

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

Análisis de la Sentencia 28-15/21 IN de la Corte Constitucional del Ecuador y su repercusión en la materia de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia


Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales

Autor:

Julio Eduardo León Peñafiel

Director:

Pablo Fernando Valverde Orellana

ORCID:  0009-0002-3969-4647

Cuenca, Ecuador

2023-09-11

Resumen

La sentencia 28-15/21 IN expedida por la Corte Constitucional del Ecuador abarca un amplio análisis de las Instituciones jurídicas relativas a la niñez y adolescencia, en especial la tenencia en el ámbito ecuatoriano que se rodea de diferentes aristas como amicus curiae que se presentan dentro del caso a tratar. Esta declaratoria de inconstitucionalidad cambia las reglas de la figura que dentro del juzgado de familia ha tenido mayor relevancia luego de lo relativo al régimen de alimentos, el presente trabajo parte desde el análisis doctrinario de principios constitucionales como el interés superior del NNA, la coparentalidad, corresponsabilidad parental y temas sensibles que deben ser considerados dentro del sistema patriarcal como la violencia vicaria, el papel del rol de género que ha sido asignado a la mujer, y los problemas que implican tanto para hombres como mujeres el hecho de la existencia de estos roles en la sociedad ecuatoriana, así como el respectivo análisis del caso, los escritos presentados por terceros, y al final, se sugieren cambios que deberían ser observados en beneficio de la Niñez en un incierto pero futuro Código de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

Palabras clave: tenencia, coparentalidad, niñez, sentencia 28-15, inconstitucionalidad.



El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Cuenca ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por la propiedad intelectual y los derechos de autor.

Repositorio Institucional: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Abstract

Sentence 28-15/21 IN of the Constitutional Court of Ecuador involves a big search and discover of the institutions of right that are relatives to childhood and teenagers, in special to custody in ecuadorian laws such as positions and amici curiae that were presented in the chase. The declaratory of unconstitutionality brights big changes in the figure of custody in judgment of family teams only after child support, this search starts with the analysis of constitutional rights like “interés superior”, “coparetalidad, “corresponsabilidad parental” and sensitive themes like violence against women in the patriarchal system of society, the role of women in the same one and the way that this roles affected to men and women. Includes also the chase analysis and documents presents by other people and to the end suggest ideas that need to be readed and take in consideration to improve the childhood of ecuadorian kids in the not know yet “Código de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia”.

Keywords: Custody, coparentality, childhood, precedent 28-15, unconstitutionality



The content of this work corresponds to the right of expression of the authors and does not compromise the institutional thinking of the University of Cuenca, nor does it release its responsibility before third parties. The authors assume responsibility for the intellectual property and copyrights.

Institutional Repository: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Índice de Contenido

Capítulo 1: Nociones Generales.	10
1.1 Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente y Escucha Activa.	10
1.2 Doctrina de los Años tiernos, Situación Irregular y Plena Protección Como Etapas del Desarrollo de los Derechos de los NNA.	18
1.3 Patria Potestad y Tenencia.	23
1.4.- Corresponsabilidad, Coparentalidad y Tenencia Compartida.	29
1.5 Violencia Vicaria.	34
1.6 De la Acción de Inconstitucionalidad	36
Capítulo 2: La sentencia 28-15/21.	39
2.1 Argumentos de la parte actora y contestación de la Presidencia de la República, Procuraduría General del Estado y la Asamblea Nacional en el caso 28 - 15.	40
2.2 Amicus Curiae: A favor de la inconstitucionalidad, contra la inconstitucionalidad y las consideraciones necesarias.	48
2.3 Delimitación del problema jurídico, Test de Proporcionalidad y Niveles de escrutinio: De hombres y Mujeres.	57
2.4 Análisis de los argumentos la Corte Constitucional y de los argumentos para aceptar la Acción Pública de Inconstitucionalidad.	62
2.5 Voto Concurrente de Ramiro Ávila Santamaría.	67
2.6 Voto Salvado: Teresa Nuques y Carmen Corral.	68
Capítulo 3: Críticas a la sentencia	69
3.1 La falta de interés superior del NNA como principal motivo de la acción de inconstitucionalidad.	70
3.2 Parámetros para evaluar, caso por caso, el encargo de la tenencia de los NNA.	73
3.3 Adulto Centricidad y la necesidad de que se transforme la escucha de pasiva a activa con los NNA.	80
3.3 Reflexiones sobre el Código Orgánico de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes como una posible solución al actual CONA.	82
3.4. - Conclusiones y recomendaciones.	83
Referencias	90
Legislación usada:	91
Jurisprudencia Nacional	91
Jurisprudencia Internacional	93

