del Azuay sobre la tenencia de hijos e hijas. .	81
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	92
RECOMENDACIONES.....	98
BIBLIOGRAFÍA .....	102
ÍNDICE DE GRÁFICOS .....	109



---

Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio  
Institucional

---

Elena Carolina Pesántez Salcedo en calidad de autora y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación: Análisis desde el enfoque de género de las resoluciones de tenencia de las y los hijos, en la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en los años 2014-2018., de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior

Cuenca, 31 de Enero de 2020

Elena Carolina Pesántez Salcedo

---

C.I. 0104868021



### Cláusula de Propiedad Intelectual

---

Elena Carolina Pesántez Salcedo en calidad de autora y titular del trabajo de titulación: Análisis desde el enfoque de género de las resoluciones de tenencia de las y los hijos, en la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en los años 2014-2018., certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, 31 de Enero de 2020

Elena Carolina Pesántez Salcedo

C.I. 0104868021



## **DEDICATORIA**

A mis hijos Juan Francisco,  
Pablo Santiago e Irene Victoria,  
por un goce pleno de derechos y  
libertad.





## **AGRADECIMIENTO**

A las y los Jueces de la Sala de la Familia Niñez Mujer y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, por su apoyo y predisposición al momento de realizar esta investigación.

Al Dr. Diego Jadán Heredia, excelente ser humano defensor de derechos y justicia.

A mi esposo Juan Francisco Salamea, por su apoyo día a día en la lucha de mis ideales.





**Análisis desde el enfoque de género de las resoluciones de tenencia de las y los hijos, en la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en los años 2014-2018**

**INTRODUCCIÓN**

**1.1 Justificación**

Recomendaciones de la literatura académica y científica en torno a los hechos jurídicos, actualmente apuestan por abrir los cimientos del patriarcado generando nuevos espacios para el relacionamiento de hombres y mujeres en distintas formas de familia, establecer diálogos sobre la tenencia de las hijas e hijos, con nuevas reglas, condiciones sociales y legales necesarias y forjar una relación igualitaria tanto para madres y padres con sus hijos.

Al mismo tiempo que se ha considerado que los deberes y obligaciones de los padres y madres con sus hijos, deben lograr y permitir el desarrollo de actividades afectivas, cotidianas, profesionales y personales de cada uno en relación con sus hijos; se ha considerado también que ambos progenitores deben garantizar el principio de igualdad permitiendo que, tanto mujeres como hombres, puedan desarrollarse personal y profesionalmente a la vez que velan por el cuidado y protección de sus hijos.

La Constitución de la República del Ecuador delega a los administradores de justicia, investidos de autoridad, a velar por el cumplimiento de los derechos de las personas y en especial de los niños, niñas y adolescentes. El papel de las y los administradores de justicia; es buscar en sus decisiones judiciales, dejando a un lado el mantenimiento de roles esencialistas entre hombres y mujeres (intereses personales y relaciones de poder), una tenencia compartida corresponsable y que dé garantías del cumplimiento de esos derechos.



A partir del año 2014 se crea la Sala Única de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, conformada por seis Juezas y un Juez, buscando más allá de lo neutro, rescatar la justicia especializada que es una de las demandas de los movimientos feministas en el país.

En el año 2017 se sugiere la reforma del Código de la Niñez y Adolescencia en el cual la figura de la tenencia, a más de ser uniparental y otorgada a un familiar, es compartida bajo ciertas condiciones y procedimientos reglamentados. Esta reforma hasta el momento no ha sido aprobada.

Por lo antes mencionado, es deber y obligación de los profesionales del ámbito jurídico formularse preguntas como ¿Cuál es la realidad concreta sobre la tenencia de los niños, niñas y adolescentes en la localidad?, ¿Qué principios consideran las y los jueces de la Sala de la Familia Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay como prioritarios para la resolución de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes?, ¿Qué factores socioculturales están presentes en las situaciones familiares y; por lo tanto, determinan las decisiones de las y los jueces de la Sala de la Familia Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay?, ¿Qué otros criterios determinan las resoluciones de las y los jueces de la Sala de la Familia Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay?; preguntas que son de interés profesional y personal para la autora.

De la misma manera, hoy en día se ha puesto énfasis en el enfoque de género, gracias a las luchas de los movimientos feministas en procura de una sociedad igualitaria que; en el ámbito de la tenencia de los niños, las niñas y adolescentes, apuesta por la tenencia compartida. A nivel personal y profesional me inclino por el feminismo y a la idea de que la tenencia debe ser compartida, siempre que se garantice la seguridad y bienestar de los niños, niñas y



adolescentes, por lo que considero que el tema de investigación es apasionante, a la vez que necesario a fin de proporcionar a la comunidad jurídica y científica, información actualizada y relevante sobre la tenencia en la ciudad de Cuenca correspondiente al período 2014 – 2018.

## **1.2 Planteamiento del problema**

La sociedad antigua, premoderna y hasta la actual en sus componentes estructurales y culturales se ha caracterizado por ser patriarcal, construida por las ideas, símbolos y metáforas de un bagaje histórico que reconoce, en todo aquello que se determina como “masculino” un plus de poder que subordina a todo aquello que se determina como “femenino”; la reproducción de este modelo de convivencia ha sido inevitable tanto en el nivel macro del Estado, como en el nivel micro de la familia; de hecho, con la formación de los Estados modernos, este poder masculino (del *pater familia*) pasa al Estado, y es garantizado a través de la ley y la economía, así como a través de las demás instituciones y constructos sociales que tienen el mandato de la sujeción de las mujeres al padre, al marido y a los hombres/varones en general, lo que impidió e impide la constitución de las mujeres como sujetos políticos y de derechos. (Facio & Fries, 2005; Amorós, 1994)

El patriarcado ha ejercido influencia en la construcción de toda la producción cultural de una sociedad concreta en un estadio histórico concreto; el Derecho y los marcos legales, no escapan a esta visión androcéntrica que crea, recrea y perpetua la sociedad a su imagen y semejanza. (Facio & Fries, 2005)

En términos generales el patriarcado puede definirse como un sistema de relaciones sociales sexo-políticas que crean, recrean y perpetúan la institucionalidad, pública y privada, que garantiza la solidaridad interclases e intragénero de los varones, para someter a las mujeres de



forma colectiva y personal; es decir, desde el sistema y desde sus actuaciones individuales. (Facio & Fries, 2005)

En contextos patriarcales, los roles, hábitos, conductas, formas culturales e instituciones son determinados para hombres y mujeres de manera diferenciada, dicotómica y complementaria: la familia es cosa de mujeres, el cuidado de los miembros de una familia es política de mujeres; la tenencia y responsabilidad, afectiva, emocional, académica de los hijos e hijas, son parte de lo que corresponde al mundo de lo femenino. A los hombres les corresponde, proteger, mantener y supervisar su familia. (Amorós, 1994; Cagigas, 2000; Facio & Fries, 2005)

En este sentido, el sistema patriarcal fuertemente institucionalizado en la sociedad ecuatoriana puede estar influenciando en las resoluciones de los jueces y juezas de la Sala de la Familia Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, con amparo en la legislación donde la figura principal es de la tenencia patriarcal, pues al no llegar a un acuerdo entre los padres de los hijos e hijas menores de edad, se estipula que la tenencia sea confiada principalmente a la madre, evidenciando la reproducción de roles y estereotipos de género como el que la madre es la mejor cuidadora.

### **1.3 Objetivos de la investigación**

#### **Objetivo general**

Analizar los factores legales, sociales y culturales que sustentan las decisiones de las y los jueces de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en los juicios sobre la tenencia de hijos e hijas en el período 2014-2018



### **Objetivos específicos**

- Determinar los componentes legales manifestados en las resoluciones sobre tenencia en la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la corte provincial de Justicia del Azuay
- Determinar los factores sociales y culturales que determinan las decisiones de las juezas y los jueces en las resoluciones sobre tenencia en la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la corte provincial de Justicia del Azuay
- Determinar las creencias y percepciones de los jueces y las juezas de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la corte provincial de Justicia del Azuay sobre la tenencia de hijos e hijas.



## 2. MARCO TEÓRICO

### 2.1 El patriarcado y la socialización patriarcal

El concepto de patriarcado es antiguo y no necesariamente es un aporte de las teorías feministas. Engels y Weber en su famosa obra “Estado, Familia y Propiedad Privada” lo mencionan como el sistema de dominación más antiguo, concordando ambos en que el patriarcado tiene relación con un sistema de poder y por lo tanto de dominio del hombre sobre la mujer (Facio & Fries, 2005).

Por otro lado se trata de la “toma del poder masculino por orden biológico” en términos de lo político y económico o de un tema de llevar a cabo los intereses masculinos a través del control, sumisión y opresión. A lo largo de los años la figura masculina ha sido incuestionable, implicaba hablar de toda la humanidad en donde las mujeres quedaban al margen, era lo abyecto e invisible. (Sau, 1981; Cagigas, 2000).

La sociedad antigua, premoderna y hasta la actual en sus componentes estructurales y culturales se ha caracterizado por ser patriarcal, construida por las ideas, símbolos y metáforas de un bagaje histórico mesopotámico y hebreo principalmente; la reproducción de este modelo ha sido inevitable tanto a nivel macro con el estado y a nivel micro con la familia; también ha ejercido influencia en la construcción de la norma (Lerner & Tusell, 1990).

Para algunas corrientes feministas, el patriarcado se ha manifestado, incluso se ha institucionalizado en la familia con el dominio masculino ejercido sobre las mujeres, niños y niñas, con connotaciones de autoridad y posesión (Lerner & Tusell, 1990; Fontenla, 2008).





El hecho se ha trasladado a nivel de la sociedad con la imagen pública, en la que el hombre se encuentra vinculado a las instituciones importantes de la sociedad y la mujer es privada de ese acceso, sin implicar que las mujeres no tengan ningún tipo de poder, ni de derechos, influencias o de recursos (Lerner & Tusell, 1990).

La sociedad patriarcal considera que la mujer carece de relevancia y valía en relación con el hombre, y son estos los que deben ocupar predominantemente los cargos de poder en la empresa, en la política, el gobierno y por supuesto dentro de la familia y la casa. El patriarcado es una relación de poder directa entre los hombres y las mujeres, en esta relación, los hombres tienen intereses concretos: la dominación, el poder, la sumisión y la opresión de las mujeres. Esta relación de poder provoca desigualdades entre los dominadores y las subordinadas, entre los hombres, dominando o subordinando, a las mujeres dominadas o subordinadas. Se les asigna a las mujeres espacios físicos y simbólicos que no han sido elegidos por ellas, sin el reconocimiento colectivo genérico, que los hombres se han reservado para sí (Cagigas, 2000).

De acuerdo a Facio y Fries (2005), en todos los sistemas patriarcales se encuentran una serie de características comunes entre las que se citan:

- a) Un sistema histórico, no natural, excluyente.
- b) El dominio del hombre por medio de la violencia sexual contra la mujer, de una manera institucionalizada y promovida por el Estado y sus aparatos ideológicos en donde predomina la fuerza y el dolor a cambio de unos privilegios.
- c) Una relación de subordinación de la mujer ante el hombre; de forma directa cuando ambos se encuentran en la misma categoría y de forma indirecta cuando el hombre se encuentra en una categoría inferior. Se instalan en este apartado las jerarquías como categoría o distinción válida en la convivencia social tales como: el paradigma de lo



humano, el varón blanco, rico, en edad productiva, sin discapacidades físicas y heterosexual.

d) Las diferencias biológicas entre los sexos son las que justifican el mantenimiento del dominio sobre las mujeres, es decir, la superioridad del sexo masculino sobre el sexo femenino (Facio & Fries, 2005).

El sistema patriarcal, no solo que ha negado los derechos de las mujeres, también ha sido garante de la negación de la posibilidad del hombre de ejercer actividades que socialmente no le han sido permitidas debido a que han sido exclusivas y naturales de las mujeres tales como la tenencia, cuidado y crianza de sus hijas e hijos (Amorós, 1994; Arroyo, 2001).

El hecho de ser varón nace de la percepción, el conocimiento y reconocimiento de sus cuerpos físicos, especialmente de la constatación de poseer un órgano sexual masculino. La masculinización deviene por ello de forma natural y se la acepta sin ningún tipo de cuestionamiento (Bourdieu, 1998).

La familia, a través de la mirada de los padres, inicia la diferenciación e identificación de los niños y las niñas con el género correspondiente, y por tanto la asignación de roles, expectativas, atributos y costumbres, sumado a los tratos diferenciados, calificativos específicos, juegos y juguetes asignados que determinarán la masculinidad y la femineidad; es decir, la construcción de la masculinidad y la femineidad se realiza a la luz de ciertos preceptos arbitrariamente acordados y reproducidos por una sociedad concreta (Facio & Fries, 2005; Británica, 2009).

El padre, por lo general, es el que define de forma directa la construcción de la masculinidad de los hijos varones y la hegemonía masculina con muestras de autoridad y evitando comportamientos demasiado cariñosos que puedan poner en riesgo la sexualidad normal.



Otro referente masculino puede ser cualquier varón de la familia. Algunos roles o estereotipos que permiten la esta instalación se manifiestan por medio de consejos y peticiones del orden como: respetar a las mujeres, no llorar, ser responsable, ser valiente, jugar al fútbol, ser y parecer hombre (llevar pelo corto, caminar y hablar fuerte), y tener gusto por las mujeres (Británica, 2009; Cagigas, 2000; Facio & Fries, 2005).

El proceso de construcción de las masculinidades tiene como punto focal y fundamental “alejar” al varón de todo aquello que sea socialmente considerado como femenino (en el ámbito público y privado). Este alejamiento se da en temprana edad y puede llegar a ser muy doloroso y confuso para los varones. La desvalorización de lo femenino, según los procesos de construcción masculina es la “razón” principal para alejarse de su influencia, sin embargo, es el proceso de masculinización el que requiere desvalorizar lo femenino para identificarse como opuesto y no al contrario (Británica, 2009; Cagigas, 2000; Facio & Fries, 2005).

En el caso de las mujeres, éstas desde una temprana edad puede entender que se encuentran atrapadas en unos roles, actividades y hábitos que, más allá de considerarse muy humanistas, resultan ser una camisa de fuerza en la que no encajan necesariamente, y no quieren, no pueden o no deben ajustarse, a pesar de las expectativas sociales (Británica, 2009; Cagigas, 2000; Facio & Fries, 2005).

Desde estas definiciones patriarcales, una madre, por ejemplo, puede ser catalogada como buena o mala madre: buena cuando se olvida de sí misma y se dedica a otros y mala cuando prioriza sus propios intereses o necesidades. Es por ello que la sociedad necesita ensalzar a las madres como símbolo de lo perfecto, porque simbólicamente es importante que las mujeres se sometan a las expectativas del patriarcado; la maternidad es el terreno imbatible de la femineidad, el asunto más profundamente arraigado, como natural y socialmente



vinculante, en razón del ser mujer. El ejemplo de la expectativa cultural de la “mujer/madre”, es perfecto para relatar la incidencia perniciosa del patriarcado sobre la vida de las mujeres que, en sus experiencias de vida, sufren violencia, abandono, discriminación y desvalorización. La realidad de la expectativa nos lleva además a preguntarnos: ¿Qué pasa con las mujeres que no quieren, ni pueden, ni deben ser madres, según sus propias decisiones? ¿Qué pasa con las madres que no quieren ser esposas? El patriarcado niega las experiencias, los deseos, los intereses, las demandas y el derecho a errar de las mujeres; eso incide, de manera directa, en su proceso de desarrollo, libertad y dignidad y la niega en cuanto sujeto de derechos (De Beauvoir, 1949; Diaz, 2013).

El círculo perverso de la maternidad impuesta a las mujeres, es denunciado por Simone de Beauvoir (1949) que declaraba que ésta (la maternidad) debía ser producto de la libre elección de la mujer y de paso afirmaba que, la opresión de la mujer, conllevaba a la opresión de los hijos y que en estas condiciones las mujeres no podían ser las buenas madres que el patriarcado exige. Una mujer que quiere ser o es madre, decía, debe velar por su propio bienestar: si ella no está bien, los hijos tampoco (De Beauvoir, 1949).

La socialización del patriarcado afecta, a hombres y mujeres, cuando limita la libertad para decidir sobre lo que quieren y necesitan ser en un espacio y tiempo concretos; esta socialización, al limitar la libertad, afecta también la dignidad humana y con ello niega la posibilidad de la evolución social. Una sociedad concreta en particular o la sociedad planetaria en general, no pueden pretender su desarrollo manteniendo el *pacto de caballeros* que les conmina a oprimir a las mujeres en cuanto son mujeres y a invisibilizar lo femenino por considerarlo ajeno a la universalidad y a la razón de lo que se considere masculino. (Facio & Fries, 2005; Británica, 2009; Cagigas, 2000)



## 2.2 Feminismo, género, derecho y derechos

El feminismo no es sino una posición filosófica y política que reconoce la opresión de las mujeres en un sistema patriarcal y dinamiza procesos de lucha en diferentes campos, cuyos objetivos son el de lograr la libertad y conquistar las autonomías para las mujeres, a fin de alcanzar un desarrollo personal y colectivo con dignidad.

Las luchas feministas, desde siempre, se han encaminado a denunciar la anormalidad de las prácticas discriminatorias y a minimizar el dolor infligido por el androcentrismo y el sistema patriarcal para la gran mayoría de mujeres que viven y sienten a diario la opresión, exclusión y las escizas, cuando no, nulas oportunidades de una sociedad profundamente estratificada. El feminismo y sus militantes, han negado el pensamiento y han rechazado los axiomas que mantienen que las diferencias, y con ello las desigualdades, son de orden natural. El feminismo ha proclamado al mundo dos noticias sobre esta cuestión: la mala noticia es que, las brechas y la desigualdad, no son sino productos de construcciones sociales estatuidas e instituidas para mantener privilegios; y la buena noticia es que, al ser producto de la cultura, son susceptibles de ser transformadas (Amorós, 1994; Arroyo, 2001; Salgado, 2004).

En un mundo concebido dicotómicamente, lo femenino y lo masculino se han presentado como esencias opuestas, esta diferencia se ha jerarquizado, y se ha privilegiado lo masculino como superior a lo femenino. Lo masculino, de este modo, se convierte en el parámetro de lo humano, en la vara desde la que se mide lo femenino, que se piensa como “lo otro” (Amorós, 1994; Arroyo, 2001; Salgado, 2004).

En este sistema dicotómico, complementario, jerarquizado y desigual, el derecho, como conjunto de normas, principios, instituciones y prácticas, no escapa del cauce androcéntrico y



es quizás el sistema más sexista de las instituciones patriarcales. En su pretensión de ser objetivo, universal, racional y abstracto, además asumido como masculino, ha dejado muchas veces de lado los problemas, las aspiraciones, las vivencias y las subjetividades de las mujeres.

Históricamente, el sistema jurídico, se ha diseñado desde la perspectiva, necesidades e intereses de los hombres, lo que en palabras de Bourdieu sería “el ser particular que se ve como ser universal (homo), que tiene el monopolio, de hecho y de derecho, de lo humano (es decir, de lo universal), que se halla socialmente facultado para sentirse portador de la forma completa de la condición humana” (Bourdieu, 1998, párr. 3).

