

**Amicus curiae y solicitud de audiencia al Pleno de la Corte Constitucional**

**SEÑORAS/ES JUEZAS/ES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**

Karla Andrade  
Ramiro Ávila Santamaría  
Carmen Corral  
Agustín Grijalva  
Enrique Herrería (ponente)  
Alí Lozada  
Teresa Nuques  
Daniela Salazar  
Hernán Salgado

María José Machado Arévalo, abogada, portadora de la cédula de ciudadanía 010422601-4, dentro del proceso de control abstracto de constitucionalidad **No. 0028-15-IN**, por demanda de acción pública de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia propuesto por Farith Simon, Daniela Salazar, Andrea Muñoz Saritama, Adriana Orellana Ubidia, de fecha 1 de abril de 2015 como organización de mujeres presentamos *amicus curiae*, amparadas en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional y decimos:

Ante la solicitud de la declaratoria de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que argumenta que el régimen de preferencia materna establecido en la ley no es adecuado para precautelar el bienestar de niñas y niños, no es necesario, ni es proporcional, dado que es un trato desigual que refuerza estereotipos de género al considerar el cuidado y tenencia de hijas e hijos como responsabilidad principal de las mujeres y que, por tanto, no protege el interés superior del niño y la niña, expreso preocupación por las siguientes consideraciones:

1. En principio, toda reforma en materia de niñez y adolescencia, debe ser progresiva y no regresiva y atender en primera instancia, el principio constitucional del interés superior del niño, niña y adolescente.
2. Según Alda Facio, las perspectivas género sensitivas, visibilizan los distintos efectos de la construcción social de los géneros. Ponen al descubierto cómo el hombre y lo masculino son el referente de la mayoría de las explicaciones de la realidad en detrimento de las mujeres y de los valores asociados con lo femenino, y sugieren nuevas formas de construir los géneros que no estén basadas en la discriminación. La discriminación, ha sido definida en el artículo 1 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de violencia contra las mujeres (en adelante, CEDAW), de manera amplia, como "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado

*WJ*

menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil, o en cualquier otra esfera". El análisis desde una perspectiva de género, nos permite hacer visibles normas y prácticas que privilegian lo masculino y de diversas maneras, subestiman lo femenino. De esa manera, se evidencian patrones culturales, legales y prácticos que dificultan el pleno ejercicio de ciudadanía de las mujeres en condiciones de igualdad en derechos con los varones.

3. Cualquier reforma en materia de niñez y adolescencia, debe ser formulada considerando las estructuras imperantes de género y la situación socioeconómica de mujeres y hombres. El 92% de quienes mantienen la tenencia de sus hijos e hijas después de las separaciones de pareja son mujeres. Una cuarta parte de los hogares en el Ecuador está dirigido por una mujer, 1'069.988 mujeres son jefas de hogar. 7 de cada 10 mujeres han vivido violencia en nuestro país, el porcentaje más alto lo han experimentado las mujeres divorciadas, en un 81%. Ecuador registra más de 300 juicios de alimentos por día. La violencia se incrementa a mayor cantidad de hijos e hijas. Estas cifras dan cuenta de la realidad de las familias ecuatorianas, en las que no se pueden aplicar criterios en apariencia progresistas mientras la desigualdad de género, la feminización de la pobreza y la violencia contra las mujeres sean realidades lacerantes que han recrudecido con la emergencia sanitaria por COVID-19 y que se pueden profundizar con esta medida. El alto número de hogares con jefatura de hogar femenina y de demandas de paternidad y alimentos da cuenta de la poca o nula implicación de muchos hombres en la crianza de sus hijas e hijos, hecho que explica la necesidad de la preferencia materna en la custodia. La misma ley prevé excepciones, el acuerdo de las partes y el interés superior del niño y la niña. Es decir, no está prohibida la tenencia a los padres al establecer la preferencia materna.
4. La propuesta pretende la eliminación de la preferencia materna por considerarla una norma que refuerza estereotipos de género y que perpetúa a las mujeres como las principales encargadas de los cuidados de niñas y niños, con la intención de eliminar de las normas los sesgos discriminatorios y promover la igualdad real. Esto, en teoría, es positivo, pues la corresponsabilidad de mujeres y hombres en las tareas domésticas y de cuidados es un mandato constitucional y una aspiración que las organizaciones de mujeres compartimos y demandamos de la sociedad. Para lograrlo, estamos a favor de medidas como el cambio de patrones socioculturales que promueven las violencias, el fomento de masculinidades positivas, la ampliación de las licencias por paternidad para que exista un involucramiento de los hombres en la crianza de niñas y niños y para que la maternidad no sea una causa de discriminación de las mujeres en el acceso y permanencia en los empleos, sino un hecho de la vida personal y familiar que demanda de mujeres y hombres tiempos, trabajo y cuidado. Es decir, existen medidas de acción positiva, posibles de aplicar con políticas públicas, para reducir las brechas de género en el uso del tiempo de mujeres y hombres en el cuidado de las infancias, cuando el 75% de las labores de cuidado sigue recayendo sobre nosotras en el Ecuador. No todo tratamiento distinto en

WMM

las leyes es necesariamente discriminatorio, sino con frecuencia se origina en la realidad que viven miles de hogares.