UCUENCA

5

Jurisprudencia colombiana..... 93

Jurisprudencia española..... 93

Índice de Figuras

1.- Mapa conceptual de la tenencia en el CONA antes de la sentencia 28-15/21.....	26
---	----

Índice de Tablas

Tabla 1.- Tabla de amicus curiae	48
--	----

Dedicatoria;

A mi padre, Julio Emiliano de quien aprendí la estoicidad y virilidad de carácter;

A mi madre, Ruth Zaida, de quien aprendí el amor incondicional y el apoyo perpetuo;

A mi hermano Juan José, de quien aprendí él no agachar la cabeza ante la adversidad; y mis sobrinos Juanito José y Dana, de quienes aprendí a mantener el corazón de niño y la complicidad infantil,

A mi hermana Viviana, de quien aprendí que la felicidad se busca a pesar de las dificultades;

A mis abuelos Gonzalo Ernesto y Delia María, de quienes aprendí la tenacidad para viajar en busca de un mejor mañana, y la necesidad de sonreír ante la dificultad;

A mis abuelos Blanca y Julio Amadeo, de quienes aprendí que el hogar puede estar lejos de casa, en el último lugar del mundo, incluso cruzando la cordillera,

A mi querida Viviana Fernández, Celia Cantos mi segunda mamá, Teresa Cantos y Vicente Berrezueta, con todo el amor que pueden imaginar.

A Julio Eduardo León Peñafiel, porque en cada rechazo y dificultad, hoy has llegado hasta aquí, a pesar de la soledad y el miedo; mejor dicho, a Julio Eduardo, cuando era niño.

A la niñez y adolescencia del Ecuador, quienes en estos tiempos difíciles algún día serán la luz a través de esta tempestad, a todos ellos, a quienes les debemos más que disculpas, y por quienes debemos preocuparnos en mejorar.

Agradecimientos

A mis padres, por ser baluarte de mis sueños;

A mis hermanos y sobrinos, por su apoyo y motivación,

A mis abuelos, tíos y tías, primos y primas por ser constante fuente de inspiración;

A mis amigos David, Kevin, Andrés, Manuel y quienes más no podría recordar, y a mis amigas Tatiana, Karen, Lisbeth y quienes más corresponda el título, a todos ellos gracias, por ustedes Cuenca dejó de ser una ciudad y se volvió mi hogar.

A mis profesoras y profesores, ensayistas propios del conocimiento y fuente inagotable del saber,

A la Universidad de Cuenca, por abrir sus puertas a un forastero de la ciudad vecina;

A mi amada ciudad de Cuenca, Atenas del Ecuador, por el cobijo en estos 5 años de estudio, son tus calles, tu cielo, tus ríos y tu gente, lo que mi corazón guarda con añoranza de volver siempre que la vida me permita, y a mi querido Azogues, la ciudad obrera del sur, por permitirme soñar en grande con cada paso dado.

“La teoría de los derechos de la niñez pone a prueba la teoría de los derechos en general”

Neil McCormick

Capítulo 1: Nociones Generales.

Un punto de partida válido para cualquier trabajo de investigación siempre es las definiciones previas del tema en cuestión acompañado de conceptos básicos que permitan al lector identificar de forma correcta aquellas ideas y terminología empleadas por quien escribe para el desarrollo, pero; por ser un trabajo centrado en la niñez y adolescencia y con profundo sentimiento y deseo de contribuir a cambiar la visión adulto céntrica en la materia, partiré del concepto de Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente (a partir de ahora NNA) pues ningún trabajo en materia de niñez y adolescencia debería sino partir de él ya que y conforme manda la Convención sobre los Derechos del Niño del Niño siempre debe ser el principio rector para el estudio, análisis, resolución y demás acciones que decidan sobre los derechos de los NNA.

1.1 Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente y Escucha Activa.

Podemos partir desde la definición etimológica de las palabras para marcar un inicio del tema en cuestión, si analizamos el tema interés desde la Real Academia de la Lengua, siendo que interés por sí mismo podemos interpelar como “inclinación hacia alguien o algo” o “deseo de algo” (Real Academia de la Lengua Española, 2023) que por su simpleza puede conllevar a la errónea confusión con un capricho que pueda ser subsanado mediante la concesión de aquello que es objeto de deseo o por lo que se desea obtener como fin. Si podemos nuevamente contemplar la idea del segundo término Superior, nuevamente nos encontramos ante la definición de la institución que norma las reglas del castellano, para tales fines superior es “que está más alta y en lugar prominente a otra”, y para el presente trabajo me permite ejemplificar de mejor manera la idea general del interés superior de la niñez y adolescencia.