Gracias al feminismo y a las propuestas políticas de los distintos feminismos en la historia, se ha logrado poner en evidencia una gran cantidad de normas jurídicas que tienen al hombre como modelo de lo humano, objetivo y neutral, sin tomar en cuenta las necesidades y los intereses de las mujeres en su compleja diversidad y desde sus vivencias específicas. Las demandas de las feministas por la igualdad y por la diferencia, han sido fundamentales para comprender una serie de prácticas desde el derecho que dejan intactas las estructuras asimétricas de poder que subordinan a las mujeres (Amorós, 1994; Arroyo, 2001; Salgado, 2004).

En efecto, existen prácticas y normas que lesionan a las mujeres al negarles igualdad formal, al ser insensibles al género, al invisibilizar la experiencia femenina y concebir a la masculina como central, al generalizar a las mujeres sin tomar en cuenta su diversidad, al declarar igualdad ante la ley sin tomar en cuenta la desigualdad material, al integrar modelos “asimilacionistas” comparando a las mujeres con los hombres, al excluir al Derecho de la



esfera doméstica y no entender la importancia de las preocupaciones cotidianas de las mujeres (Olsen, 2009 ).

Muchas veces, además, al incluir en las normas jurídicas y en las políticas públicas el punto de vista de las necesidades y los derechos de las mujeres, estos se han tratado como “especiales”, como “específicos”, como cuestiones de “grupo vulnerable” o de “minoría” cuando no como marginales y triviales, desconociendo e ignorando que las mujeres son la mitad de la población planetaria (Arroyo, 2001; Cook & Cusack, 2009; De Beauvoir, 1949).

Este fenómeno no es extraño, si se tiene en cuenta que las prácticas políticas, académicas e intelectuales que sirven de contexto a la producción jurídica, han sido, en su mayoría, llevadas a cabo por hombres o pensadas desde un modelo universal. Esta es la base fundamental que sostienen y prueba la importancia de la participación plena de las mujeres en todos los espacios de poder, sea este público o privado. La misión del movimiento feminista, no es otra que posicionar las demandas, los intereses y las experiencias de las mujeres, que al decir de Facio son igualmente semejantes e igualmente diferentes (Facio, et al, 2016)

Las reformas que se han logrado como resultado de la lucha social, de la práctica académica y política, van surgiendo poco a poco y se las puede visualizar en el proceso histórico como pasos o fases dialécticas que han ido modificando el sistema patriarcal sin llegar a derrumbar sus cimientos. En primera instancia las mujeres sintieron lo que podría llamarse un malestar existencial que fue procesado personalmente y no de forma colectiva; el procesamiento colectivo de dicho malestar se logró decantar solo cuando se consiguió entender que, a todas las mujeres, en todos los tiempos y espacios, la opresión era parte de su cotidianidad individual y social. En una segunda etapa, las feministas se organizaron para luchar contra ese malestar que esta vez era identificado como algo estructural, es decir, no solo que les



ocurría a todas las mujeres, sino que las instituciones del sistema, como la familia, la iglesia, los medios de comunicación, los estados, los centros educativos, la educación, etc. producían, reproducían y perpetuaban aquellas condiciones generadoras de dicho malestar (Facio, et al, 2016; Diaz, 2013; Olsen, 2009).

Una vez organizadas, las feministas dinamizaron sus luchas para exigir derechos para las mujeres. Lo primero que reivindicaron fue igualarse a los hombres para poder votar y ser elegidas. Estas primeras luchas se movieron en contextos históricos muy complejos y violentos en los que las militantes fueron víctimas de persecución política. Estas primeras batallas fueron para tener derecho a tener derechos; esos derechos fundamentales que eran negados por el hecho de ser mujeres: el voto, la educación, el empleo, el trabajo remunerado; todo aquello que se consideraba inherente a quienes encajan en el modelo de lo humano que es hombre y no mujer, que es blanco, no indígena o afro; que es económicamente pudiente, no pobre, que es heterosexual y no homosexual. La negación de los derechos fundamentales negaba la ciudadanía plena y digna de las mujeres (Facio, et al, 2016; Diaz, 2013; Olsen, 2009).

Las organizaciones feministas se multiplicaron y se fortalecieron en el orbe y entonces se reconocen diversas. La mujer creada a imagen y semejanza del patriarcado, rompe el paradigma del singular para posicionar y mostrar a las mujeres en toda su realidad y con ello enarbolar banderas de lucha por la liberación de su género y su cultura, de su género y su condición económica, de su género y su opción sexual, de su género y su condición social o política, etc. Luego vinieron las luchas más estratégicas y más políticas: las autonomías, la igualdad, el prestigio social, la vida con dignidad, la vida misma, la libertad, la igualdad real, las demandas por una vida libre de violencia, los derechos sexuales y reproductivos, el mismo





salario por igual trabajo, la paridad, la participación política autónoma e independiente, etc. (Facio, et al, 2016; Diaz, 2013; Olsen, 2009)

El movimiento feminista se ha inventado y reinventado de manera permanente y sistemática, hoy sus luchas se centran de manera más radical para conseguir el derecho a ejercer los derechos conquistados e impulsar con fuerza aquellos que faltan para garantizar y gozar plenamente de una ciudadanía con dignidad.

Los feminismos e incluso los diversos movimientos de mujeres a nivel mundial han continuado la labor de promoción y vigencia efectiva de sus derechos y libertades fundamentales, luchando por una reformulación global de los Derechos Humanos. La perspectiva de género nace precisamente de esa percepción diferente de la realidad, cuando exige que se tengan en cuenta las necesidades específicas y diversas del 50% de la población que representan las mujeres. El logro más visible del movimiento feminista es haber colocado las necesidades materiales y los intereses estratégicos como mujeres en la agenda de las grandes conferencias mundiales y haber cuestionado y denunciado la arbitrariedad del modelo de lo humano concebido socialmente como hombre-varón, heterosexual, blanco y con poder social, político y económico, que excluye a quienes no alcanzan los indicadores de esa vara patriarcal (Facio, et al, 2016).

Los movimientos feministas además han cuestionado que, a pesar de que los derechos de las mujeres, están formalmente recogidos en el concepto general de los derechos humanos y a pesar de que han sido suscritos por la mayoría de Estados, las demandas relacionadas con las necesidades de las mujeres, reciben una consideración distinta, un tratamiento inferior y marginal; por ello es importante hablar de los derechos de las mujeres desde una perspectiva feminista, aplicando la categoría analítica del género, para reconocer que, los derechos



humanos de la persona, si bien tomó como base el término genérico "hombre", y si bien incluye a la mujer, no logra definirla como ser distinto con necesidades específicas y diversas. Comprender este análisis y estos cuestionamientos resulta un tanto complicado debido a que este enfoque en su sentido político más importante, desmonta los argumentos que legitiman la dominación (Salgado, 2004; Facio, et al, 2016; Diaz, 2013; Olsen, 2009).

El feminismo, desde la visión de género y desde la aplicación de esta visión con esta categoría analítica, ha logrado enormes cambios y transformaciones en la sociedad, su institucionalidad y su producción cultural y legal, sin embargo, es indispensable apoyar la elaboración de leyes positivas, estableciendo normas que cambien los usos y costumbres para desarticular el sistema patriarcal que desconoce "lo femenino" como igualmente importante. Queda claro por tanto que los derechos de las mujeres son Derechos Humanos que no pueden ser cuestionados por prácticas, tradiciones, o costumbres culturales o religiosas que atenten contra su dignidad (Facio, et al, 2016).

La categoría género como una categoría de análisis y partiendo de la división sexuada de las personas en hombres y mujeres, como hecho biológico, permite comprender las implicaciones de poder que, sobre esa base, definen a hombres y mujeres, diferentes roles, oportunidades, espacios, conductas y posiciones en la vida (Facio, et al, 2016).

Durante siglos, se concibió la supuesta inferioridad de las mujeres, como un hecho natural, derivado de una supuesta esencia débil e irracional. El género permite, justamente, desarmar los prejuicios en torno a hombres y mujeres y desafiar las concepciones existentes y las identidades fijas, que son susceptibles de transformación (Facio, et al, 2016; Diaz, 2013; Olsen, 2009).



Según Judith Salgado (2006), no existe una definición única de género, pero sí varios elementos en los que la mayor parte de autores/as coinciden:

- a) No se puede justificar la subordinación, desigualdad y opresión a las mujeres, basándola en la diferencia sexual (genital y reproductiva).
- b) El ser mujer y ser hombre adquiere diversos significados de acuerdo al contexto, lugar, tiempo, clase, edad, origen étnico o nacional y tiene implicaciones en lo político.
- c) El género es una categoría relacional, busca mirar las relaciones de poder jerarquizadas y asimétricas entre los sexos, la desvalorización e inferiorización de lo femenino frente a lo masculino, el androcentrismo vigente, la dicotomía pública/privado.
- d) La categoría género permite repensar la organización social, política y cultural, pues toda construcción social por asentada que esté, puede ser modificada. (Salgado, 2006, pág. 6).

En la actualidad y desde la postura feminista, existe una fuerte crítica al punto de vista histórico, de las diferencias entre los sexos y su relación con la desigualdad legal; en este proceso dos grandes pasos que se identifican como hitos históricos: el primero en el que las mujeres lucharon por “el derecho a tener derechos” y el segundo que se relaciona con “el derecho a ejercer los derechos reconocidos”, de tal forma que se su vigencia sociológica se sienta en la cotidianidad de la vida de la mujer; recalando que cuando se habla de la mujer, en realidad se apela a la diversidad de las mujeres, en cualquier tiempo y en cualquier espacio (Facio, et al, 2016).

Cabe recordar que el grado de inferioridad de las mujeres con respecto a los hombres se ha manifestado y justificado de diferentes formas en cada cultura, de manera persistente y con cambios formales a lo largo de la historia, tal como lo señala Facio (2005):



- a) Menor prestigio o poder en los roles, labores, productos y entorno social de la mujer por una ideología y lenguaje que la devalúa.
- b) Símbolos o mitos con significados negativos en torno a la mujer y sus actividades expresados explícita e implícitamente.
- c) Exclusión de la mujer en las estructuras jerárquicas de poder económicas, políticas o culturales, otorgándoles bajos niveles.
- d) El pensamiento dicotómico, jerarquizado y sexualizado, que relaciona al hombre con la esfera pública - cultural y a la mujer con la esfera privada - natural situando al hombre en el parámetro o paradigma de lo humano y subordinando a las mujeres en función de sus pretendidos “roles naturales”.

La subordinación femenina y la división entre hombres y mujeres tanto en los ámbitos sexual, afectivo, económico, político y cultural ha sido históricamente generalizada en los diferentes tipos de sociedad y se ha constituido en un problema profundo y fuerte; los roles y estereotipos de género se han enraizado y han sido soportados por el Estado y sus aparatos reproductores como la familia, la escuela, la iglesia, incluidos los elementos de la ciencia y el derecho. La mujer ha sido estigmatizada como un ser inferior o incompleto, unas criaturas sin alma y un instrumento del diablo (Facio & Fries, 2005; Lerner & Tusell, 1990).

Si bien es cierto, el derecho, en términos de género, tiene la función social de regular la convivencia de hombres y mujeres en una sociedad determinada con el fin de promover la realización personal y colectiva, en paz y armonía, cabe decir que, con esta reproducción de subordinación y división sexual, el derecho no ha cumplido. Más bien, las leyes han esclavizado a las mujeres por su condición en tanto clase, etnia y raza, profundizando la violencia y el miedo, y privándolas de mayor poder e independencia económica, política y sexual (Facio & Fries, 2005).



De ahí que el derecho sea un elemento transformador hacia una convivencia humana basada en la aceptación de la otra persona como una legítima otra y en la colaboración como resultante de dicho respeto a la diversidad.

### **2.3 La familia patriarcal: crítica feminista**

La familia es el reflejo del orden imperante del estado y educa a sus hijos para que lo sigan, reforzando los imaginarios constantemente. Para que el sistema patriarcal funcione y se reproduzca se requiere la cooperación de las mujeres, con la inculcación de los géneros, roles, responsabilidades, la privación de la enseñanza, y el conocimiento de su propia historia (Díaz, 2013).

A lo largo de la vida las mujeres han desarrollado su vida a la sombra del patriarcado que podría definirse como dominación paternalista, se describe como la relación entre un grupo dominante, al que se considera superior, y un grupo subordinado, al que se considera inferior, en que la dominación queda relegada por las obligaciones mutuas y los deberes recíprocos (Lerner & Tusell, 1990).

En la familia patriarcal, las responsabilidades y las obligaciones no están distribuidas por igual, la subordinación de los hijos varones a la dominación paterna es temporal, dura hasta que ellos mismo pasan a ser cabeza de familia; la subordinación de las hijas y de la esposa es para toda la vida, la dominación de las mujeres cambia cuando se convierten en esposas bajo la dominación de otro hombre (Lerner & Tusell, 1990).

Las ideologías patriarcales no sólo afectan a las mujeres al situar en un plano de inferioridad en la mayoría de los ámbitos de la vida, sino que limitan también a los hombres, que no llegan a cumplir estas condiciones de hombre modelo y alcanzar este estatus de privilegios,



al asignar a las mujeres un conjunto de características, comportamientos y roles consideradas propios de su sexo, los hombres también quedan obligados a prescindir de estos roles, comportamientos y características y a desarrollar al máximo sus diferencias con ellas (Facio & Fries, 2005).

Cabe sin embargo recordar que, en sociedades patriarcales, quienes son socializadas en la tarea del cuidado de los niños/as y de los demás miembros de la familia, son precisamente las mujeres.

En un contexto patriarcal, la institución de la familia, lleva consigo sus mismas características, de tal forma que una familia patriarcal no es sino un sistema político, económica y social organizado alrededor del liderazgo masculino para enfrentar los procesos de vida y sobrevivencia, en el que predomina la razón de los hombres sobre las mujeres; la objetividad del marido sobre la esposa; la protección del padre sobre la madre y la línea paterna sobre la materna (Facio & Fries, 2005; Lerner & Tusell, 1990).

Este tipo de familia, que desconoce además a los otros tipos de familia, que son catalogados como la excepción a la norma, genera una concepción de autoridad que a modo de tradición subsiste y se acomoda en el mundo contemporáneo. La familia patriarcal como primera estructura de dominación y subordinación en el sistema patriarcal, garantiza la producción y reproducción de los estereotipos de género, en tanto naturales y universales, y perpetúa el sistema patriarcal que la mantiene (Facio & Fries, 2005; Lerner & Tusell, 1990).

El estereotipo femenino de la madre - esposa en el hogar sigue vigente; la división sexual del trabajo se mantiene en los imaginarios personales y sociales aun cuando las realidades y experiencias de las mujeres muestran otras situaciones en las que su incorporación al mundo de lo público, por ejemplo, ha duplicado sus tareas; los varones por su parte, no han sido



capaces de ingresar, con esta misma fuerza y responsabilidad, en el mundo de lo doméstico. Podría decirse que aquello que nos viene de las antiguas familias patriarcales subyace “inscrito” en las estructuras familiares ideales que conservan la división del trabajo como parte constitutiva de las familias normalizadas frente a las otras que resultan disfuncionales (Facio & Fries, 2005; Lerner & Tusell, 1990).

Al respecto cabe mencionar que las definiciones de familia en la literatura jurídica, hacen eco de los ideales patriarcales, pues su énfasis es mayor en las familias normalizadas que en las familias “disfuncionales”, con sus componentes linaje o sangre, casados, hombre y mujer, procreación como se verá a continuación.

De acuerdo al Diccionario Jurídico Elemental familia es:

Por linaje o sangre, la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común, y los cónyuges de los parientes casados. 1 Con predominio de lo afectivo o de lo hogareño, familia es la inmediata parentela de uno; por lo general, el cónyuge, los padres, hijos y hermanos solteros. Por combinación de convivencia, parentesco y subordinación doméstica, por familia se entiende, como dice la Academia, la « gente que vive en una casa bajo la autoridad del señor de ella » . I Los hijos o la prole. El Grupo o conjunto de individuos con alguna circunstancia importante común, profesional, ideológica o de otra índole; y así se habla de la familia militar para referirse al ejército en general; y de modo más concreto a los que forman el escalafón profesional de la milicia. 1 Cualquier conjunto numeroso de personas. I También se aplica a los criados de una casa, vivan en ella o no” (Cabanelas, 1979, pág. 187).

La Constitución de la República del Ecuador

“reconoce a la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se



basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes” (Ecuador, Constitución de la Republica , 2008, Art. 67).

La familia es un núcleo que se compone por la unión de un hombre y una mujer con la procreación de hijos, la cual se rige por normas éticas y legales, asumiendo la familia derecho, a través de principios de normas e instituciones que regulan las relaciones de dichas personas y su patrimonio de quienes integran la familia entre ellos y el respeto que tienen y se debe para con terceros, del cual nacen derechos y obligaciones que cumplir en la vida familiar (Talciani, 1990).

La familia es considerada por las teorías feministas como el espacio privilegiado de reproducción del patriarcado en tanto constituye la unidad de control económico, sexual y reproductivo del varón sobre la mujer y sus hijos. En la historia siempre ha existido algún nivel de asociación sexual y afectiva entre los seres humanos, pero esta no siempre fue la familia patriarcal, al mando de un varón que controlaba tanto la sexualidad como la capacidad reproductiva biológica y social de la mujer (Facio & Fries, 2005).

La historia del pensamiento occidental hace de la familia una institución natural, si la considera una construcción cultural, le asigna una serie de características que la hacen única dentro del universo de asociaciones humanas posibles. Así, desde el punto de vista político, se ha justificado que las mujeres no necesiten de representación social ni política fuera del ámbito privado puesto que el jefe de la familia patriarcal encarna los intereses de sus integrantes. Así, los derechos ciudadanos se concibieron y consagraron haciendo una clara distinción entre los hombres, sujetos de ciudadanía por pertenecer al ámbito público y las mujeres sin esta calidad puesto que su ubicación y función se encontraba dentro de una institución con otras reglas del juego, la familia (Vázquez, 2011; Facio & Fries, 2005).





La familia ha sido identificada o catalogada exclusivamente con el parentesco, vínculos de afinidad y de consanguinidad siguiendo un modelo de familia nuclear (padre, madre, hijos e hijas), sin considerar que el divorcio o la separación de parejas rompe con esta estructura familiar establecida, forzándonos a reconocer otros tipos de familia conocida como familia ampliada con la intervención de abuelos, tíos, primos o las familias monoparentales de madres o padres solas con sus hijos (Británica, 2009).

#### **2.4 Jerarquización de las dicotomías**

La construcción de la identidad de cada género responde a una visión dicotómica del mundo, es decir a una forma de conocer nuestro entorno que responde a distinciones o categorías que se ordenan en pares opuestos y a la vez irreconciliables (Estermann, 2008).

Esta forma de organización del pensamiento occidental está vigente en todas las teorías, ciencias y religiones, pues se divide en categorías de acuerdo a si pertenecen al ámbito de la cultura o de la naturaleza, de esta forma a los hombres se les asigna la racionalidad, a las mujeres se les asigna la sensibilidad, si a los hombres se les asigna el espacio público, a las mujeres el privado (Amorós, 1994).