5. Hay una relación gradual de la violencia por parte de la pareja a medida que aumenta el número de hijas e hijos de una mujer. Dicho aumento se produce en todos los tipos de agresión. Quienes tienen mayor número de hijas e hijos son las mujeres pobres, con menor acceso a educación. Esto por lo general refleja un deficiente control de las mujeres sobre sus cuerpos o una situación de subordinación más profunda y la presencia de muchas hijas e hijos es una fuente de tensión en los hogares, sobre todo cuando hay escasez económica. La violencia contra las mujeres produce serios daños en su salud integral, como también en la de sus hijas e hijos que son víctimas directas e indirectas de esa violencia.<sup>1</sup>
6. En estudios actuales que se han realizado en países donde se ha aprobado la custodia compartida impuesta como forma de promover la corresponsabilidad se ha demostrado cómo leyes en apariencia igualitarias discriminan por resultado a las mujeres. El hombre que maltrata entiende que atacar la parentalidad constituye un elemento central para someter a la mujer, por eso es frecuente que la acuse de ser mala madre o que cause daño a los hijos e hijas para luego responsabilizarla. La custodia compartida está siendo utilizada por los padres agresores como un mecanismo potente para seguir ejerciendo violencia hacia las mujeres, pudiendo estas ceder a sus "pretensiones", por el miedo a perder a sus hijos/as, o con la esperanza de que así cese la violencia. Cada vez es más frecuente encontrar padres que nunca se han responsabilizado de la crianza de sus hijos/as, y que comienzan a hacerlo, o aparentar que lo hacen, acudiendo al colegio a llevarlos/as o recogerlos/las, solicitando tutorías, pasando tiempo con ellos/as, comprando regalos, etc. Este "nuevo padre" fingirá ante los equipos psicosociales su gran implicación y buena intención, aunque sus verdaderos propósitos sean utilizar a los/ las niños/as como moneda de cambio, o como instrumento para seguir ejerciendo el control sobre la que considera "su mujer".<sup>2</sup> No es menos frecuente que sean las madres de los padres de niñas y niños las principales encargadas de su cuidado y que se busque la tenencia del padre o compartida como una forma de evadir el pago de pensiones alimenticias, sobre todo en estratos socioeconómicos medios y altos que han denunciado verse perjudicados por el alto monto de las pensiones, que obedecen a un cálculo porcentual de sus ingresos dispuesto en norma.
7. En los juicios por patria potestad y tenencia, las mujeres se encuentran en desventaja cuando la mayoría de jueces son hombres por los estereotipos de género en la mirada judicial. Las madres, por lo general, tienen inferiores condiciones financieras en relación a los padres. El criterio sobre quién se vincula mejor con hijas e hijos puede dar paso a decisiones injustas. El impacto social, financiero y psicológico en el que las mujeres se ven envueltas en las disputas

---

<sup>1</sup> Gloria Camacho, *LA VIOLENCIA DE GÉNERO CONTRA LAS MUJERES EN EL ECUADOR: Análisis de los resultados de la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres*. Consejo Nacional para la Igualdad de Género, Quito, 2014.

<sup>2</sup> Paula Reyes Cano, *Menores y violencia de género: nuevos paradigmas. Premio de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género a Tesis Doctorales sobre Violencia contra la Mujer*, Ministerio de Igualdad de España, 2019.

*WPM*

por la tenencia y patria potestad de sus hijas e hijos son perjudiciales. Es importante no idealizar la figura de la madre natural pero tampoco dar por hecho que los padres deban asumir automáticamente la tenencia de hijas e hijos. En la búsqueda de soluciones, es importante tomar en cuenta a las mujeres que no desean ser madres a tiempo completo y brindarles apoyo en su decisión. Sin embargo, en la práctica, estos no son los casos más comunes. Es esencial evitar que las madres pierdan la custodia de sus hijas e hijos en contra de su deseo y que los padres la asuman sin ninguna evidencia de su convencimiento para responsabilizarse por la crianza de hijas e hijos.