En derecho siempre se hace gala de la importancia de las palabras, de las cuales podemos hacer un análisis de conceptos en busca de aquella que por su significado nos permita acercarnos más a la idea que necesita ser transcrita del mundo metafísico y materializado. De nuestro primer acercamiento con el concepto podría verse como el objeto de deseo o inclinación que prima por encima de las y los demás de la niñez y adolescencia. Ensayando este concepto simplista nos encontramos con las primeras dificultades a analizar; ¿es pues el interés superior del NNA un deseo que prima sobre los demás? ¿Dicho deseo no llega a ser un capricho infantil?, si nos quedamos con la pobre definición ensayada sólo con fines demostrativos no podemos realmente comprender el verdadero alcance de este principio, lo que nos permite quizá vislumbrar lo primero que el vulgo popular puede comprender por la legislación en materia de niñez y adolescencia.

En respuesta rotunda a las dos interrogantes anteriores propongo un no a la segunda interrogante, y en la primera salvaguardar la respuesta para poder trabajar sobre ella en párrafos subsecuentes, jamás se puede encontrar reducido este principio a la acepción primitiva de la terminología. Ahora bien, si no podemos encontrar un concepto simplista podemos entonces pensar en encontrar la respuesta en los cuerpos legales relevantes a la materia, dícese pues Código de la Niñez y Adolescencia.

Es pues el TÍTULO II de Principios fundamentales del cuerpo normativo antes citado en el artículo 11 la siguiente definición:

“El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes: e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que está en condiciones de expresarla.”

Una vez ubicado este concepto jurídico en la legislación podemos a primera lectura encontrar las ya notorias diferencias entre el concepto previo ensayado sobre las definiciones de la RAE, partiendo de que es un principio del cuerpo normativo y nos demuestra el deber impuesto a las autoridades, desde las administrativas como la junta cantonal de protección de derechos hasta los operadores judiciales de contemplarlo en todo lo referente al ejercicio de los derechos de los NNA, esta obligación se realiza conforme demuestra el segundo inciso en equilibrio entre deberes y derechos, cosa que podemos encontrar siempre en acuerdo con la tradicional forma de pensar, pero, es me he planteado como menester en ejercicio de mi fin perseguido con esta tesis el demostrar la importancia de los NNA y sus derechos recalcando que, de ninguna forma se puede decir que es correlativo deberes y derechos, el ejercicio de los derechos no se encuentra limitado al cumplimiento de los deberes salvo los casos que la ley sea quien mediante su imperio la que dicte la suspensión de los mismos.

Finalmente vemos que prevalece sobre la diversidad étnica y cultural, como por lógica y edad del Código de la Niñez y Adolescencia es anterior a la actual constitución, emitido en el año 2003 ha estado en vigencia 5 años antes que la nueva carta magna del 2008, la que dejando de lado el estado de derecho para alcanzar el estado constitucional de derechos y justicia que plantea nuestra carta magna en la actualidad, siendo pues que también es válido recalcar que si bien el principio de interés superior es por su característica el que prevalece frente a los demás, pero no es menos cierto que aunque suene extraño que dadas las circunstancias, es pues decir, un caso en concreto hay algún principio que de mejor forma garantice el ejercicio de los derechos de los NNA, este podrá ser invocado por ser de mejor alcance proyectivo, y, por más que suene a discrepancia con el último inciso del artículo 11 puedo decir sin temor a equivocarme que este principio y aquellos que garanticen a los sujetos de protección especial llamados NNA se encontrará en concordancia para alcanzar una protección íntegra, ya que para el caso de conflicto con los derechos de las demás personas, es claro el artículo 12 sobre su prevalencia absoluta.

Pero, este concepto legal no define realmente lo que es el principio del interés superior de los NNA, y es pues, ¿qué es entonces el interés superior?, sería trabajo de la doctrina permitirnos encontrar la terminología correcta que arroje luz sobre tal interrogante académica. Partiremos sobre la base simple que, muchos autores como recoge Farith Simon han dado como conclusión que es un concepto jurídico indeterminado de lo cual podemos colegir a sencilla vista la dificultad de consenso único, tanto así que autores como Torres Perea le han dado la siguiente conceptualización “*..instrumento adecuado para dar solución a los distintos conflictos de intereses que pueden afectar al menor*” (Torres Perea, Tratamiento del Interés del menor en el derecho Alemán, 2006) en decir de palabras del autor, el intento a reducir un

concepto como tal de este principio puede causar la limitación del contenido propio al ejercicio del derecho de la niñez y adolescencia; siendo pues, una grave forma de coartar aquel ejercicio tanto pasado como futuro que pueda escapar de la conceptualización per se, de esta idea inicial el mismo autor rescata su función más que su definición la idea de ser un “contrapeso para proteger al menor en tanto parte más débil en sus relaciones sociales) y de control ante todo peligro o amenaza que afecte al menor y su utilidad como criterio para resolver los conflictos de intereses que le afecten ”sic (Torres Perea, Interés del Menor y..., 2002)