Ahora bien, estas asignaciones no se habrían convertido en un problema si para las mujeres, la asignación de sus roles, características aptitudes o valores, se asociaran a lo animal o de la naturaleza, menos valoradas socialmente, cosa que no sucede con los hombres en donde sus roles, características, aptitudes y valores son asociadas con la cultura y lo humano, reconocido y valorado en la sociedad (Román, 2018).

El patriarcado es una creación histórica elaborada por hombres y mujeres, con su primera forma en el estado arcaico, la organización básica era la familia patriarcal que expresaba y



generaba su norma y valores. Las funciones y las conductas que se consideraban apropiadas a cada sexo se expresaban en los valores, las costumbres, las leyes y los papeles sociales (Lerner & Tusell, 1990).

A la luz del sistema patriarcal que necesita dicotomizar para separar y jerarquizar, “la sexualidad de las mujeres, sus capacidades y servicios sexuales y reproductivos se convirtió en una mercancía, eran intercambiadas o comparadas en el matrimonio en provecho de su familia, de esta manera combinada con racismo y sexismo se convirtió en una forma de opresión de clase (Lerner & Tusell, 1990).

La jerarquización de los valores a favor de lo masculino tiene consecuencias negativas para la sociedad en su conjunto y no sólo para las mujeres. La sobrevaloración de la producción es lo que ha llevado a la formación de sociedades consumistas que sólo necesitan la reproducción humana para que haya mano de obra barata y más personas que consuman. La sobrevaloración de la cultura ha llevado a la explotación destructiva de la naturaleza, la infravaloración de la dulzura, la interdependencia, la intuición y de los roles asociados con el cuidar, nutrir y dar. Peor aún, la dicotomía de la forma de pensar y entender el mundo ha llevado a la invisibilización del ser y estar y por ende, a no poder encontrar soluciones adecuadas a los problemas que se enfrenta la sociedad (Facio & Fries, 2005).

La desigual proporción de tareas entre mujeres y hombres, tanto en la vida laboral como familiar se justifica mediante argumentos de la naturaleza, que se destaca entre un dualismo entre natural y cultural; la desvalorización del trabajo doméstico y cuidado derivan de que son consideradas tareas naturales, mientras que lo considerado trascendental para la humanidad es desarrollar actividades culturales, así, vincular a las mujeres a tareas de



cuidado y de la casa las aproxima a la naturaleza de tal forma que las subordina al hombre que realiza tareas o actividades de carácter más elevado (Facio & Fries, 2005).

El confinamiento de las mujeres a las tareas del hogar, que nace de que se las haya vinculado con su rol de procreadoras, parte de un hecho biológico, para afirmar la naturaleza afectiva y emocional que las incapacita para tomar decisiones de carácter público. La subordinación de la mujer al espacio privado afecta su integración plena e igual en lo público, se debe notar que muchas de las circunstancias personales de las mujeres dependen de factores públicos, así como las regulaciones jurídicas sobre métodos anticonceptivos, aborto, violación, matrimonio, políticas de bienestar y cuidado de niños, posición de las mujeres en la esfera laboral entre otras, dando como resultado que las decisiones trascendentales en la vida de las mujeres no son tomadas por ella sino por los hombres desde su mirada (Turégano, 2001).

Podría pensarse que las mujeres madres obtienen ventaja en el sistema patriarcal porque su socialización las prepara de mejor manera, sin embargo, es necesario analizar que, en un sistema patriarcal, el factor de riesgo es ser mujer y todas las condiciones y posiciones o situaciones en las que una mujer se encuentre, sea o esté, serán desventajosas para ella por esa condición. Ser mujer y ser madre son condiciones que no hacen sino sumar los factores de riesgo; la mujer madre es doblemente vulnerada por las reglas sociales, culturales y políticas de un sistema androcéntrico que considera que el hombre es el centro, la única y completa versión de lo humano (Facio & Fries, 2005).

Dicotomizar y jerarquizar a hombres y mujeres entre sí, da como resultado prácticas y normas que lesionan y limitan la igualdad formal y material; son prácticas insensibles al género, porque invisibilizan la experiencia femenina y conciben a la experiencia masculina como central; estas prácticas a la luz de la dicotomías generalizan a las mujeres, no toman en



cuenta su diversidad y provocan que ésta sea la fuente para la desigualdad y la discriminación al integrar modelos “asimilacionistas” comparando a las mujeres con los hombres, y al excluir al derecho de la esfera doméstica y no entender la importancia de las preocupaciones cotidianas de las mujeres (Facio & Fries, 2005)

## **2.5 Iguales o Diferentes**

El reto hacia la igualdad planteado por el feminismo busca dar respuestas desde la perspectiva y la teoría del género, pretendiendo entre los sexos una igualdad que necesariamente implique la eliminación del sexismo y cruce por una aceptación de la diferencia entre los sexos.

Sin olvidar que el objetivo medular de la praxis feminista reside en acabar con la subordinación, la desigualdad, la violencia y la opresión de las mujeres, es importante plantear qué tipo de igualdad se quiere alcanzar para analizar las relaciones de poder que están detrás de la subordinación y opresión. Al reflexionar sobre la igualdad, necesariamente se deberá hablar sobre el poder y esto supone reflexionar sobre la necesidad de erradicar los privilegios masculinos y el sistema que los produce, los reproduce y los perpetua (Facio, et al, 2016).

Arroyo (2001) plantea que, para tener una respuesta ajustada a las demandas de las mujeres, de cara a la igualdad es necesario responder a las preguntas claves que el profesor Norberto Bobbio plantea con relación al tema de la igualdad ¿igualdad en qué? e ¿igualdad entre quiénes? Para el profesor la igualdad supone siempre una relación, la afirmación de que una persona es igual lleva necesariamente a las preguntas anotadas, pues la igualdad es un tipo de relación con diversos contenidos.



Facio y Fries (2005) citadas en Salgado (2004) sostienen que se ha intentado igualar a las mujeres al paradigma del ser humano (propio del hombre); no se ha tratado de satisfacer las necesidades e intereses en tanto mujeres, sino de otorgarles los mismos derechos que han conceptualizado los hombres a partir de sus necesidades e intereses.

Así, la mujer logra participar en las actividades que antes eran reservadas sólo a los varones pero sin que ello conlleve una reconceptualización de los deberes que a las mujeres se les impuso cuando no podían participar en las actividades reservadas para los hombres ni sin que ello conlleve a la participación de los hombres en las labores que socialmente se mantienen reservadas para el sexo femenino (Salgado, 2004, pág. 4)

Lo grave, siguiendo a las autoras antes mencionadas, es confundir estas experiencias de las mujeres con la presunción social de que, el trabajo de la reproducción humana, corresponde únicamente a las mujeres.

Darle contenido a la igualdad también ha atravesado por la reflexión de que las mujeres tienen necesidades "especiales" que requieren protección de la ley por el hecho del embarazo, el parto y la lactancia. Si bien más del cincuenta por ciento (50%) de la población puede potencialmente vivir un embarazo, parir y amamantar, se califican como necesidades especiales en tanto no las viven los hombres.

Es una especie de callejón sin salida porque en ambos casos la situación y la posición de las mujeres se resuelven en desmedro de sus derechos y de sus exigencias legítimas, profundizando los estereotipos y las dicotomías desiguales entre los sexos; siempre habrá tensión entre igualdad y diversidad más cuando se trata de derribar las relaciones de poder en sus formas de dominación, subordinación y discriminación, lo contrario implicaría seguir entendiendo el principio de igualdad como la posibilidad de otorgamiento a las mujeres de los



mismos derechos que ya gozan los hombres y/o darles una protección especial en ciertos casos debido a su función reproductiva de la especie (Salgado, 2004).

Es preciso por tanto rayar una nueva cancha y establecer nuevas reglas de juego desde las que se garantice la universalidad de hombres y mujeres y su diversidad de la que emanan las experiencias legítimas en cuanto personas libres para elaborar su propio plan de vida y para ejecutarlo sin referencias pre elaboradas y sobre estimadas. “Darle un nuevo contenido a la igualdad implicaría superar los planteamientos contrapuestos ya sea de trato idéntico o de trato diferenciado para poner el acento en el análisis del poder que regula las relaciones entre hombres y mujeres” (Salgado, 2004, pág. 5).

El principio de igualdad, rezado por el feminismo, reta al sistema patriarcal y cuestiona su base desde la que emergen las normas que reconocen y legitiman la discriminación como una forma soterrada del ejercicio abusivo del poder sobre lo femenino. En este sentido es claro lo que plantea Williams (1999):

La igualdad requiere igual tratamiento de ambos sexos ante normas que no estén diseñadas alrededor de los cuerpos y los patrones de vida de los hombres. En algunos contextos, esto no requiere más que igual trato ante leyes y normas existentes. En otros, exige el cambio de una sola institución, ley o norma; o el cambio en la forma en la cual la persona toma las decisiones pertinentes, aplica la norma o ley existente. En otras ocasiones no será posible llegar a la igualdad de género simplemente con el cambio de una norma o institución, porque el proceso de toma de decisiones involucra a muchos/as actores/as sociales, muchos/as de ellas/os motivadas/os por estereotipos que les llevan a discriminar contra las mujeres. En tales contextos, en los cuales muchos/as actores/as operan en un proceso de toma de decisiones descentralizado, la igualdad de género exige no solo tratamiento ante leyes y normas existentes o cambios a una ley o norma específica, sino que también exige acción afirmativa (Williams, 1999, pág. 79).



Para forjar la igualdad, se requerirá generar un sistema nacional, articulado y descentralizado capaz de prevenir y erradicar la discriminación, a través de mecanismos como las normas, leyes, políticas públicas y/o acciones positivas que garanticen el libre ejercicio de los derechos fundamentales para mujeres y hombres.

El feminismo ha impulsado el debate sobre la igualdad, pretendiendo abolir su carácter androcéntrico, por la noción de un sujeto universal, el reconocimiento de la diversidad de los sujetos y el análisis de género en la reconstrucción de la igualdad (Salgado, 2004).

Reconocer que somos igualmente semejantes e igualmente diferentes, es básico para aprehender nuevas formas de mirarnos, relacionarnos y vivir una vida que debería ofrecer a todos los seres humanos igual respeto y consideración.



### 3. MARCO JURÍDICO

#### 3.1 Derecho de familia en legislación comparada

La definición de familia en cada Estado se basa en el sistema legislativo y se deriva de contextos culturales, históricos y sociales de la vida en sociedad.

En cada país se ha definido en su marco legal a las familias, señalando los requisitos que deben cumplirse para considerarlas como tales, sin embargo, no han sido suficientes y a la luz de las demandas de los viejos/nuevos movimientos sociales como la comunidad LGBTI, son incompletas y excluyentes. Adecuar la legislación a las nuevas realidades de los tipos de familia que van surgiendo, sigue siendo una deuda de los estados para cumplir con el principio de la igualdad y la no discriminación.

Así pues, cuando se habla de los derechos que tienen la familia, de ningún modo se está integrando, ni expresa ni taxativamente la existencia de sistemas familiares diversos y alternos. Las familias conformadas por parejas del mismo sexo aún deben soportar y vivir sin los derechos que a las familias heterosexuales sí les son reconocidas, a saber: el matrimonio, la adopción los derechos sucesorios, la tenencia de hijo/as, el régimen de sociedad patrimonial, el apellido o filiación de los hijos/as, la maternidad o paternidad, etc.

Desde los ordenamientos jurídicos se ha atribuido siempre a las familias un importante rol en el funcionamiento de las sociedades, papel en buena parte caracterizado por el trabajo de los cuidados que recaen en las mujeres; por ello no es de extrañar que se hable de la familia como un eufemismo para referirse a las mujeres como responsables de los trabajos de cuidado de las personas necesitadas del mismo, generalmente conocidas como dependientes.





El derecho de familia es una rama del Derecho, de carácter protector y garantista. Cabe decir que las legislaciones sobre familias son bastante conservadoras y atribuyen significativas responsabilidades a sus miembros, obligaciones para las que, luego las legislaciones laborales para trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, no brindan ni medios ni facilidades para cumplir.

Las legislaciones de protección de los niños, niñas y adolescentes figuran en este panorama como las más garantistas y con enfoque de derechos. Se trata de normas en las que se establecen importantes funciones para las familias, para asegurar el goce de una serie de derechos de los menores de edad, pero también -finalmente- los Estados figuran con un rol notable en la materialización de estos derechos. Lamentablemente, como puede suponerse y al igual que en otras materias, entre la consagración legal y su ejecución hay una distancia considerable, una brecha entre la estipulación de jure y la situación de facto, entre otras causas por las deficientes políticas destinadas a las familias (CEPAL, 2009).

De acuerdo a lo observado en la literatura científica y académica, los países que a continuación se nombran con sus legislaciones, respecto a la protección de la familia, tienen diferencias de enfoque o énfasis entre los derechos del niño y deberes de los padres que considero pertinente traer al contexto.

La Constitución de España (1978), en su artículo 39, divide la regulación para la protección de la familia en tres partes:

- a) Numerales 1 y 2, deberes del Estado de asegurar la protección de la familia en el ámbito social, económico y jurídico y garantía de asegurar la protección integral de



los hijos y de las madres. El principal énfasis es la igualdad de los hijos con independencia de su filiación y las madres solteras.

- b) Numeral 3, deberes de los padres de prestar asistencia a los hijos exigibles para el en matrimonio o sin matrimonio y tanto dentro como fuera del matrimonio.
- c) Numeral 4, derechos de los niños a ser protegidos en conformidad a los instrumentos internacionales (España, Constitución de, 1978)

En este sentido, la Constitución del Ecuador del 2008 manifiesta:

Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo; El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos (Ecuador, Constitución de la Republica , 2008, Art. 69)

Así el Código de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador manifiesta:

Función básica de la familia.- La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente. Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos (Código de la Niñez y la Adolescencia, 3 de enero de 2003. Art. 9)

Tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en el Código de la Niñez y Adolescencia, existe una vinculación con respecto a los derechos que tienen los niños niñas y adolescentes a disfrutar de sus progenitores, sin ninguna limitación o distinción, a menos que se afecte de alguna forma los intereses de los menores; de igual manera se hace



referencia al deber de los padres de proteger y brindar todo tipo de cuidados y atención a sus descendientes.

### **3.2 La evolución legislativa del derecho de cuidado y tenencia**

La legislación del cuidado y tenencia se basa en el conflicto familiar por la separación o divorcio de los padres y la necesidad de preservar los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y aunque aparentemente la situación es global, la legislación se puede diferenciar cultural y geográficamente. Lo importante es admitir que el cuidado y protección de los hijos no son una opción sino una obligación que solo es posible ejercerla distribuyéndola con equilibrio entre los dos progenitores.

En el caso de Chile, la Ley No.20680 publicada el 21 de junio de 2013, incorporó al Código Civil la figura de la custodia compartida con el objeto de proteger la integridad de los hijos en caso de que sus padres vivan separados. Figura el principio de la corresponsabilidad en la igualdad de género en la responsabilidad (equitativa). La regla establece la posibilidad de que los padres separados determinen, de común acuerdo, la custodia exclusiva o compartida y la exigencia de un acuerdo que contemple la frecuencia y libertad con que el no custodio mantendrá una relación directa y regular con sus hijos.

Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos (Chile, Ley No. 20680, 21 de junio de 2013. Art. 224).

Y en el artículo que le sigue, la posibilidad de que los padres determinen, de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma



compartida "...el cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad" (Chile, Ley No. 20680, 21 de junio de 2013. Art. 225).

El artículo 225 plantea inclusive una definición del cuidado personal compartido: "régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad" y agrega algo muy importante: "En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres."(Chile, Ley No. 20680, 21 de junio de 2013)

Debe mencionarse que el artículo no contempla la posibilidad de solicitar al juez ordene el régimen de custodia compartida, ante la falta de acuerdo de los padres.

Chile tiene pendiente la aprobación del proyecto de ley de protección integral de la infancia y adolescencia. La Comisión de la Familia del Congreso Nacional aún no lo remite al Pleno para su discusión y aprobación. Existen críticas a dicho proyecto, entre las que destaca que no prevé la derogación de la ley de menores (Ley No. 16.628) que ha sido cuestionada por su abordaje tutelar. Con la aprobación de este proyecto de ley se pretende dar solución a la dispersión normativa y contar con una regulación más acorde con la Ley de Protección Integral de Derechos (Pincheira, 2016).

En Argentina, se expidió la Ley No. 26061, de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes a la que se la considera un símbolo de progreso frente a lo arcaico



de la ley LeyNo.10.903 (Ley Agote) identificada con la doctrina de la situación irregular (Zaidan, 2016).

La Ley privilegia la política pública por sobre la decisión judicial, confiando a la justicia un rol supervisor responsable únicamente de la resolución de casos excepcionales. Una figura central en la institucionalidad creada a través de esta Ley es la del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, responsable de la promoción y protección de derechos reconocidos internacional, constitucional y legalmente. El segundo inciso del artículo 7 de la Ley No. 26061 establece con claridad que "el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos"(Argentina, Ley No. 26061, Septiembre 28 de 2005)

El artículo 11 segundo inciso de la Ley, en el marco del derecho a la identidad, contiene una obligación estatal primordial que se origina en la Convención sobre los Derechos del Niño y que fue el referente para el Código de la Niñez de Ecuador: el derecho de los niños y adolescentes a conocer a sus padres biológicos y a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando estuvieran separados o divorciados.

El artículo 35 de la Ley contiene un mandato de aplicación de medidas de protección orientadas al fortalecimiento de vínculos familiares, que deberían ser consideradas al resolver procesos de custodia o de convivencia con el otro progenitor, con el fin de descartar o resolver con excepcionalidad la restricción de acceso de un padre a su hijo.

En España, la custodia compartida se incorporó a través de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo 92 (8) del Código Civil, con esta reforma, establece: "Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos



del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor" (España, Ley 15/2005, 8 de julio de 2005)

Las críticas a esta disposición se enfocaron en el informe del Fiscal:

Tal como se ha articulado en la ley la necesidad del informe, si el Fiscal emite una opinión favorable, el Juez podrá acordar o no la custodia compartida. Ahora bien, si el informe es negativo, el juez no podrá acordar dicha medida. El derecho de veto del Ministerio Fiscal para que el juez pueda adoptar la medida podría infringir el art.117 CE sobre la potestad jurisdiccional y ha motivado que las Audiencias Provinciales de Las Palmas y Navarra hayan planteado sendas cuestiones de inconstitucionalidad... (Carrasco, 2011).

España ha sido uno de los países que con mayor relevancia ha tratado la custodia compartida, por lo menos en el ámbito doctrinal. De ello, quizás, se ha visto influencia muchas de las legislaciones americanas sobre el tema. Fariña, et al (2017) señalaron que varios cambios legislativos a nivel autonómico promueven la custodia compartida, sin embargo, consideran que la legislación estatal sigue anclada en la ley 15/2005, de 8 de julio (Cortes Generales, 2005) que pone limitaciones en el otorgamiento, de tal manera que la decisión judicial se supedita al informe favorable del Ministerio Fiscal.