8. En un país como el Ecuador, la elaboración de leyes, políticas públicas y sentencias deben considerar el enfoque de género, derechos humanos e interseccionalidad. Si bien, en abstracto, la eliminación de la preferencia materna podría contribuir a desterrar estereotipos de género, la realidad de los sectores más deprimidos y empobrecidos del país impone desventajas adicionales a las mujeres racializadas, en situación de movilidad humana, con discapacidad, en trabajo sexual/prostitución, lesbianas o trans. Perder la tenencia de hijas e hijos no sería difícil para las mujeres más empobrecidas y precarizadas, por carecer de medios para el acceso a la justicia y a un patrocinio adecuado y porque la mentalidad de las y los jueces sigue siendo predominantemente patriarcal. Si a la gran mayoría de las mujeres se las ha formado con la idea de que su destino principal es la maternidad, la posible pérdida de la tenencia de sus hijos e hijas podría provocarles un impacto emocional muy fuerte. De hecho, la sola amenaza de perder a sus hijas e hijos disuade a las mujeres de denunciar la violencia que viven, actuar en autonomía, defender sus derechos o separarse de sus parejas agresoras.
9. Por sí misma, la eliminación de la preferencia materna, lejos de contribuir a la corresponsabilidad, puede convertirse en un arma de control de los hombres sobre las mujeres, considerando la violencia contra las mujeres como una de las principales causas de los divorcios y separaciones de parejas de hecho en el país. "Te voy a quitar a tus hijos" es una amenaza frecuente de los agresores sobre las mujeres cuando dan muestras de independencia, cuando pretenden denunciar la violencia que viven, cuando se sospecha que tienen conductas "moralmente reprochables" o cuando deciden separarse; incluso cuando existe el régimen de preferencia materna que las mujeres más pobres y con menor conciencia de sus derechos y de las leyes de niñez y adolescencia desconocen.
10. La Recomendación General No. 35 sobre la violencia de género contra las mujeres del Comité de la CEDAW sugiere a los Estados parte a tomar medidas de protección en los procedimientos judiciales, en particular en lo que respecta a la propiedad, la privacidad, la custodia de los hijos, el acceso, los contactos y las visitas, que deberían determinarse a la luz de los derechos humanos de las mujeres y los niños a la vida y la integridad física, sexual y psicológica y regirse por el principio del interés superior del niño.
11. La CEDAW reconoce que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia y otorgar los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración

WPC

primordial. La eliminación de la preferencia materna podría limitar el derecho a la custodia por parte de las mujeres que carezcan de igualdad de armas procesales y de medios para su defensa.

12. Cuando son los padres quienes asumen solos la crianza de sus hijos e hijas, nueve de cada diez de ellos forman parte de la población económicamente activa. No ocurre siempre con las mujeres. El acceso de mujeres y hombres a recursos económicos es desigual. Las mujeres somos la mayoría de la población desempleada, en empleo inadecuado y en la población económicamente inactiva. Una forma de proteger el interés superior del niño y la niña es la promoción de la autonomía económica de las mujeres, sistemas públicos y gratuitos de cuidados que liberen sus tiempos para el trabajo decente y remunerado.
13. Las reformas en materia de niñez y adolescencia deben considerar las estructuras socioeconómicas, las desigualdades de género, la pandemia de la violencia contra las mujeres, la cultura machista dominante y no deben formularse sobre la base de casos particulares o aislados. Deben, en el marco de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la Constitución de la República, brindar a las y los jueces reglas de carácter general que permitan - con una adecuada profesionalización, desde la perspectiva de género y derechos humanos y con el apoyo técnico de equipos interdisciplinarios de trabajo-, la aplicación a casos concretos, con sana crítica, de manera que favorezcan el interés superior de la niña, el niño y el/la adolescente.
14. La eliminación de la preferencia materna en la custodia de hijas e hijos está siendo políticamente promovida y apoyada públicamente por organizaciones de varones con claras orientaciones misóginas y antiderechos de las mujeres. No se la aborda desde el principio de corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de sus hijos e hijas, sino desde las experiencias particulares de madres que utilizarían la tenencia como arma para "vengarse" de los padres, impidiendo que puedan visitar a sus hijos e hijas, casos excepcionales sobre los cuales la ley prevé controles. Desde la perspectiva de género, las organizaciones de mujeres fomentamos la corresponsabilidad, siempre y cuando la tenencia compartida o del padre sea producto de acuerdo entre el padre y la madre y tenga las garantías necesarias para la seguridad y bienestar integral -físico, psicológico, afectivo, cultural y sexual- de las hijas/os (por ej. frente a casos de padres violentos o con adicciones).
15. Eliminar la preferencia materna sin reglas claras que establezcan el acuerdo de las partes y un seguimiento adecuado para otorgar la tenencia puede perjudicar seriamente los derechos de niñas, niños y adolescentes, a la estabilidad emocional y a la crianza afectiva. Es fundamental en este ámbito considerar las necesidades psicoafectivas y evolutivas ligadas a la edad del niño o niña para tomar las decisiones adecuadas, por ejemplo, en período de lactancia. No se trata únicamente de las necesidades materiales o físicas y mal podría decidirse por el interés de las personas adultas. En el caso de niñas y niños de 0 a 5 años no es saludable privarles del cuidado de la madre. Por otra parte, la rotación del niño o niña por tramos de tiempo entre el padre y la madre puede afectar su derecho a referentes familiares seguros y a su estabilidad física, emocional y psicológica.