Al resolver estas demandas de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional de España, en su sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012, resolvió lo siguiente:

A juicio de este Tribunal Constitucional, el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los



progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional (España, Tribunal Constitucional de , 2012)

Un año más tarde (19 de julio de 2013) el Consejo de Ministros de España aprobó el ante proyecto de Ley sobre ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio. En dicha Ley se incorpora como regla general la custodia compartida y las visitas reciben otra denominación: "régimen de estancias, relación y comunicación." (Altozano, 2013)

Por otro lado, España cuenta con la Ley No.8/2015, de 22 de julio de 2015, que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y que destaca por la incorporación de una técnica de valoración del "interés superior del menor" a efectos de considerarla en informes técnicos y resoluciones (Noticias Jurídicas, 2015)

Otro importante referente en el Derecho comparado es la Ley No.548, de 7 de julio de 2014, mediante la cual la Asamblea Legislativa del Estado Plurinacional de Bolivia sancionó el Código de la niña, niño y adolescente. En el artículo 40 del Código del Niño de Bolivia se encuentra una disposición muy similar al artículo 21 del Código de la niñez y adolescencia del Ecuador: "Las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a mantener de forma regular y permanente relaciones personales y contacto directo con su madre y padre, aun cuando exista separación entre ellos, salvo que esto sea contrario a su interés superior" (Ecuador, Código de la Niñez y la Adolescencia, 3 de enero de 2003)

Disposiciones como éstas son las que deben servir de fundamento para preferir la custodia compartida, como el régimen ideal por el hecho de que asegura esa relación permanente y



regular con ambos progenitores, cumpliendo el principio de igualdad, es decir sin sobrecarga en uno de los progenitores ni el hecho preferencial sobre la madre, tal como lo manifiesta también Zaidan (2016).

En Perú, el Congreso Nacional expidió la Ley No. 29269, mediante la cual se reformaron dos artículos del Código de los Niños y Adolescentes e incorporó la tenencia compartida (Perú, Ley No. 29269, 16 de octubre de 2008).

El artículo 1 de la Ley reformó el artículo 81 del Código de los Niños, otorgándole al juez la atribución de disponer el régimen de custodia compartida en caso de falta de acuerdo o si el acuerdo es perjudicial para el hijo:

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente. (Perú, Ley No. 29269, 16 de octubre de 2008)

En el segundo artículo se modificó el artículo 84 del Código de los Niños:

En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre;
- c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.





En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor. (Perú, Ley No. 29269, 16 de octubre de 2008)

Con esta reforma aprobada, el juez tiene la posibilidad de disponer, a petición de parte, el régimen de custodia compartida, con la observación de que se debe preferir al progenitor que asegure la preservación de la relación con el otro progenitor. Dejando de esta manera la necesidad de una mayor intervención técnica para cada caso en particular (Zaidan, 2016).

### **3.4 La figura de la tenencia en el Ecuador: una crítica**

En el Ecuador al momento de confiar la tenencia se considera lo que establece en el art. 106 del Código de la Niñez, es decir “el Juez dispondrá una o más medidas de protección para el niño, niña o adolescente y sus progenitores, con el objeto de favorecer las circunstancias que justifiquen una posterior restitución de esta potestad” al mismo tiempo, se considera la observación de reglas estipuladas en el artículo 325 (actual 307) del Código Civil, en concordancia con los artículos 108, 115, 128, 283 Ibidem y el Código de la niñez y adolescencia artículos 106, 118; reglas entre las que, al parecer de la investigadora, la mejor es la que permita la situación ideal de que los padres acuerden de manera directa y de la mejor posible, organizarse sin afectar profundamente a los menores; así: “Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija”

Respecto a la segunda regla que reza “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 adolescente” Existe claridad en que la custodia de los hijos o hijas menores de 12 años es confiada a la madre, en donde se observa que se



reivindica la teoría de que la madre es mejor cuidadora y se mantienen roles asignados a las mujeres (Ecuador, Código de la Niñez y la Adolescencia, 3 de enero de 2003).

Respecto a la tercera regla “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”; la figura cambia determinando un rango de edad en donde la patria potestad se otorga a progenitor que este en mejores condiciones, esto no implica que sean los dos los que puedan hacerse cargo de los hijos en igual proporción, sino que la ley determina que será uno de los dos (Ecuador, Código de la Niñez y la Adolescencia, 3 de enero de 2003).

Finalmente, referente a la cuarta regla que reza “Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija” (Ecuador, Código de la Niñez y la Adolescencia, 3 de enero de 2003); esta regla crea una situación discriminatoria al establecer una preferencia a favor de la madre sin justificación ni sustento, que no sea aquel que hace suponer o especular que las madres, al ser mujeres, cumplen de mejor forma este rol.

Por regla general la patria potestad o custodia, es otorgada a la madre de las y los menores de doce años con la salvedad de que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija, al ser una norma discriminatoria se convierte en inconstitucional.

A pesar de que las mujeres han ingresado cada vez más al espacio público, y tienen acceso a un trabajo remunerado, analizando los derechos de cuidado podemos notar que sigue institucionalizado, con fuerza, en modelo del cuidado a cargo de las mujeres; esto provoca



sobre carga de trabajo en las mujeres que trabajan en el hogar y fuera de él y sobre todo reafirmación de los roles asignados a hombres y mujeres por parte del patriarcado. Ante este escenario una mejor propuesta sería confiar la custodia al progenitor que demuestre mayor estabilidad, luego de un proceso de valoración de los administradores de justicia, con el apoyo de los equipos técnicos.

Si bien es cierto el Comité de los Derechos del Niño considera que las responsabilidades de los padres deben ser compartidas, teniendo en cuenta el interés superior del niño o niña, de muchas maneras se critica que las leyes a veces, de manera automática, elevan la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos; en el caso muy particular basándose en el sexo de los progenitores haciendo caso omiso al interés del niño o niña y olvidándose del principio de igualdad de sexos (Ravetllat & Pinochet, 2015)(Organización de las Naciones Unidas, Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, 2013).

Al respecto, Rebecca Cooky Simone Cusack sostienen la idea:

...una mujer puede verse lesionada cuando se le niega un beneficio a causa de la aplicación, imposición, o perpetuación de un estereotipo de género en una ley, política o práctica que no corresponde con sus necesidades, habilidades y circunstancias reales. En tal caso, será tratada de acuerdo con una creencia generalizada e impersonal o una idea preconcebida que no la describe acertadamente(Cook & Cusack, 2009)

Como regla general la preferencia materna, considerada como la más adecuada para garantizar el mejor bienestar de los menores, atenta contra en principio y derecho a la igualdad, y además incumple con el principio de las obligaciones, que es la corresponsabilidad de los progenitores consagrada en la constitución así también lo observa Zaidan (2016) como la perpetuación de estereotipos discriminatorios hacia las mujeres



principalmente que consecuentemente limita a los hombres en el cuidado y en la posibilidad de obtener la custodia de los hijos e hijas (Daza, 2018) (Zaidan, 2016).

El artículo 21 del Código de la Niñez y de la Adolescencia establece que:

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías (Ecuador, Código de la Niñez y la Adolescencia, 3 de enero de 2003).

Si bien la disposición citada habla de la necesidad de asegurar que los niños sean cuidados por padre y madre y mantengan con ellos relaciones afectivas permanentes, personales y regulares, la regulación del régimen de visitas desde su denominación reduce al no custodio a un mero visitante, que debe conformarse con esporádicos relacionamientos con su hijo (Quinatoa, 2015).

El primer inciso del artículo 122 del Código establece algo necesario "En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija" (Ecuador, Código de la Niñez y la Adolescencia, 3 de enero de 2003).

El artículo 123 del Código establece la forma de regular el régimen de visitas en los términos que se transcriben a continuación:

Para la fijación y modificaciones del régimen de visitas, el Juez aplicará lo dispuesto en la regla No. 1 del artículo 106 y en el inciso final de dicho artículo. Sino existiere acuerdo entre los progenitores o entre los parientes que solicitan la fijación, o si el acuerdo al que han llegado fuere inconveniente para los derechos del hijo o la hija, el



Juez regulará las visitas teniendo en cuenta 1. Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y, 2. Los informes técnicos que estimen necesarios (Ecuador, Código de la Niñez y la Adolescencia, 3 de enero de 2003)

La resolución de visitas no es definitiva, está sujeta a cambios por solicitud de cualquiera de los progenitores, un problema que presenta es que para la concesión de un régimen de visitas se debe acreditar el cumplimiento de sus obligaciones parentales, condicionando el vínculo afectivo con un pago de pensiones.

### **3.3 La tenencia en legislación comparada**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

...la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

Desglosando podemos analizar algunos elementos importantes:

- a) El interés superior del niño/a, será la base sobre la que se decida la tenencia o custodia compartida. Este aspecto es fundamental y es el elemento con el cual casi todos/as están de acuerdo; se desarrolla desde una visión infantocéntrica en contraposición con la visión hegemónica del adulto centrismo, validándolos como sujetos de derechos. A quienes compete la decisión de otorgar una custodia compartida, le cabe



necesariamente estar atento al cumplimiento de este principio, estableciendo por encima de los intereses de los mismos padres, pero reconociendo las capacidades de dichos padres para garantizar el ejercicio sociológico de dicho principio.

- b) Lo probado, es decir, los informes técnicos no son vinculantes pero apoyan la toma de decisiones, pueden ofrecer al juez, aquellos elementos que le permitan resolver el caso con base al interés superior de los menores.

Sin embargo cabe mencionar que los análisis que se realizan para aplicar el interés superior de los niños y las niñas y saber si la custodia compartida es lo más adecuado para el desarrollo integral del niño o de la niña, cruzan por una evaluación “de los comportamientos parentales específicos”, hecho que necesariamente terminaría por reconocer los imaginarios que se han incorporado en su sociedad concreta sobre los roles y estereotipos de género característicos de la sociedad patriarcal que define al hombre y a su masculinidad como necesaria y normalmente violenta, competitiva, protectora, mantenedora, fuerte e independiente, con el poder suficiente para gobernar su empresa, su país o su familia, de la misma forma que define a las mujeres como femeninas, pasivas, débiles, dependientes, obedientes y prudentes, con misiones claras para mantener la institución familiar y cercanas a ella.



#### 4. ESTADO DE ARTE

Calderón y Riveros (2016) en una investigación realizada en Perú con fuentes primarias, cuyo objetivo fue determinar la manera de aplicación de la tenencia compartida en los Juzgados de Familia de Maynas durante el año 2016, por medio de entrevistas a profesionales del derecho, observaron que las percepciones y conocimiento de la tenencia compartida han sido erradas, por el reconocimiento principal del derecho individual de los padres hacia los hijos y las hijas menores de edad, que la tenencia compartida no se aplica por el desconocimiento de las partes y de los mismos profesionales del poder judicial, que la decisión de los jueces sobre la tenencia compartida tiene la condición de que los padres cumplan su rol, por ello usan la revisión en conjunto de los “medios probatorios”, caso contrario se otorga la tenencia a favor de uno y a otro se otorga un régimen de visitas, dentro de las recomendaciones alega que siguiendo el Principio del Interés Superior del Niño, la tenencia compartida resulta beneficioso para ambas partes y mucho más para los menores.

Zamora (2018) en Perú, por medio de su investigación con fuentes secundarias que tuvo como objetivo analizar el proceso de tenencia respecto a los criterios técnicos jurídicos orientados por el síndrome de alienación parental y el interés superior del niño y adolescente, observó entre varias líneas que la tenencia es una institución que permite a uno o a los dos padres vivir con los hijos, siempre buscando el interés superior del niño, manifiesta que se considera en este caso, las circunstancias materiales y afectivas en pro del bienestar de los menores, que en las decisiones analizadas se evidencia un adecuado cumplimiento de la norma, no así con la configuración de los criterios para argumentar las decisiones judiciales pues observó ausencia de la valoración exacta de la pericia como prueba determinante para establecer la situación psicológica del menor y que las relaciones conflictivas se dan en la



familia cuando se evidencia una conducta de rechazo hacia uno de los progenitores por parte del o la menor, a lo que llamó “síndrome de alienación parental”.

Romero (2017) en Ecuador, mediante su investigación con análisis de caso (Sentencia N.O 064-15-SEP-CC CASO N.O 0331-12-EP), observó violación de género por la preferencia materna en la tenencia de los hijos e hijas menores en separación familiar, considera una vulneración al principio constitucional de la igualdad jurídica del padre y la madre; de igual manera al observar la legislación presente en la sentencia, alega que el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia es discriminatorio con las mujeres, por perpetuar la idea tradicional del cuidado exclusivo a la madre, imponiendo a la mujer las labores en relación con la vida familiar. Respecto al Interés superior del niño, niña o adolescente, la investigadora observó que este se encuentra malgastado por ser el argumento más utilizado en juzgados y tribunales, aunque considera paradójicamente que los niños, las niñas y los adolescentes son los últimos en ser escuchados; al hablar de la corresponsabilidad parental, la investigadora consideró que ésta ha tenido un desarrollo legislativo inadecuado pues la ley, con respecto de los hijos menores de 12 años, mantiene una preferencia hacia la madre y que el régimen de visitas vinculante puede interpretarse en la práctica como que el menor fuera rehén de uno de los progenitores y el otro tenga que conformarse a las visitas que a su vez pueden ser obstruidas.

Cervantes (2016) en su investigación con fuentes primarias, cuyo objetivo fue establecer los efectos legales y sociales que tendría en los padres separados la aplicación de la tenencia compartida, en pro de interés superior y el reconocimiento de los derechos constitucionales, concluyó que la tenencia compartida permite reconocer los derechos de los menores de edad en pro del interés superior de los mismos, que se debe general una conciencia de igualdad entre padre y madre frente a la tenencia de los hijos e hijas, que son mayores los efectos





positivos de la tenencia compartida por la mejor adaptabilidad del cambio y eliminación del sentirse abandonados, por mejorar la relación padres – hijos, mejora en la ayuda mutua y cooperación entre progenitores; que el régimen de visitas genera conflictos entre progenitores y en ocasiones sentimientos de culpa en los menores por la evidente desigualdad de días en visitas (4 días) y tenencia (26 días) que otorgan los jueces; que existe en el Ecuador una falta de reconocimiento de derechos, desigualdades de género, y desempeño de roles tradiciones que acarrear efectos sobre las niñas, los niños y adolescentes; que la realidad actual de roles de padres y madres son diversos, por lo que la tenencia compartida debe adecuarse a esa realidad, que ambos progenitores tienen la capacidad de cuidar a sus hijos, que el interés superior del niño, niña y adolescente es fundamental pero también el reconocimiento de derechos que constitucionalmente se les otorga a las personas; finalmente, concluye que el reconocimiento legal de la tenencia compartida en el Ecuador sería positiva ya que disminuiría la sobrecarga de responsabilidades hacia la madre, el padre asumiría más obligaciones en pro del reconocimiento de sus derechos pero también de sus responsabilidades.

Noblecilla (2014) en su investigación en Perú con revisión de documentos, concluyó que los factores determinantes a favor de la tenencia monoparental fueron la edad del menor, el tiempo de convivencia de los padres con los hijos relacionado con la lactancia y tiempo de ocupación laboral, la opinión de los hijos, el sexo del progenitor, los informes sociales y psicológicos, las demandas en contra del progenitor, observó también que la tenencia monoparental se presenta como una “figura disociadora de la relación paterno-filial desvinculándola, provocando una semiorfandad artificial sobre los niños y el ejercicio casual de la paternidad o maternidad” (pág. 102), a la vez que sobre la tenencia compartida, observó



que esta se asocia con el equilibrio interaccional en resguardo del interés superior del niño, niña y adolescentes y que se orienta al ejercicio recíproco de los roles socioafectivos.



## 5. METODOLOGÍA

### 5.1 Alcance y enfoque de la investigación

El presente estudio es no experimental transversal, de alcance descriptivo.

El paradigma usado fue el interpretativo de enfoque cualitativo fenomenológico que aborda las subjetividades de los sujetos u objetos, pretende conocer cuáles son las creencias, las percepciones y las prácticas de un determinado grupo o colectivo social (Hernandez, Fernández Baptista, 2010).

La selección del alcance y enfoque surgió de la necesidad de responder a las preguntas de investigación.

El abordaje con enfoque de género en el análisis de fuentes secundarias y primarias, pretende dar cuenta de la prolongación del sistema patriarcal como se explicó páginas arriba, pues se ha observado que legal y culturalmente la tenencia de los hijos menores de doce años se ha orientado hacia la madre implicando que los padres, con un régimen de visitas, tengan una menor participación en la vida cotidiana de los hijos e hijas y por lo tanto un grado menor de compromiso con ellos y ellas (Cervantez, 2016; Romero, 2018). En el análisis se observarán aspectos relacionados a estos hechos, a más de la vinculación de la mujer con lo doméstico, con el cuidado, las barreras hacia el desarrollo social y laboral de la mujer, y el no reconocimiento de los derechos del padre en el sentido de igualdad con la madre de compartir similar tiempo y aspectos del desarrollo integral de sus hijos e hijas; entre otros.

La categoría género como una categoría de análisis y partiendo de la división sexuada de las personas en hombres y mujeres, como hecho biológico, permite comprender las implicaciones de poder que, sobre esa base, definen a hombres y mujeres, diferentes roles, oportunidades, espacios, conductas y posiciones en la vida (Facio, et al, 2016).



## 5.2 Categorías de análisis

Hernández, et al (2010), señalan que la investigación cualitativa no define variables, sino conceptos generales como percepciones, emociones, vivencias, hechos; que “Los significados serán extraídos de los participantes” (pág. 366) por lo que, a fin de cumplir con el objetivo general, se utilizarán en el presente estudio categorías que corresponden a los objetivos específicos tal como se manifiesta en la siguiente tabla:

<b>Objetivo específico</b>	<b>Técnica</b>	<b>Categorías</b>
Determinar los componentes legales manifestados en las resoluciones sobre tenencia en la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la corte provincial de Justicia del Azuay	Revisión de documentos Entrevistas abiertas semiestructuradas	Legislación internacional Legislación nacional Tipo de principios Uso de legislación con enfoque de género
Determinar los factores sociales y culturales que determinan las decisiones de las juezas y los jueces en las resoluciones sobre tenencia en la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la corte provincial de Justicia del Azuay	Revisión de documentos Entrevistas abiertas semiestructuradas	Factores sociales Factores culturales
Determinar las creencias y percepciones de los jueces y las juezas de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la corte provincial de Justicia del Azuay sobre la tenencia de hijos e hijas.	Entrevistas abiertas semiestructuradas	Tenencia patriarcal o monoparental Tenencia compartida

*Tabla 1 Matriz Objetivos, Técnica y Categorías de estudio*



### **5.3 Población y Muestra**

En relación con las fuentes secundarias de información, la población corresponde a siete sentencias de apelación, publicadas en la página Web del Consejo de la Judicatura en el apartado de Registro de Centros de Arbitraje correspondiente a la Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay durante el período 2014 - 2018. La muestra estuvo constituida por la totalidad de las sentencias.

En relación con las fuentes primarias de información entrevistas abiertas semiestructuradas, la población estuvo constituida por siete personas, cinco juezas y dos jueces que conformaban la Sala Única de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en el período de levantamiento de la información; mientras que la muestra, no probabilística, fue seleccionada por conveniencia se constituyó de 5 personas, 3 juezas y 2 jueces de la Sala en cuestión que accedieron participar en la investigación y firmaron los consentimientos informados.

### **5.4 Técnicas de recogida de Información**

De acuerdo a Hernandez, et al (2010) en los procesos cualitativos, tanto como en los cuantitativos, las técnicas de recolección de los datos “pueden ser múltiples” (pág. 16) , en este caso particular se hizo uso de dos técnicas correspondientes a la investigación cualitativa: la revisión de documentos y las entrevistas abiertas semiestructuradas.

Para el abordaje de los dos primeros objetivos específicos, se utilizó la técnica de revisión de documentos digitales, 7 sentencias de apelaciones y las entrevistas abiertas semiestructuradas (Ver tabla 1).



Para el abordaje de las creencias de las y los jueces sobre la tenencia patriarcal y la tenencia compartida, la técnica usada fue la entrevista abierta semiestructurada. Las entrevistas se realizaron de forma directa, es decir, cara a cara, permitiendo a la investigadora formular preguntas espontáneas en el transcurso de la entrevista. Las entrevistas tuvieron 20 minutos de duración aproximada y se realizaron de acuerdo a la disponibilidad de los informantes en los lugares de trabajo bajo previa cita. Solo una de las juezas se negó a participar en la investigación (Ver tabla 1).

El temario fue construido por categorías pre seleccionadas en base a los objetivos del estudio.

Previo a la realización de las entrevistas, Cada uno de los participantes recibió información suficiente de los objetivos de la investigación, se les leyó el consentimiento informado en el cual se garantizaba la confidencialidad de los datos proporcionados.

Para evitar sesgos, durante el levantamiento de la información, la investigadora reflexionó sobre los prejuicios respecto a los discursos de los informantes a fin de no obstaculizar la libertad de expresión.

### **5.5 Técnica de procesamiento de datos.**

Tal como lo sugieren Hernandez, et al (2010), la información recolectada se organizó por “tipo de datos” (Pág. 447): sentencias (fuentes secundarias) y entrevistas (fuentes primarias),

En el caso de las sentencias, estas se constituyeron en documentos primarios para la creación de una unidad hermenéutica en el software Atlas ti. Se procedió a la creación de códigos utilizando las categorías (a priori) previamente seleccionadas. Fueron leídas cada una de las sentencias y durante este proceso se crearon citas que fueron codificadas con una categoría. Posteriormente se obtuvo un documento “Todos los códigos con cita” que contenía agrupadas



las citas, con el cual se procedió a analizar e interpretar el contenido obteniendo así los resultados.

Las entrevistas fueron grabadas y transcritas en formato Word. Una vez obtenidos los documentos primarios se procedió a la creación de una unidad hermenéutica y se siguió el mismo procedimiento que con las sentencias, es decir la codificación cualitativa.

en la codificación cualitativa el investigador considera un segmento de contenido (no siempre estándar), lo analiza (se cuestiona: ¿qué significa este segmento?, ¿a qué se refiere?, ¿qué me dice?); toma otro segmento, también lo analiza, compara ambos segmentos y los analiza en términos de similitudes y diferencias (¿qué significado tiene cada uno?, ¿qué tienen en común?, ¿en qué difieren?, ¿me dicen lo mismo o no?). Si los segmentos son distintos en términos de significado y concepto, de cada uno induce una categoría (o bien, considera que no posee un significado para el planteamiento), si son similares, induce una categoría común. (Hernández, et al, 2010. Pág. 448)

Simultáneamente se crearon redes semánticas que se pueden visualizar con los resultados.

Para asegurar la confidencialidad de datos y el anonimato de los informantes, en la presentación de los resultados, se omitieron los nombres de los informantes y los mencionados en los discursos o sentencias. Las sentencias tienen un código formado del número de la sentencia y el año que se dictó, de acuerdo a la denominación que se registra en la página web del Consejo de la Judicatura en el apartado de Registro de Centros de Arbitraje correspondiente a la Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay. Mientras que en el caso de los jueces que participaron en la entrevistas abiertas se usan códigos que representan el puesto de su participación (P1, P2, P3, P4 y P5) y su sexo según corresponda a hombre (H) o mujer (M).



La técnica seleccionada para el análisis e interpretación de datos fue el análisis del discurso, para ello se uso el reporte de Atlas ti que categorizó los discursos de los informantes con las categorías preseleccionadas.

Más que seguir una serie de reglas y procedimientos concretos sobre cómo analizar los datos, el investigador construye su propio análisis. La interacción entre la recolección y el análisis nos permite mayor flexibilidad en la interpretación de los datos y adaptabilidad cuando elaboramos las conclusiones (...) el análisis de los datos no es predeterminado, sino que es “prefigurado, coreografiado o esbozado”. Es decir, se comienza a efectuar bajo un plan general, pero su desarrollo va sufriendo modificaciones de acuerdo con los resultados (...) el análisis es moldeado por los datos (lo que los participantes o casos van revelando y lo que el investigador va descubriendo). (Hernández, et al, 2010. Pág. 440)

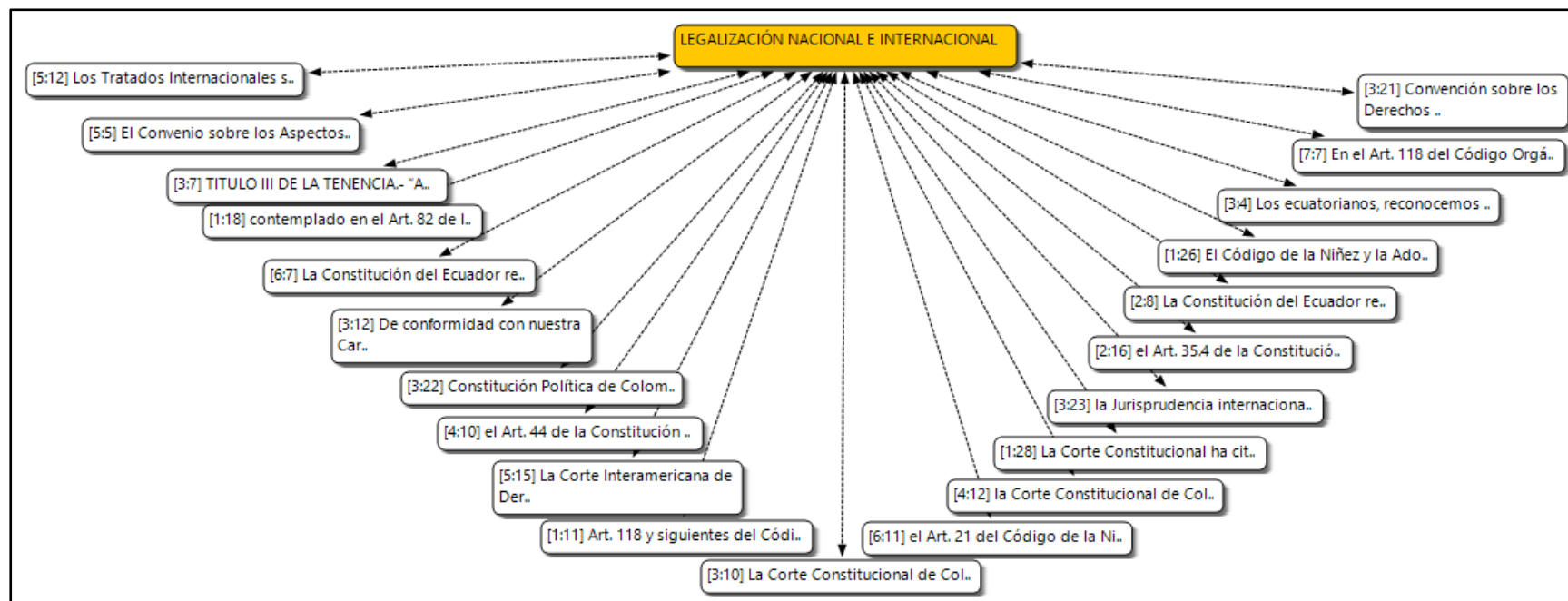




## **6. RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

### **6.1 Componentes legales manifestados en las resoluciones sobre tenencia en la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay**

*Red Semántica I Legislación Nacional e Internacional*



**Elaborado por la autora**

**Fuente: Entrevistas**



Respecto a la base legal manifestada en las resoluciones de tenencia en la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia, se observa una amplia gama de leyes tanto a nivel nacional como internacional (Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, Convención Americana de Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros), así como en la diversidad desde lo general hacia la especificidad considerando la Constitución de la República del Ecuador, Código de Procedimiento Civil, Convención sobre los Derechos del Niño, Código de la Niñez y Adolescencia, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer entre otros.

“Por la importancia del tema citamos jurisprudencia internacional, como es la Sentencia No. T-158/93 de la Corte Constitucional Colombiana (...) contemplado en el Art. 82 de la Constitución de la República; la jurisprudencia internacional nos ayuda a su comprensión (...) la resolución o sentencia debe decidir únicamente los puntos controvertidos. Esto, de acuerdo a lo que dispone el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 113, 115 y 273...” (Sentencia 01202-2016-00209, 2014)

“Por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone: “Art. 19 Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de la familia, de la sociedad y el Estado” En la misma línea de protección, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (R. Oficial 101 del 24 de enero 1969) en su Art. 24.1. dispone: “Todo niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”; y, finalmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (R. Oficial 101 de enero 24 de 1969) en el Art. 10.3 establece “Se deben adoptar las medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes sin discriminación alguna por raza de filiación o cualquier otra condición...”(Sentencia 01204-2015-09383, 2016)



De forma recurrente y en sentido de supremacía se observa en las sentencias el reconocimiento del artículo 44 y 45 de la Constitución de la República, y el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre el principio de interés superior de los derechos de las niñas, niños y adolescentes sobre los de otras personas, a más de la vigilancia en estricto apego a los artículos 9.1 y 3 de la Convención de los Derechos del Niño en el sentido de que las autoridades consideren las circunstancias alrededor del interés de los niños como presencia de maltrato o descuido en los menores, verificando de esta manera que la Sala actúa conforme al principio primordial del interés de los niños, niñas y adolescentes en el campo de la tenencia, tal como se ha evidenciado en otras salas a nivel nacional e internacional reflejado en Cervantes (2016), Romero (2017) y Zamora (2018).

“El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes (...) se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas (...) Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales!. Y el Art. 45 ibídem que señala: 'las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad'”(Sentencia 01202-2016-00209, 2014).

“Tenemos entonces que protege el interés Superior del Niño consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que. 'En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.'” (Sentencia 01204-2015-08823, 2016)

En dos de las sentencias se observa base legal específica y abundante con enfoque de género, en donde resulta ser la misma jueza ponente que declara; en primer lugar, se cita la



Constitución de la República del Ecuador en su artículo 67 garantizando la igualdad de derechos y oportunidades para los integrantes de la familia, los artículos 69 y 83 en la obligación de promover corresponsabilidad materna y paterna, la asistencia de alimentación, educación y cuidado de una forma proporcionada entre madres y padres, el artículo 333 en el sentido de impulsar la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares. De lo mencionado se observa un respaldo legal para la ruptura del sistema patriarcal y la reproducción de roles y estereotipos, específicamente en el campo doméstico que como se vio en la literatura que antecede, se lo otorgaba exclusivamente a la mujer por cuestiones biológicas y culturales.

“La Constitución del Ecuador reconoce la familia en sus diversos tipos (...) así como la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes (...) promover la corresponsabilidad materna y paterna, y vigilar el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres y padres (...) asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos, reiterando que este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción (...) impulsar la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares (...) la Convención sobre los Derechos del Niño establece que el Estado debe garantizar 'el reconocimiento del principio que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño/a' (...) La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer señala que hombres y mujeres deben compartir las responsabilidades domésticas y de crianza” (Sentencia 01204-2013-0081, 2016)

Enfoque de género, en la base legal en menor contenido y relacionado con la edad de los hijos, se observa también cuando en dos de las sentencias se nombra el artículo 106 del Título III de la Tenencia sobre las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad luego de escuchar al niño, niña o adolescente dando preferencia a la tenencia de la madre cuando los hijos son menores a los 12 años considerando ciertas condiciones y el Art. 83 numeral 16 de



la Constitución de la República en el sentido de corresponsabilidad de ambos progenitores y el hecho de considerar las obligaciones comunes respecto a la crianza y el desarrollo del niño.

“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; (...) 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”(Sentencia 01204-2016-02155, 2016)

“A su vez el Art. 83 numeral 16 de la misma Carta Suprema, señala como responsabilidades, en este caso de los padres 'Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos, esto en el afán de cuando las madres y padres lo necesiten.'; dentro de la misma línea de protección La Convención sobre los Derechos del Niño (...) garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño.... Su preocupación fundamental será el interés superior del niño'.”(Sentencia 01204-2015-09383, 2016)

De acuerdo a los discursos de los jueces y juezas de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en el ámbito del marco legislativo, se evidencia la conciencia de la claridad en la norma que garantiza el goce de los derechos de niños, niñas y adolescentes (principio superior del niño, niña y adolescentes) se considera que este principio excede al de igualdad de género. El énfasis se otorga en la relación hijos – padres y no en la relación padre – madre. El derecho del niño se resume en “estar tanto con su padre como con su madre”. Esta última afirmación concuerda con el criterio de la investigadora en preferir la custodia compartida, como el régimen ideal por el hecho de que asegura esa relación permanente y regular con ambos progenitores, cumpliendo simultáneamente el principio de igualdad, tal como se expresó también con la



Ley No.548, artículo 40 de la Ley 7 de julio de 2014, del Código de la niña, niño y adolescente en Bolivia, similar al artículo 21 del Código de la niñez y adolescencia del Ecuador como se mencionó en el apartado 3.2 de la presente investigación.

“la ley siempre ha existido en la Constitución, hasta ahí los principios son muy claros y principios muy especiales para niños, niñas y adolescentes, como es el tema de principio de interés superior (...) el derecho que se protege no es de padre y madre, el derecho que se protege es de niños, niñas y adolescentes y cuando apreciemos solo esa función, habremos apreciado efectivamente que el tema del machismo, el tema de patriarcado tiene que quedar de lado” P5-M

“La tenencia compartida no está regulada en nuestra legislación ¿no cierto? no está regulada en el Código de la Niñez y Adolescencia pero tampoco está prohibida, ahora, si sería una herramienta por ejemplo en el caso de que padre y madre quieran tener la custodia de los hijos, porque hombre y mujer tienen los mismos derechos, igual que el niño tiene derecho de estar tanto con su padre como con su madre” P3-M

Además de una base legal, la mayoría de las sentencias manifiestan el uso de citas o argumentos de fuentes reconocidas en el área judicial, al igual que la mayoría de estas citas se refieren a temas de los medios de prueba, los intereses de los menores, maltrato al menor, entre otros. El enfoque de género en las citas es mínimo, pero de contenido sustancial; se encuentra en dos de las sentencias en relación a la igualdad de posibilidades para los progenitores en el crecimiento y realización de proyectos de vida, igualdad en roles, coparentalidad e igualdad de género. Por motivos de mayor visibilidad se señala con formato **negrita**.

Cecilia Grosman señala que entre los derechos y obligaciones que surgen del matrimonio o de la convivencia está el deber de **ambos padres** de asumir el cuidado de los hijos e hijas, con base en una ética de **cooperación** y otorgando a cada uno **iguales posibilidades** para el crecimiento y realización de sus proyectos de vida (...)



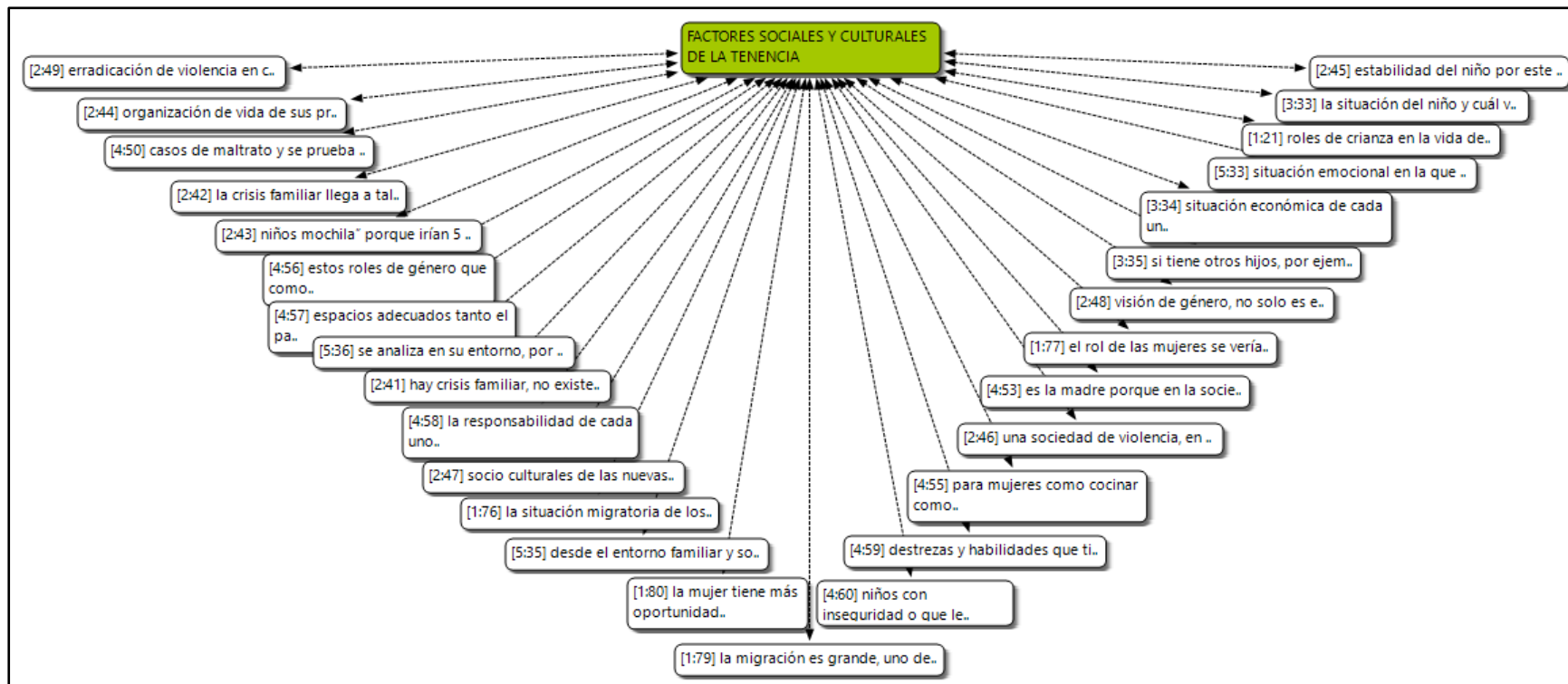
el proceso hacia la **igualación de roles** exige también una transformación ideológica y cultural (...) cuidado compartido que reafirma el principio de **coparentalidad**. Esta solución posibilita que **ninguno de los progenitores** deje de mantener contacto con sus hijos o hijas, al tiempo que asegura el interés superior de los niños y niñas (“El valor de legislar sobre el cuidado infantil”, en Desafíos, Ob”. cit., p. 10).(Sentencia 01204-2013-0081, 2016) Fuente Negrita de la autora

Si bien tradicionalmente en América Latina los cuidados que se proveen en los hogares los brinda casi siempre la madre, el análisis de los cuidados de la primera infancia debe considerar un enfoque que haga dialogar dos perspectivas complementarias: los derechos de los niños y niñas y la **igualdad de género** (...) (Laura C. Pautassi y María Nieves Rico, “Licencias para el cuidado infantil. Derecho de hijos, padres y madres”, en Desafíos. Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, N° 12, Cuidado infantil y licencias parentales, CEPAL UNICEF, julio de 2011, pp. 4-8)(Sentencia 01204-2016-02155, 2016) Fuente Negrita de la autora

## **6.2 Factores sociales y culturales que determinan las decisiones de las y los jueces en las resoluciones sobre tenencia en la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la corte provincial de Justicia del Azuay**



### Red Semántica 2 Factores Sociales y Culturales de la Tenencia



Elaborado por la autora

Fuente: Entrevistas



Los factores sociales y culturales que determinan las decisiones en las resoluciones sobre tenencia manifestados en la presente investigación se extraen de los discursos de los jueces y juezas de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay en el período de la investigación.