WPM

16. Para fijar la tenencia deben tomarse en cuenta los elementos que garanticen que la persona que viva con el niño o niña sea la más idónea para su desarrollo integral. No siempre será la madre, el padre bien puede y debe tener ese derecho. Negarle la posibilidad a un padre responsable de ver a su hijo/a es irrespetar los derechos de la niña o niño y de su padre, así como privar a un niño o niña del cuidado de su madre y de un sustento económico es vulnerar sus derechos.
17. Modificar las injusticias de género y la configuración dominante que mantiene a las mujeres como responsables principales del cuidado de hijas e hijos tiene que ir de la mano de políticas que cambien estructuras y que fomenten la igualdad social, económica y política entre hombres y mujeres. La eliminación de la preferencia materna sin cambiar las estructuras de género que la han justificado puede ser un poderoso instrumento de control patriarcal y de amenaza de los hombres violentos sobre las madres.
18. Las reformas legales no son suficientes para resolver la crítica situación de la niñez y adolescencia luego de separaciones de padres y madres. Corregir las injusticias de hecho y de derecho -de haberlas- se logra con medidas de organización social y de política pública que trabajen de manera integral los derechos sexuales, reproductivos, económicos, sociales y culturales de hombres y mujeres. Considerar la diversidad de familias –monoparentales, homoparentales- y no legislar en el imaginario de una familia nuclear patriarcal; erradicar la violencia sexual que termina en embarazo no deseado en adolescentes; tener una política laica y frontal en materia de salud sexual y salud reproductiva, prevención de embarazos adolescentes, educación en igualdad de género, noviazgos sin violencia, relaciones sanas, derechos humanos y nuevas masculinidades, más comprometidas con el cuidado y la crianza; promover la autonomía económica de las mujeres, reconocer como trabajo con todos los derechos las labores domésticas y de cuidado, son condiciones indispensables para eliminar la desigualdad de género que perpetúa estas inequidades en materia de tenencia.
19. El análisis de posibles cambios a las leyes de niñez y adolescencia debe realizarse sobre la base de estudios serios a la luz de los derechos humanos, del contexto socioeconómico y de las necesidades de desarrollo afectivo y económico integral de niñas, niños y adolescentes. No sobre la base de casos extremos o de estereotipos de género.
20. En conclusión, solicitamos que se rechace la demanda de inconstitucionalidad de marras porque, en la práctica, podría profundizar situaciones de violencia contra las mujeres y las infancias. En hogares en que no existe violencia se dan casos exitosos de corresponsabilidad en la crianza que la doctrina, la ley y las decisiones judiciales también amparan. La preferencia materna no prohíbe confiar la tenencia a los varones, sino reconoce la desigualdad real entre mujeres y hombres. Existen medidas efectivas para fomentar la corresponsabilidad de mujeres y hombres en la crianza de hijas e hijos. El espíritu de la ley actual, si bien puede parecer arcaico y reforzar estereotipos de género, sí contempla la posibilidad de acuerdos de padre y madre para compartir la tenencia o confiarla al padre. El interés superior de niñas, niños y adolescentes no es un principio desvinculado de la realidad de las familias nucleares del país que son en su

mayoría patriarcales y en las que mujeres, niñas y niños son frecuentemente víctimas de violencia por parte de los hombres.

21. Para profundizar esta posición y por la importancia social de esta decisión y su repercusión sobre la vida de miles de mujeres, niños y niñas, solicito al Pleno de la Corte Constitucional ser recibida en audiencia. Para notificaciones señalo el correo electrónico [mariajosemachadoarevalo@gmail.com](mailto:mariajosemachadoarevalo@gmail.com). Mi teléfono es el 0962647005. Mi domicilio es la ciudad de Cuenca, calles Alfonso Moreno Mora y Federico Proaño.

Atentamente,

María José Machado Arévalo  
010422601-4

 SECRETARÍA GENERAL  
DOCUMENTOLOGÍA

Recibido el día de hoy 23 AGO. 2021  
a las 14:20  
Por Johanna  
Anexos 5 en Anexos

.....  
FIRMA RESPONSABLE