Se trata de factores socioculturales directamente relacionados con la familia, patrones de conducta aprendidos y adquiridos de la construcción social patriarcal, tales como diferencia de roles de género, crisis y violencia intrafamiliar. De alguna forma se pueden observar manifestaciones de la globalización y el capitalismo que caracteriza a la época actual, ya que se observan inmersos componentes como el trabajo, economía y migración.

En relación con los roles de género, se evidencia en uno de los jueces, la conciencia sobre las desigualdades en la tenencia cuando esta es monoparental y es otorgada principalmente a la madre; se observa la percepción de que las oportunidades laborales serían a medio tiempo bajo el sistema patriarcal, y a tiempo completo si esta fuera una tenencia compartida; de la misma manera, refiriéndose al padre, con la tenencia compartida, se le concede una mayor participación en los roles de crianza y no solamente en el rol de proveedor; en este sentido se asume que bajo esta perspectiva, se rompería con la tradicional asignación de espacios físicos y simbólicos destinados exclusivamente a las mujeres tal como lo manifestó Cagigas (2000), otorgándole la oportunidad de ejercer actividades que socialmente no le eran permitidas tal como lo manifestaron Amorós (1994) y Arroyo (2001).

“una de las luchas son en el ámbito laboral, el tener al niño a cada rato, el trabajo de la persona se vería perjudicado, pero si se comparte la tenencia, la mujer va a tener muchas más opciones de conseguir un trabajo de tiempo completo (...) es precisamente darle (al padre) roles de crianza en la vida del niño, para que lo vaya educando y no solo ser una billetera, por ejemplo si se enferma no solo darle dinero



para una clínica y medicamentos, llevarlo a la clínica, sino cuidarlo, alimentarlo, asumir los roles P1-H.

De uno de los discursos femeninos, se observó similar percepción, hablando de la tenencia compartida como una institución que rompería con la distribución desigual de responsabilidades y obligaciones, herencia del sistema patriarcal como lo manifestaron Lerner y Tusell (1990), rompería con la construcción social de roles que como se observó al ser producto de la cultura, puede ser transformado tal como lo señalaron Amorros (1994), Salgado (2004) y Arroyo (2001).

“yo creo que la tenencia compartida es básicamente esto o sea ya no es una sociedad patriarcal sino es una sociedad en la que hombres y mujeres simplemente estamos desempeñando un rol porque el género no es más que un rol impuesto por la sociedad entonces con este régimen de tenencia compartida el mismo rol que siempre se vio solamente para mujeres como cocinar como cuidar niños y todo y las tareas del hogar están también compartidas con el hombre entonces él también puede cuidar niños, él también puede cocinar, él también puede encargarse de las labores de la casa porque a través de esto se destruiría estos roles de género que como entendemos ellos no son más que construcciones sociales” P4-M

Se puede afirmar que la Sala está conciente de las situaciones y hechos que se ha conducido en el sistema patriarcal en la familia y en la sociedad, de ello, procura garantizar el bienestar del niño en cuanto a su integridad física, emocional, bienestar espacial, y de relaciones parentales. No se evidenció en los discursos de los jueces y juezas estereotipos de género para conceder la tenencia de los niños, niñas y adolescentes hacia uno u otro progenitor, más bien se menciona particularmente su situación con cada uno de ellos.

“Claro que el juez para tomar aquella medida también considerar por ejemplo los informes técnicos realizados por la oficina técnica u otros auxiliares de justicia para determinar cuál es la situación del niño y cuál va a ser la situación del niño con uno de los progenitores, a falta de acuerdo entre los progenitores igual garantizando el interés superior del niño” P3-M



“yo creo que a través de los informes de trabajo social, en lo psicológico también habría que ver cómo están los niños con el papá, como están con la mamá y también las destrezas y habilidades que tienen el papá y la mamá siempre se necesita informes técnicos” P4-M

En relación con la situación familiar, es determinante para los jueces y juezas, considerar los factores como las crisis familiares y la manifestación de casos de maltrato o violencia, características propias del sistema patriarcal, tal como lo señalaron Facio & Fries (2005) y como se observó también en Noblecilla (2014). Para el conocimiento de los jueces y juezas de las situaciones familiares, se consideran los discursos de los padres, de los niños, niñas y adolescentes más los informes técnicos de trabajo social y psicología (multidisciplinariedad) en pro del bienestar del niño en atención al principio de interés superior del niño, niña y adolescente. Sobre el uso de los informes técnicos, estos se evidencian presentes en todos los discursos de los informantes, otorgándoles el carácter de auxiliares muy importantes en la toma de decisiones, tal como se evidenció también en Calderón y Riveros (2016) y no así en Zamora (2018) quien manifestó ausencia de valoración de la pericia en relación a la situación psicológica de los menores.

“la crisis familiar llega a tal punto en que no hay un acuerdo entre ellos y necesariamente van hacia un juez, para que el juez tome aquella decisión deberá basarse en no dudar a lo que más le conviene para el desarrollo integral del hijo o hija de la familia, para lo cual deberá no solo oír a los padres, sino también al menor, además de que se valdrá del equipo técnico que va a extraer información que no vaya a afectar el normal desenvolvimiento del niño que ya ha venido de una crisis familiar” P2-H

“si es que hay casos de maltrato y se prueba mediante estudios psicológicos y estudios sociales que hay maltrato a los niños, puede ser maltrato psicológico o puede ser maltrato físico; obviamente habrá que otorgar la tenencia a quien no está incurriendo a esas prácticas como maltrato, también el tema es de quien tiene más



tiempo o es más calificado en el tema de tenencia pero eso es de acuerdo a la prueba que existe pero básicamente es en base a eso” P4-M

Uno de los jueces manifestó la importancia del enfoque de género en las decisiones de tenencia, sobre todo cuando se trata de la tenencia compartida, en este sentido alega que es un tema del cual de manera general, las juezas y los jueces reciben formación de una manera permanente; por lo tanto, a manera plural “nosotros” y como “autoridades” se obligan a usar esta herramienta en concordancia con lo que señaló Olsen (2009) de traer igualdad ante la ley y con lo que señalaron Facio, et al (2016) de posicionar las demandas, intereses y experiencias de las mujeres a la esfera pública.

“nosotros como autoridades para poder otorgar la tenencia compartida, tendremos que utilizar aquellas herramientas de tomar esta decisión con visión de género, no solo es entregar a la madre o al padre si de por medio existe violencia y que es producto del patriarcado porque ahí está la diferencia notoria entre el hombre y la mujer y el poder del hombre ante la mujer, indudablemente no vamos a tomar la decisión de darle al padre, invocar de nuevo lo que es el equipo multi disciplinario y sobretodo la visión de género en el tema de administración de justicia que debe tener el juez y la jueza, en lo cual nos preparamos permanentemente” P2-H

Respecto a la situación socio económica de los progenitores, esta se presentó como un factor para la toma de decisión en algunos informantes hablando de situaciones hipotéticas o reales referentes a la tenencia compartida o tenencia monoparental de los hijos o hijas. Sin embargo, de acuerdo con lo observado se podría observar que ciertas afirmaciones no consideran las diferencias de género y condición social que acarrea el sistema patriarcal, pues por la misma división sexual del trabajo, las condiciones no son iguales, las oportunidades laborales son diferentes como también lo es el salario y otras posiciones en la vida que ponen en desventaja a las mujeres para otorgar la tenencia de los hijos e hijas, como se observó en Facio, et al (2016) en Díaz (2013) o en Olsen (2009)

“Ya pero en cambio ahí sería de acuerdo también a la situación económica de cada uno de los padres que pueda buscar otro lugar de habitación y si tiene otros hijos, por



ejemplo si la madre vive en una casa de habitación con otros hijos, no solamente con el hijo de cierto padre, tendría que abandonar la casa con sus hijos para que venga el padre de uno de sus hijos por la custodia que tiene” P3-M

“En casos de tenencia de menores, en caso de separación para otorgar la tenencia a uno de los padres hay que verificar quien es el que presenta las mejores destrezas para conceder a los niños, no necesariamente es la madre o no necesariamente es el padre, hay que verificar quien es exactamente quién es el que tiene las mejores destrezas” P4-M

“el informe de trabajo social, que tengan espacios adecuados tanto el padre como la madre la responsabilidad de cada uno el tema de horarios también porque supongamos que el padre trabaja en las noches, si es que das un régimen de tenencia compartida quien les cuidaría a esos niños en las noches” P4-M

Uno de los factores mencionados en la presente investigación que influyen en la toma de decisión de las juezas y jueces de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, fue el relacionado con la migración, en este caso se asegura que la tenencia compartida no sería aplicable, concomitante con la tenencia exclusiva a los progenitores que excluye a la familia ampliada. Este factor es propio de la realidad local, la tenencia aplicada sería la monoparental implicando la separación geográfica y temporal de uno de los progenitores con el niño, niña o adolescente del cual se haya disputado o llegado a un acuerdo sobre la tenencia. Ahora, de acuerdo a la realidad actual, la migración ya no es exclusiva de los hombres, se ha generalizado por lo que siguiendo el principio del interés superior del niño, niña o adolescente, la tenencia en caso de migración debería considerar la opinión de los menores y su menor afectación física y emocional. El rol de cuidador lo cubriría totalmente uno de los progenitores.

“vivimos en una provincia donde la migración es grande, uno de los progenitores está en el extranjero y el otro está aquí, en ese caso no se le va a dar un mes y un mes, talvez el período de vacaciones, o navidad para que el niño vaya a visitar al padre,



entonces un estudio completo sobre la familia. La tenencia en casos de migración, podría ser que el padre es ilegal y el niño no tiene papeles y de acuerdo a la norma actual la tenencia es exclusiva de los progenitores, así que como se podría hacer una tenencia con la familia ampliada? P1-H

En relación con las resoluciones de la Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay se observa que la tenencia se da en favor de cinco padres y dos madres lo cual si se considera que son la totalidad de sentencias del período de estudio, se percibe un cambio en la tradición de que la mujer es la que mayormente tiene la custodia de los hijos como lo manifestaron Amorós (1994), Cagigas (2000) y Facio & Fries (2005). A lo largo del análisis de las sentencias se observa que tanto la legislación, como los criterios y las pruebas (informes técnicos multidisciplinarios), condujeron la decisión de los y las jueces mayoritariamente hacia los padres (aunque en dos ocasiones se dio un voto salvado); entre los hechos que sentaron las decisiones de los jueces de la sala se encontraron el ambiente y la violencia intra familiar a la cual se vieron expuestos algunos de los niños, niñas y adolescentes, de igual manera que el testimonio de los niños y niñas garantizando el interés del niño y niña sobre el de los demás.

“Todos los elementos probatorios en su conjunto nos llevan a establecer que la señora (...) no puede seguir ejerciendo la tenencia de sus hijas (...) estamos frente a un tema de aplicación y cumplimiento del Principio de Interés superior de las niñas, al decidir retirarlas del seno de la madre, para poderlas ubicar en un ambiente familiar que les garantice estabilidad emocional (...) RESUELVE: 1.- aceptar el recurso interpuesto, en consecuencia se revoca la decisión venida en grado (...)Igualmente la madre (...) y su pareja (...) recibirán atención psicológica y orientación familiar con el propósito de que puedan cumplir sus roles dentro del hogar con responsabilidad y en el marco de los derechos de sus respectivas hijas, para que mejoren su rol de padres ...”

(Sentencia 01202-2016-00209, 2014)



“RESUELVE: En estricto apego a la Constitución y a la ley CAEPTAR EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO, y conceder la tenencia al apelante progenitor señor (...) y como consecuencia de esta tenencia, las visitas para la madre respecto de su hija se llevará los días (...) lleven las terapias adecuadas para efectos de canalizar sus discusiones y controversias en pro de la hija...” (Sentencia 01204-2015-08823, 2016)

“RESUELVE: rechazar el recurso de apelación planteado por el señor (...) En consecuencia, confirma la resolución subida en grado (...) Esta medida de protección deberá contemplar estrategias para la prevención de la violencia, lo cual incluye, el apoyo a los padres y a las personas encargadas del cuidado de los niños para que entiendan, adopten y pongan en práctica los principios de una buena crianza de los niños...” (Sentencia 01204-2016-02155, 2016)

Entre otros factores observados en las sentencias que los jueces consideran para la toma de decisiones en dónde se observa la perpetuación de argumentos que ligan de manera especial a la madre con la tenencia de los hijos, son la doctrina de los años tiernos por la nutrición y cuidado y otra por la presunción de “el/la dador/a de cuidados básicos” en concordancia con lo señalado por Facio & Fries (2005) y Lerner & Tusell (1990). Al respecto se asume la perpetuación de violación de género por la preferencia materna para la tenencia de los hijos e hijas, aunque siga la normativa del Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 106; así también lo observó Romero (2017)

“...las juezas y jueces de la niñez y adolescencia deben tomar en consideración a la hora de decir a cuál de los padres encargan la tenencia: “La doctrina de los años tiernos: El/la niño/a durante sus primeros años (años tiernos) **necesitaría a la madre más que al padre** porque ella está mejor preparada para nutrir y cuidar al niño (...) La presunción de “el/la dador/a de cuidados básicos”: Según esta doctrina, los/las niños/as necesitan cuidado día a día y el padre/madre **quien ha venido realizando estas tareas...**”(Sentencia 01202-2016-00209, 2014)Fuente Negrita de la autora

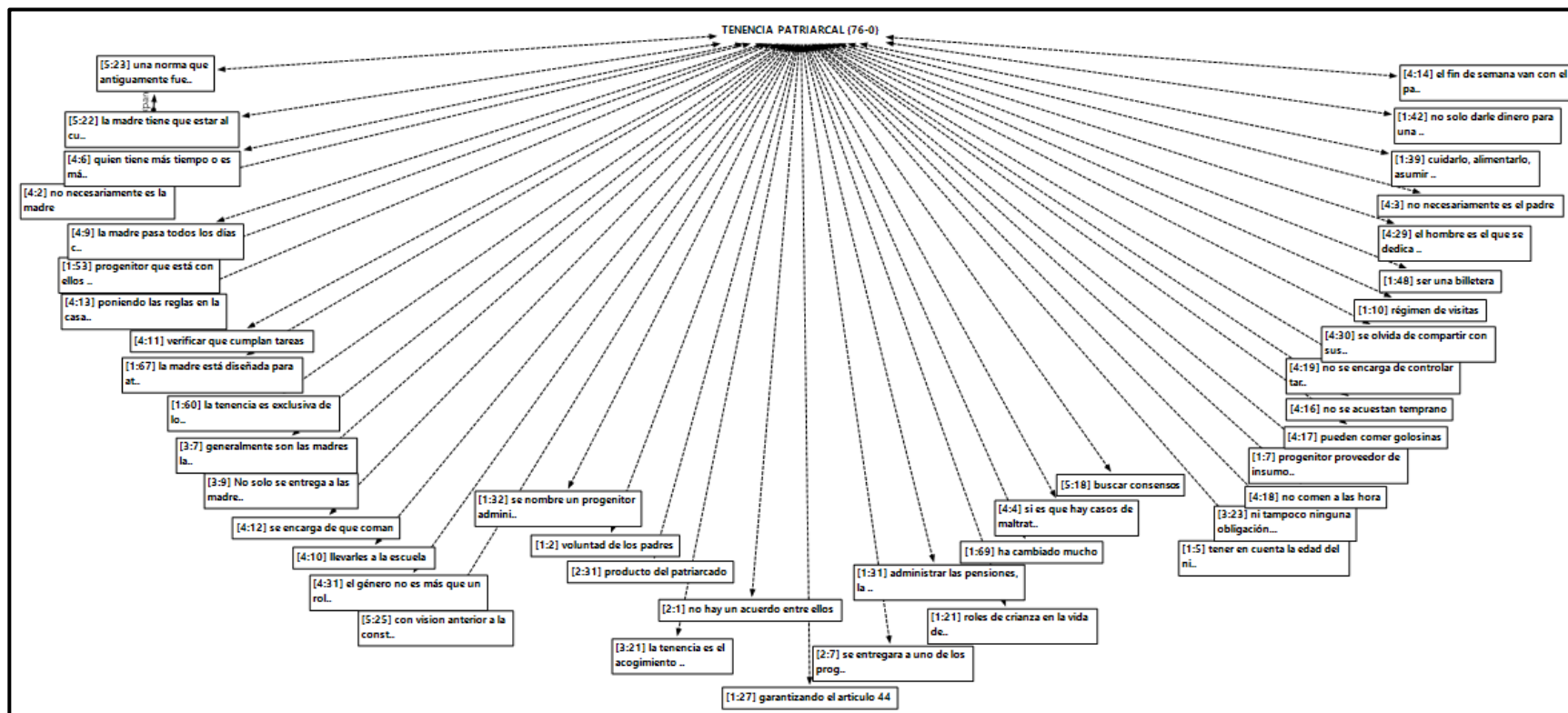




“En el caso que nos ocupa el interés superior debe ser aplicado en el sentido de que la estabilidad emocional del niño no se altere y que su lugar de aceptación, de SEGURIDAD para su desarrollo integral se plasme en **un ambiente de permanencia como es el que creció**, esto es el hogar de la familia materna, y su madre que se ha reintegrado al hogar. Pues ese es su lugar seguro.” (Sentencia 01204-2015-09383, 2016)Fuente Negrita de la autora

### **6.3 Creencias y percepciones de los jueces y las juezas de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la corte provincial de Justicia del Azuay sobre la tenencia de hijos e hijas.**

### Red Semántica 3 Tenencia Patriarcal o Monoparental



Elaborado por la autora

Fuente: Entrevistas



De los discursos de las juezas y jueces de la Sala se evidencian ciertas certezas relacionadas con la tenencia, patriarcal o monoparental como ser la relación directa con uno de los progenitores en estancia permanente y un régimen de visitas con el otro, exclusivo de ellos, sin que implique el abandono de los derechos y obligaciones vinculados con el niño, niña o adolescente.

“La tenencia es una parte de la patria potestad, pero el hecho de que se le dé la tenencia a una de las personas no significa que se prive la patria potestad al otro, la patria potestad son todos los derechos que tienen los padres sobre los hijos así como también las obligaciones que tienen respecto de ellos, por más que se encuentre uno de los progenitores a cargo del cuidado directamente no significa que el otro padre no le va a cuidar también, eso hay que diferenciar, la tenencia es el acogimiento físico que le da uno de los progenitores, pero ningún derecho pierden los padre ni tampoco ninguna obligación” P3-M

“Una reforma al código de la niñez, y luego de eso una oficina técnica con mucho tiempo para hacer los análisis de la forma de tenencia que beneficie al niño, vivimos en una provincia donde la migración es grande, uno de los progenitores está en el extranjero y el otro está aquí, en ese caso no se le va a dar un mes y un mes, talvez el período de vacaciones, o navidad para que el niño vaya a visitar al padre, entonces un estudio completo sobre la familia. La tenencia en casos de migración, podría ser que el padre es ilegal y el niño no tiene papeles y de acuerdo a la norma actual la tenencia es exclusiva de los progenitores, así que como se podría hacer una tenencia con la familia ampliada? P1-H

La tenencia como institución patriarcal, de acuerdo a uno de los discursos, tiene limitantes como el conocimiento de la familia ampliada del conyuge con régimen de visitas, a la vez que crea en los niños, niñas o adolescentes una visión diferenciada de roles y sensaciones afectivas diferenciadas entre el progenitor - proveedor y el progenitor - cuidador dando oportunidad de crear ciertos síndromes relacionados con la separación de los hijos con los padres como el síndrome de alienación parental manifestado en Zamora (2018) por la preferencia de uno u otro.



“Las cuestiones de tenencia compartida yo no la veo desde un punto de vista patriarcal, sino desde el punto de vista de los derechos del niño, como por ejemplo conocer a su familia nuclear y ampliada, a convivir con ellos, aprender de ellos, es vivenciar sus derechos, mas no vivir en una situación patriarcal, así que en mi opinión si se debería aplicar la tenencia compartida (...) porque las mujeres necesitan más tiempo para sus actividades personales y los hombres también empoderarnos de nuestra familia, eso se ha hecho, por ejemplo cuando hay una familia nuclear, nosotros hacemos eso, le cuidamos, les educamos, les alimentamos. Esto es lo que no se hace cuando estamos distanciados, se es únicamente la billetera, y ahí los niños empiezan a tener una visión diferente, al progenitor que está con ellos como el responsable, el cariñoso, y al otro progenitor como el que solo provee” P1-H.

“en la mayoría de casos la tenencia es otorgada a la madre y hay casos en los que se otorga a los padres, sin embargo existe un régimen de visitas, por ejemplo: la madre pasa todos los días con los niños, es ella la que se encarga de llevarles a la escuela es ella la que se encarga de verificar que cumplan tareas, es ella la que se encarga de que coman, y es ella básicamente la que está poniendo las reglas en la casa para la educación de sus hijos, el fin de semana van con el padre y el padre como tiene dos días básicamente y son dos días que no hay clases, no se acuestan temprano, pueden comer golosinas, no comen a las horas que deben, no se encarga de controlar tareas, entonces pueden crear los niños un criterio de que es mejor estar con el papá porque el papá es más bueno y cosas así y no con la mamá” P4-H

“ella es la que exige en un régimen de tenencia compartida, por ejemplo de siete días a la semana cuatro días con la madre y tres días con el padre por ejemplo puede ser al revés también o una semana cuatro días y otra semana tres días; los niños también van a estar en días laborables con él que tenía antes solo los fines de semana y también va a tener que poner reglas por ejemplo: a qué hora se tienen que acostar porque tienen clases el día siguiente, a qué hora hacen los deberes y realmente exigir y poner reglas y control que es lo que a veces a los niños no les gusta tanto esa es una de las ventajas” P4-M



De algunos de los discursos se pudo observar la percepción de cambio en la perpetuación del sistema patriarcal relacionada a los roles femeninos en la esfera doméstica como lo observaron Amoros (1994), Cagigas (2000) y Facio & Fries (2005); se evidenció el reconocimiento de la lucha de las mujeres por mayores vinculaciones en la esfera pública; aunque como consecuencia y trayendo a la mesa el modelo con sociedades en desarrollo, se observó la participación de terceras personas en el cuidado (guarderías) y la desprotección de los niños, niñas o adolescentes; al mismo tiempo que, mientras hay mayor vinculación de la mujer con el ámbito público, al parecer la carga doméstica no disminuye permaneciendo el estereotipo de la madre – esposa en el hogar y la duplicación de tareas, así como lo observaron Facio & Fries (2005) y Lerner & Tusell (1990).

“Es el sistema patriarcal en el que vivimos, la madre está diseñada para atender la casa y al hijo, y el padre para proveer en la casa, entonces eso ha cambiado mucho por los logros de las mujeres en sus luchas, pero eso sería en otro tema, a mayores derechos más limitantes, como en el primer mundo que la mujer tiene más oportunidades de trabajo mientras los niños están siendo cuidados -en guarderías o simplemente desprotegidos P1-H

“la mayor parte de la carga justamente por un tema de sociedad patriarcal estas construcciones y estos esquemas generalmente son más las mujeres, las mujeres también trabajamos pero al llegar a la casa tenemos que hacer más cosas como controlar las tareas, cocinar, en fin, en este caso los hombres tendrían las mismas funciones que las mujeres en ese sentido” P4-M

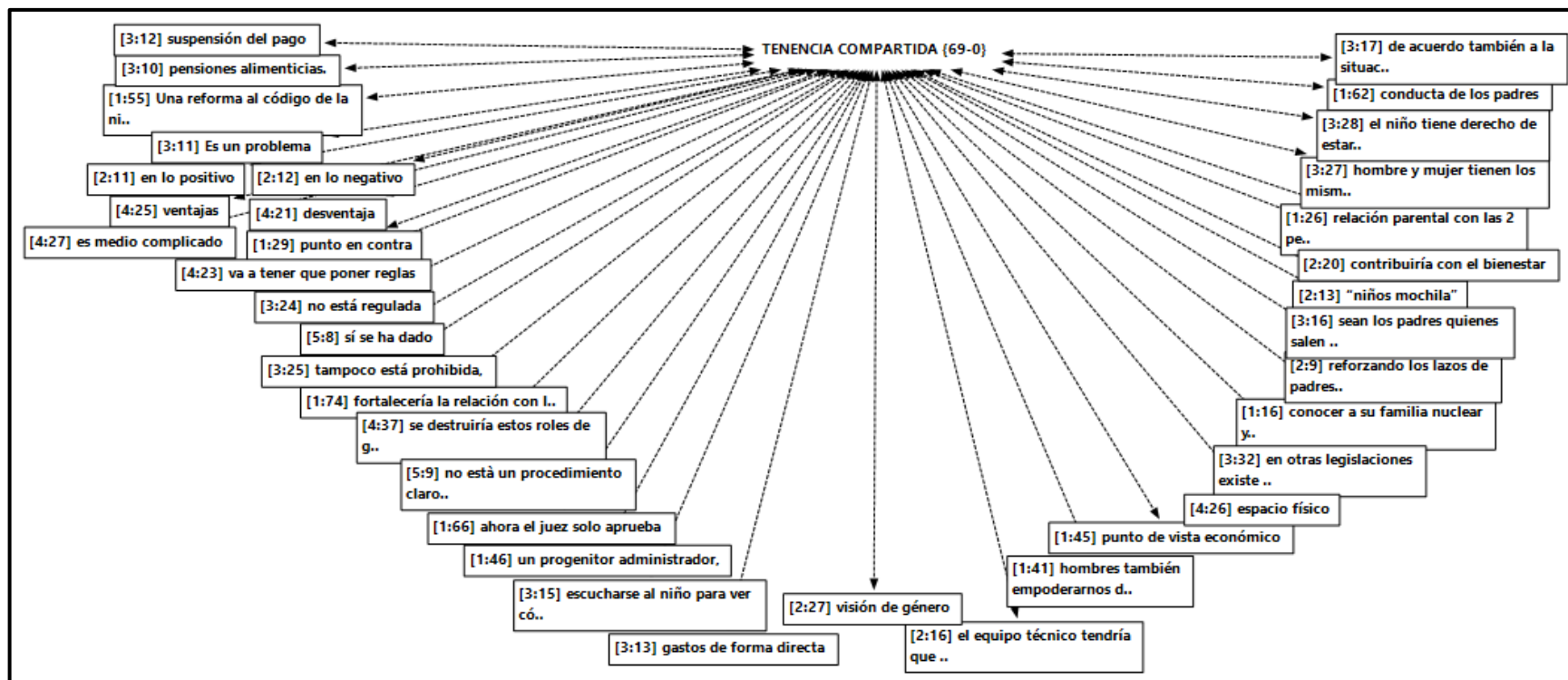
En uno de los discursos se pudo observar que fuera de la norma que liga el cuidado de los niños, niñas y adolescentes directamente con la madre; la cual a propósito se considera antigua, la consesión de la tenencia puede estar relacionada a los afectos, que también se percibe como generales a la madre. Aunque en la experiencia de esta jueza, el asunto de cuidado y protección no siempre es más favorable en la madre.

“generalmente las madres somos más afectivas, desde mi óptica, no pasa por el tema de que la madre por ser la madre tiene que estar al cuidado de los niños, no, eso dice una norma, una norma que antiguamente fue así establecida como que solamente las madres estuviéramos obligadas a cuidar, pero la experiencia de estas causas nos han



enseñado que un niño no siempre está bien protegido en las manos de una madre;  
entonces, insisto yo en que cada niño es un mundo y se analiza en su entorno P5-M

*Red Semántica 4 Tenencia compartida*



Elaborado por la autora

Fuente: Entrevistas



De los discursos de los jueces y juezas de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en los años 2014-2018 respecto a la tenencia compartida, se puede observar creencias y percepciones que determinan puntos favorables y desfavorables hacia la misma.

La tenencia compartida, de acuerdo a la percepción de los jueces es una institución que nace del acuerdo entre progenitores, se percibe como una alternativa de la tenencia patriarcal, es favorable por la oportunidad que otorga al niño a fortalecer su relación con el padre y la madre, a la vez que con la familia ampliada y a conocer las costumbres de ambas y enriquecer su patrimonio cultural.

“se respeta el acuerdo de los padres, antes se decía otorgar la tenencia a uno solo, pero ahora el juez solo aprueba y listo (...) fortalecería la relación con los 2 padres, ya que tendrán la oportunidad de conocer las costumbres de los dos y nunca el niño ha tenido la oportunidad de vivir las experiencias malas o buenas que les dijo el otro progenitor de su padre” P1-H

“¿que pasaría si se la diera a los dos padres? Se estaría reforzando los lazos de padres a hijos, eso en lo positivo” P2-H

De acuerdo a algunos discursos, se pudo observar que la tenencia compartida contribuiría al hecho incentivado por las normas internacionales y nacionales de que la separación y el proceso de tenencia cause menor inestabilidad del niño, niña o adolescente; sin embargo, se evidencia la necesidad de encontrar los medios para que esta sea efectiva, neutral, de mutuo acuerdo y sobre todo sin que se desconozca el principio del interés superior del niño, niña y adolescente.

“Con eso estaríamos dando la respuesta que ha dado la ONU donde dicen que el rompimiento de la inestabilidad el niño debe ser menor (...) para evitar la incertidumbre del niño de unos días con la madre y otros con la madre sean efectivamente los padres los que se puedan movilizar, y además de que deberemos buscar esos acercamientos neutrales deberemos encontrar decisiones para incentivar a los padres para que lleguen a un acuerdo porque si hay un acuerdo deberían llegar a la autoridad judicial P2-H





“las visitas, una semana está con el padre, otra semana; son tenencias compartidas, el tema es que no está un procedimiento claro y determinante en función al principio de intereses superiores del niño para que se aprecie como una norma clara y concreta, de ahí toda la vida ha habido (...) No podríamos tomar como una opción, la opción no es compartirle a un hijo en el tema de que yo gané un juicio y le llevo a vivir conmigo y sin duda, eso también estará un tiempo conmigo y un tiempo contigo, o porque como madre o como padre por el hecho de que eso va a determinar, no una norma, sino la disputa entre los padres, entonces a quien hay que someter en el tema patriarcal, en el tema de saber que es lo que uno busca como padres es a los padres, a mandar a terapia para que ellos asimilen que efectivamente, lo que se busca con esta tendencia compartida es estabilizar emocionalmente al niño, aunque se vuelve medio complicado el tema por los hechos que se pasan” P5-M

Un elemento evidente al considerar la tenencia compartida con menor impacto en los niños, niñas y adolescentes es el hecho de la movilización mayoritaria de los padres en procura de la estabilidad espacial de los hijos e hijas, con este hecho se evitaría incluso la perpetuación de una de las percepciones hacia los niños, niñas y adolescentes que puede incurrir en una tipificación “niños mochila” por la distribución horaria con el padre y con la madre en distintos hogares. Sin embargo, se percibe que este hecho puede limitar el desarrollo de actividades cotidianas de ambos progenitores tanto como su organización. Al respecto, en concordancia con lo señalado con Lerner y Tussell (1990), este hecho contribuiría al cambio en la desigualdad de responsabilidades y obligaciones que se hereda del sistema patriarcal; al mismo tiempo que se reconocería los derechos de los niños, niñas y adolescentes en pro de su interés superior y una mejor adaptabilidad al cambio, eliminación del sentimiento de abandono como lo señaló Cervántes (2016).

“muchacha gente ha sostenido de que serían los “niños mochila” porque irían 5 días con la madre y 5 días con el padre, o de lunes a viernes con la madre y sábado y domingo con el padre o a la inversa, lo que significaría que los hijos van a estar sujetos a la diferentes situaciones de organización de vida de sus propios padres, por el un lado la madre tenga ciertas situaciones organizadas en su vida de tal forma que sean diferentes a las del padre y esas son las que van a preocupar aún más, los puntos contrarios de la estabilidad del niño por este cambio permanente sería la estabilidad del niño niña o adolescente” P2-H



“considero que una desventaja es el espacio físico en el que se encuentran los niños porque no sé si es que en ese caso habría que verificar que los niños tengan el mismo espacio físico para tarea, para dormir tanto con el padre como con la madre y que los dos se hagan responsables; sí es medio complicado el tema, también de sacarles a los niños a espacios donde ellos estén acostumbrados es como coger una figurita y trasladarle hoy estas aquí mañana estas acá entonces esa podría representar una desventaja” P4-M

La tenencia compartida, de acuerdo a algunos discursos, cambiaría la distribución desigual de roles domésticos que como se ha observado en Facio & Fries (2005), Facio, et al (2016) y en otros, estaba destinada exclusiva a la mujer, considerandose una institución favorable en ruptura con el sistema patriarcal

“Sí, yo creo que sí porque al ver una sociedad patriarcal generalmente la que se encarga de la cocina de cuidado de niños de atención a los niños y todo es la madre porque en la sociedad patriarcal el hombre es el que se dedica simplemente a proveer lo que se necesita y se olvida de compartir con sus hijos, como educar a sus hijos entonces yo creo que la tenencia compartida es básicamente esto, o sea ya no es una sociedad patriarcal sino es una sociedad en la que hombres y mujeres simplemente estamos desempeñando un rol porque el género no es más que un rol impuesto por la sociedad entonces con este régimen de tenencia compartida el mismo rol que siempre se vio solamente para mujeres como cocinar como cuidar niños y todo y las tareas del hogar están también compartidas con el hombre entonces él también puede cuidar niños, él también puede cocinar, él también puede encargarse de las labores de la casa porque a través de esto se destruiría estos roles de género que como entendemos ellos no son más que construcciones sociales” P4-M

Otro elemento que concierne a la tenencia compartida es el hecho del pago de la pensión alimentaria, el cual debería ser reconsiderado a fin de encontrar el mejor mecanismo que no afecte las condiciones de los menores siendo que se convertirían en gastos directos. Al respecto, cabe indicar que en concordancia con Facio, et al (2016), Díaz (2013) y Olsen (2009) se deberían considerar las situaciones económicas de los padres para que sean proporcionales bajo la categoría género y condiciones sociales, pues persisten las desigualdades en el aspecto laboral y económico.



“si el niño va a pasar una temporada con el padre y otra temporada con la madre, el tema de la suspensión del pago de la pensión alimenticia, se suspendería el pago de la pensión alimenticia o se tendría que aplicar un mecanismo para suspensión en el tiempo en que este con el padre porque ya va a realizar los gastos de forma directa”

P3-M



## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En base al objetivo específico de determinar los componentes legales manifestados en las resoluciones sobre tenencia en la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la corte provincial de Justicia del Azuay se concluye en lo siguiente.

- La Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en los años 2014-2018 ha hecho uso de legislación nacional, pero también de legislación internacional.
- Al momento de confiar la tenencia, la Sala considera lo que establece en el art. 106 del Código de la Niñez, artículos 44 y 45 de la Constitución de la República, y el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre el principio de interés superior de los derechos de las niñas, niños y adolescentes sobre los de otras personas, a más de la vigilancia en estricto apego a los artículos 9.1 y 3 de la Convención de los Derechos del Niño.
- Mínimamente (dos sentencias) de una jueza, pero de forma abundante, se hace referencia a base legal con enfoque de género, garantizando la igualdad de derechos y oportunidades para los integrantes de la familia, promoviendo corresponsabilidad materna y paterna, la asistencia de alimentación, educación y cuidado de una forma proporcionada entre madres y padres, de impulsar la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares.
- En conformidad con el artículo 106 del Título III de la Tenencia sobre las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad, persiste el amparo de esta ley para otorgar la custodia a la madre, implicando la continuidad con los roles femeninos y la visión de la madre como la mejor cuidadora



- Se evidencia la conciencia de la claridad en la norma que garantiza el goce de los derechos de niños, niñas y adolescentes (principio superior del niño, niña y adolescentes) se considera que este principio excede al de igualdad de género.
- Además de una base legal, la mayoría de las sentencias manifiestan el uso de citas o argumentos de fuentes reconocidas en el área judicial, al igual que la mayoría de estas citas se refieren a temas de los medios de prueba, los intereses de los menores, maltrato al menor, entre otros.

Respecto al segundo objetivo específico de determinar los factores sociales y culturales que determinan las decisiones de las juezas y los jueces en las resoluciones sobre tenencia en la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la corte provincial de Justicia del Azuay, se puede concluir en lo siguiente:

- Se trata de factores socioculturales directamente relacionados con la familia, patrones de conducta aprendidos y adquiridos de la construcción social patriarcal, tales como diferencia de roles de género, crisis y violencia intrafamiliar, división sexual del trabajo, situación económica de los progenitores y la migración.
- Se evidencia conciencia sobre las desigualdades en la tenencia cuando esta es monoparental y es otorgada principalmente a la madre, sobretodo en las oportunidades laborales limitadas para la madre y la ausencia de participación del padre en los roles de crianza
- La distribución desigual de responsabilidades y obligaciones fue evidente, ante ello, se precibe que la tenencia compartida contribuiría con la ruptura de esta construcción heredada del sistema patriarcal.



- No se evidenció estereotipos de género por parte de los jueces en ligar las situaciones de los niños, niñas y adolescentes hacia uno u otro progenitor, más bien se mencionó particularmente su situación con cada uno de ellos.
- Las crisis familiares y la manifestación de casos de maltrato o violencia, fueron un factor determinante en los discursos de los jueces y juezas que determinan la decisión; para su conocimiento refirieron los argumentos de padres, de los niños, niñas o adolescentes y los informes técnicos multidisciplinarios
- Se evidenció la importancia del enfoque de género en las decisiones de tenencia, sobre todo cuando se trata de la tenencia compartida, se percibe constante formación al respecto como conciencia de su necesidad a fin de de traer igualdad ante la ley y de posicionar las demandas, intereses y experiencias de las mujeres a la esfera pública.
- La migración fue uno de los factores propios de la realidad local que influye en la toma de decisión de las juezas y jueces de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, caso en que la tenencia compartida no sería aplicable, concomitante con la tenencia exclusiva a los progentitores que excluye a la familia ampliada.
- En las sentencias se evidenció la tenencia mayoritaria a favor de los padres, en este sentido, se percibió un cambio en la tradición de que la mujer es la que mayormente tiene la custodia de acuerdo con la literatura jurídica. Entre los hechos que sentaron las decisiones de los jueces de la sala se encontraron el ambiente y la violencia intra familiar a la cual se vieron expuestos algunos de los niños, niñas y adolescentes, de igual manera que el testimonio de los niños y niñas garantizando el interés del niño y niña sobre el de los demás.



- Entre otros factores observados en las sentencias que los jueces consideraron para la toma de decisiones fueron la doctrina de los años tiernos por la nutrición y cuidado y otra por la presunción del daador de cuidados básicos, lo cual se asumió como la perpetuación de violación de género por la preferencia materna para la tenencia de los hijos e hijas.

Respecto al tercer objetivo específico de determinar las creencias y percepciones de los jueces y las juezas de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la corte provincial de Justicia del Azuay sobre la tenencia de hijos e hijas, se puede concluir en lo siguiente:

- Existe certeza sobre las implicaciones de la tenencia patriarcal, como ser la relación directa con uno de los progenitores en estancia permanente, un régimen de visitas con el otro, sin el abandono de los derechos y obligaciones vinculados con el niño, niña o adolescente.
- Se cree que la tenencia como institución patriarcal, tiene limitantes como el conocimiento de la familia ampliada, la creación de una visión diferenciada de roles y sensaciones afectivas entre los progenitores a riesgo de crear ciertos síndromes relacionados con la separación de los hijos con los padres como el síndrome de alienación parental.
- Se cree que el sistema patriarcal puede estar sufriendo cambios relacionados a una mayor vinculación de la mujer en la esfera pública debido a la lucha de las mujeres; aunque esta pueda implicar mayor participación de terceras personas en el cuidado de los hijos e hijas; a la vez que sobrecarga doméstica sobre la mujer.
- Se percibió que la norma a favor de la tenencia patriarcal es antigua, que este tipo de tenencia con mayor implicación de la madre, se puede deber a los afectos que vinculan a la madre con sus hijos e hijas; sin que ello signifique que es la persona más adecuada para ejercer el cuidado y protección de hijos e hijas.
- Se cree que la tenencia compartida, es una institución que nace del acuerdo entre progenitores, se constituye en una alternativa de la tenencia patriarcal, favorable por la oportunidad que otorga al niño a fortalecer su relación con el padre y la madre, con la familia ampliada y a conocer las costumbres de ambas pudiendo enriquecer su patrimonio cultural.



- Se cree que la tenencia compartida contribuiría al hecho de estabilidad del niño, niña o adolescente incentivado por las normas internacionales y nacionales, aunque se evidencia la necesidad de encontrar los medios para que esta sea efectiva, neutral, de mutuo acuerdo y concuerde con el principio del interés superior del niño, niña y adolescente.
- La tenencia compartida trae al escenario un elemento considerado de menor impacto en los niños, niñas y adolescentes, la movilización mayoritaria de los padres en procura de su estabilidad espacial, y en procura de evitar tipificaciones como da de los “niños mochila”; aunque esta pueda limitar el desarrollo de actividades cotidianas de ambos progenitores tanto como su organización.
- La tenencia compartida, de acuerdo a algunos discursos, cambiaría la distribución desigual de roles domésticos que estaba destinada exclusiva a la mujer, considerándose una institución favorable en ruptura con el sistema patriarcal.
- Se cree que con la tenencia compartida, el pago de la pensión alimentaria, necesitaría una reconsideración por la implicancia del gasto directo.

Conclusiones generales son las siguientes:

- La sociedad patriarcal ha dicotomizado los géneros, los ha separado y los ha jerarquizado. Esta realidad provoca diferentes experiencias de vida, afectando de diferente manera el desarrollo personal y colectivo de hombres y de mujeres. Ignorar el impacto diferenciado de las decisiones, instituciones, políticas o normas sobre cada género, limita la posibilidad de elaborar y aplicar legislaciones y/o políticas públicas equitativas tendientes a lograr la igualdad material de las mujeres desde sus diversos intereses y demandas.
- En este sistema dicotómico y jerarquizado, el derecho, como conjunto de normas, principios, instituciones y prácticas, es quizás el sistema más sexista de las instituciones patriarcales. En su pretensión de ser objetivo, universal, racional y





abstracto –cualidades, además, asumidas como masculinas- ha dejado muchas veces del lado los problemas, las aspiraciones, las vivencias y las subjetividades de las mujeres.

- El Derecho, sin embargo, puede ser opresivo, excluyente, y androcéntrico, sin embargo, él tiene efectos simbólicos y reales importantes, un lado transformador, porque es una herramienta imprescindible en la lucha de las mujeres por alcanzar igualdad de oportunidades y el reconocimiento de sus diferencias y necesidades específicas. El derecho, desde esta mirada puede cambiar y aportar en la lucha feminista por el reconocimiento de la igualdad y de la diferencia de las mujeres. Y por último, al ser el Derecho un instrumento cultural, no podremos pretender que en él estén todas las respuestas, ni todas las soluciones a los problemas de las mujeres como colectivo diverso.
- El Derecho generalmente responde a una realidad concreta y recoge en sus normas las aspiraciones o el deber ser de los sujetos sociales, sin conseguir moldear nuevas conductas.



## RECOMENDACIONES

- Las luchas feministas se han encargado de lograr modificaciones en las legislaciones de los países del mundo e incidir para la elaboración de acuerdos, tratados, convenciones y protocolos mundiales para proteger sus derechos y sus libertades. De cara a esta realidad las recomendaciones siguientes tienen que ver con estos procesos y las condiciones que harán posible la continuación de estas conquistas feministas, de cara a la tenencia compartida, o de cara a cualquiera que sea la necesidad o interés que deba plasmarse en el derecho y en las políticas públicas:
  - Fortalecer las viejas organizaciones de mujeres y apoyar la creación y el nacimiento de nuevas organizaciones feministas defensoras de los derechos humanos, para elaborar las propuestas estratégicas suficientes y legítimas desde las experiencias de las mujeres diversas y procurar la presión social necesaria para lograr los cambios en la institucionalidad del estado.
  - Fortalecer la Institucionalidad de Género, en el país. La Secretaria de Derechos Humanos, recién instituida es el organismo rector de la aplicación de ley orgánica de prevención y erradicación de la violencia en contra de las Mujeres. Es preciso conocerla, reconocerla e involucrarnos, desde donde estemos, para conocer, reconocer y apoyar las políticas públicas en beneficio del derecho a una vida libre de violencia. Una tenencia compartida que lesiona los derechos de las niñas/os, lesiona los derechos de las mujeres y viceversa.
  - Previa a una propuesta legislativa sobre la tenencia compartida es preciso analizar la legislación de otros países y los efectos que esta figura ha tenido en la vida de hombres, mujeres, pero sobre todo de los niños/as.



- Los factores sociales y culturales deberían considerarse siempre en la discusión de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, se debería fortalecer y procurar la actualización de conocimientos y una mayor profesionalización de los agentes proveedores de los elementos provatorios, como los los trabajadores sociales o los psicólogos, pudiendo dotar de mayores y mejores argumentos que funcionen como auxiliares de los jueces y juezas que conforman la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la corte provincial de Justicia del Azuay
- Facilitar espacios en los que se pueda discutir la socialización de la tenencia compartida como una alternativa a la tenencia monoparental, a la vez que por medio de modelos exitosos, se puedan buscar los mecanismos que favorezcan su efectividad en el contexto sociocultural de la localidad.
- Elaborar una propuesta sobre tenencia compartida cruza además por una participación amplia del movimiento feminista para garantizar los derechos de las mujeres en cualquiera sea el tipo de familia, reconociendo además su diversidad y su pluralidad de realidades y demandas.
- Involucramos más, y de manera más amplia e incluyente, en la definición, elaboración y aplicación de las leyes que se elaboran para lograr la igualdad social y de género, en las cámaras legislativas nacionales y locales, reconociendo que las conquistas legales no siempre han resultado suficientes, pues todavía existen en el sistema jurídico normas, instituciones y operadores de justicia que obedecen a esquemas patriarcales y que hacen ilusorio el cumplimiento de los derechos de las mujeres.



La figura de la tenencia compartida tiene ventajas y desventajas, sin embargo, por ello es preciso contar con algunas pistas sobre lo que una resolución en este sentido debería contemplar o garantizar:

- Un contacto estable y continuo por parte y por igual con ambos progenitores con la finalidad de permitir un crecimiento integro e integral gracias a la protección de los dos progenitores.
- Una resolución meditada, y con base en los elementos de convicción que se prueben durante el proceso; es necesario contar con herramientas que permitan valorar, en cada caso lo más conveniente para garantizar el respeto al interés superior de niños y niñas.
- La custodia compartida deberá partir necesariamente de un acuerdo entre los progenitores y cuidando que la brecha de poder, entre la mujer y el hombre, no anule o tergiverse la versión o ignore la necesidad o demanda de la mujer que no tiene el mismo reconocimiento social o prestigio que el progenitor varón. De cualquier manera, la custodia en esta modalidad, deberá evitar la aparición del “conflicto de lealtad” de los menores hacia alguno de los progenitores en particular, obligándoles a elegir.
- Deberán dinamizarse procesos de seguimiento para verificar las bondades de la custodia compartida sobre el desarrollo del niño, tanto más cuanto este tipo de procesos y resoluciones no causan efecto de cosa juzgada.
- Como en el caso de otras legislaciones, la tenencia compartida deberá garantizar una mejor comunicación entre los miembros de la familia separada, para ello es preciso intencionar este objetivo en la legislación para realizar el seguimiento de este indicador.



- La tenencia debe además garantizar que no haya la figura preponderante de alguno de los progenitores en razón de la valoración social de su género o de cualquier otra diferencia; los menores podrán y deberán disfrutar de experiencias diferentes al estar con uno u otro de sus progenitores, sin necesidad de sufrir confusiones o culpa.



## BIBLIOGRAFÍA

- Altozano, M. (19 de Julio de 2013). El juez podrá acordar la custodia compartida aunque los padres no la pidan. *El País*.
- Amorós, C. (1994). Espacio público, espacio privado y definiciones ideológicas de "lo masculino" y "lo femenino". *Feminismo, igualdad y diferencia*, 23-52.
- Argentina, Ley No. 26061. (Septiembre 28 de 2005). Ley No. 26061, de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Argentina: Promulgada: Octubre 21 de 2005.
- Arroyo, R. (2001). *La igualdad un largo camino para las Mujeres, reflexiones para una defensa de tesis doctoral*. Madrid: Documento inédito.
- Ávila, R., Salgado, J., & Valladares, L. (2009). *El género en el derecho*. Quito: Ensayos críticos. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad.
- Bourdieu, P. (1998). *La dominación masculina*. 252(737 ), 5-6. Obtenido de [www.uruguaypiensa.org.uy/andocasociado.aspx?](http://www.uruguaypiensa.org.uy/andocasociado.aspx?)
- Británica, E. (2009). *La familia: concepto, tipos y evolución*. Recuperado el 2019, de <http://cvonline.uaeh.edu.mx/Cursos/BV S, 103>.
- Cabanelas, G. (1979). *Diccionario Jurídico Elemental Heliasta*.
- Cagigas, A. (2000). *El patriarcado, como origen de la violencia doméstica*. 5, 307-318.
- Carrasco, L. (2011). *La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC): A propósito de la Sentència del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010*. Indret: Revista para el análisis del Derecho, 2, 14-25.



Calderón, T., Rivero, R. (2017). *Aplicación de la tenencia compartida en el distrito judicial de Loreto durante el año 2016*. (thesis)

CEPAL. (Septiembre de 2009). Signatura: LC/L.3102-PISBN: 978921323335161.

Cervantes, D. (2016). *Los efectos legales y sociales que se generan en torno a la tenencia compartida, en los casos de separación o divorcio de los padres con hijos menores de edad* (Bachelor's thesis, Quito: UCE).

Chile, Ley No. 20680. ( 21 de junio de 2013).

Cook, R., & Cusack, S. (2009). *Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales*. University of Pennsylvania .

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia No. T-523/92. 34. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-523-92.htm>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (27 de abril de 2012). Caso Fornerón e hija vs. Argentina.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (1989). Sentencia, de 31 de febrero 13 de 1989. (M. p. Fernández., Ed.)

Daza, J. (2018). *La tenencia y visita de los hijos menores de edad, el principio constitucional de igualdad de los padres y el derecho al buen vivir* . (Master's thesis).

De Beauvoir, S. (1949). El segundo sexo.

Díaz, D. (2013). *Cuerpos, mujeres y feminismo*. Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional.



Ecuador, Código de la Niñez y la Adolescencia. (3 de enero de 2003). *Última modificación:*  
*07-jul.-2014.*

Ecuador, Constitución de la Republica . (2008). Quito.

España, Constitución de. (1978).

España, Ley 15/2005. (8 de julio de 2005). España.

España, Tribunal Constitucional de . (2012). *Sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012,*  
*octavo punto resolutive.* Obtenido de

<http://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/pages/Sentencia.aspx?cod=206>  
59

Estermann, J. (2008). *Si el Sur fuera el Norte: Chakanas interculturales entre Andes y*  
*Occidente.* Abya Yala.

Facio, A., & Fries, L. (2005). *Feminismo, género y patriarcado.*

Facio, et al. (2016). *La izquierda, la derecha y el feminismo.* JASS.

Fariña, F. S. (2017). *Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica*  
*como nuevo paradigma.* Anuario de Psicología Jurídica , 27(1), 107-113.

Fontenla, M. (2008). *¿Qué es el Patriarcado?* Diccionario de estudios de Género y  
Feminismos. Obtenido de mujeresenred.

Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2010). Metodología de la investigación.

Obtenido

de:[https://www.academia.edu/23889615/\\_Hern%C3%A1ndez\\_Sampieri\\_R.\\_Fern%C3%A1ndez\\_Collado\\_C.\\_y\\_Baptista\\_Lucio\\_M.\\_P\\_2010\\_](https://www.academia.edu/23889615/_Hern%C3%A1ndez_Sampieri_R._Fern%C3%A1ndez_Collado_C._y_Baptista_Lucio_M._P_2010_)





Lerner, G., & Tusell, M. (1990). *La Creación del Patriarcado*. Barcelona: Crítica, S.A.

México, Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos. (2011).

Primera sala.

Noblecilla Ulloa, S. P. (2014). Factores determinantes de la tenencia de menores en los juzgados de familia de Trujillo: La primacía del interés superior del niño.

Noticias Jurídicas. (23 de Julio de 2015). Contenido y novedades de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia.

Olsen, F. (2009 ). El sexo del derecho . En R. Ávila, J. Salgado, & L. Valladares, *El género en el derecho*. Ensayos críticos (págs. 146-151). Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño. (2013). *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*.

Perú, Ley No. 29269. (16 de octubre de 2008). *Ley No. 29269 Ley que modifica los art. 81° y 84° del código de niños y adolescentes incorporando la Tenencia Compartida*.

Pincheira, A. S. (2016). *Avanzando hacia la protección integral de los derechos de la infancia: Una mirada al Proyecto de Ley que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales*. Trabajo social (88).



- Quinatoa, L. (2015). *Necesidad de regular en el art. 108 Código Civil y art. 123 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, el régimen de visitas a los hijos, por los cónyuges que se divorcian*. Loja.
- Ravetllat, I., & Pinochet, R. (2015). El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno. *Revista chilena de derecho*, 42(3), 903-934.
- Román, A. (2018). *La violencia de género y la violencia contra los animales como mecanismos de dominación: análisis y propuestas para una educación desde la igualdad y la empatía*. Valladolid.
- Romero, C. (2018). *El principio constitucional a la igualdad y la preferencia materna en casos de tenencia legal de los hijos* (Bachelor's thesis).
- Salgado, J. (2004). Aportes al debate sobre igualdad y diversidad desde el feminismo. *Revista electrónica Aportes Andinos*.
- Salgado, J. (2006). Género y Derechos Humanos. *Revista Foro*(5), 168.
- Sau, V. (1981). *Un diccionario ideológico feminista*. Barcelona: ICARIA.
- Sentencia 01202-2016-00209. (2014). Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.
- Sentencia 01204-2013-0081. (2016). Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.
- Sentencia 01204-2015-08823. (2016). Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.



- Sentencia 01204-2015-09383. (2016). Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.
- Sentencia 01204-2016-00336. (2016). Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.
- Sentencia 01204-2016-02155. (2016). Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.
- Sentencia 01204-2017-02113. (2017). Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos, Primera sala. (2011). Amparo directo en revisión No. 1573/2011. México. Obtenido de <https://www.scjn.gob.mx>.
- Talciani, H. (1990). Concepto y reconocimiento legal de la familia de hecho. *Revista chilena de derecho*, 17(35).
- Tribunal Supremo de Justicia de España. (1 de octubre de 2010). Sentencia No. 576/2010 del de 1 de octubre de 2010, Sala Primera de lo Civil, párrafo sexto.
- Turégano, I. (2001). La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls. *Universidad de Castilla - La mancha*, 319-347.
- Vázquez, J. (2011). *La Violencia contra la mujer desde la perspectiva de género*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Williams, J. (1999). *Igualdad sin discriminación en género y derecho*,. Santiago : LOM.



Zaidan, M. (2016). *El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa*. Quito:

Universidad Andina Simón Bolívar.

Zamora, D. (2018). *Análisis del proceso de tenencia, respecto de los criterios técnicos jurídicos orientados por el síndrome de alienación parental y el interés superior del niño y adolescente, en base al expediente N° 190-2009-1° JF*. (thesis)



## ÍNDICE DE GRÁFICOS

Tabla 1 Matriz Objetivos, Técnica y Categorías de estudio .....	60
Red Semántica 1 Legislación Nacional e Internacional .....	66
Red Semántica 2 Factores Sociales y Culturales de la Tenencia.....	73
Red Semántica 3 Tenencia Patriarcal o Monoparental .....	82
Red Semántica 4 Tenencia compartida.....	87