Nuevamente podremos encontrarnos ante la no conceptualización per se, pero, la razón de que varios autores evitan el aproximarse al concepto del interés superior del NNA y decidan como tal al principio darle un significado conforme al uso que debería dársele lo encontramos en una idea simple, autores como Alegría Borrás o Roca Trías han podido explicar en una forma sencilla, el conceptualizar este principio en una norma regla cuya aplicación busque un hecho que se sancione con una consecuencia de derecho va a limitar la aplicación de este principio a casos concretos, pudiendo así afectar a aquellos casos que dentro de la materia por sus condiciones específicas queden exentos de las reglas de aplicación en el hipotético caso de existir condiciones para la subsunción.

¿Es entonces la falta de conceptualización una limitante a este principio? No, apoyándome en los autores citados y en la lectura en sí del principio podemos encontrar que la falta de un concepto per se permite a las autoridades el poder ingeniarse sobre los casos concretos presentados una solución que respete el derecho de los NNA y a su vez les permita un correcto goce y ejercicio porque al no limitarlo a condiciones específicas de aplicación se vuelve un trabajo de argumentación con buenas razones y con fundamentos reales adjunto a los indicios necesarios en defensa de la niñez.

Otros medios como la Corte Constitucional de Colombia han esbozado conceptos interesantes sobre el interés superior del NNA; para su correcta aplicación sostienen en la sentencia T-587/98 lo siguiente:

“El interés superior no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión. Por el contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan al menos, cuatro condiciones básicas (1) en primer lugar, el interés del menor (sic) en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particularidades necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas (2) en segundo término, debe ser independiente del criterio arbitrario de

los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo, (3) en tercer lugar se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; (4) por último, debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor.”

Pero no es menos cierto que la conceptualización con palabras que permitan una apertura a la aplicación general y con una salvedad de apertura a casos extraordinarios sería al menos académicamente hablando útil para poder partir con una base lingüística determinada; sin embargo, críticamente me opongo a tal afirmación que puede encontrarse en aquellos que intenten darle un concepto a todo, pues él no determinar una aplicación concreta a esta norma hace, aparte de lo que los autores ya han mencionado antes, alusión a esta idea del nuevo derecho de familia, cuya aplicación en caso de intentar volver a una norma regla, llevaría a diferencias culturales, ideológicas y afectaría a la infancia en general debido a las barreras que como sociedades desarrolladas nos separan, mismas que celebramos y son para cada estado motivo de orgullo podrían a su vez entorpecerse si deseamos mediante el derecho internacional establecer una regla única, además que al no ser una norma de aplicación por subsunción que nos permite gozar de un derecho al que todos deberíamos considerar importante, el derecho a la motivación en la decisión de autoridades judiciales y administrativas en esta materia se vuelve más complejo, cuando la base del principio es indeterminada y es la autoridad con su ejercicio para alcanzar el estándar de suficiente en sus decisiones la que mediante el derecho y los hechos deberá resolver cada caso, siendo así que la dificultad contra mayoritaria que enfrentan los jueces puede salvarse con un ejercicio completo de argumentación bajo estándares necesarios y justos para alcanzar una suficiencia y que aquellos argumentos sean aceptados por las partes para evitar la inconformidad con la decisión, misma que de llegar a tener calidad y cantidad sustanciosa de ideas argumentadas sujetas entre sí con conexión e interrelación con aquello que se ha presentado como medios probatorios, permitiría una satisfacción por parte de los recurrentes al sistema judicial, generando confianza en el mismo; y esto nos lleva a la siguiente idea de este apartado, la escucha previa de la niñez y adolescencia.

Me permito como autor el poder determinar una escucha necesaria, la escucha activa de los NNA en todas las decisiones que afecten a sus derechos, es una obligación ya contemplada en la legislación y es una herramienta que permite a las autoridades el tomar decisiones escuchando al principal o principales implicados, los niños, niñas y adolescentes. (al titular de los derechos)

La principal interrogante que cualquier persona puede tener es ¿Cuánto valor puede tener la opinión de un niño en estos temas? Es la ley a través de su mandato imperativo la que nos da la pauta sobre la interrogante planteada:

“Art. 13. - El ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez. Se prohíbe cualquier restricción al ejercicio de estos derechos y garantías que no esté expresamente consagrado en este código”

De acuerdo a la norma, podemos encontrar que se hará de acuerdo a la edad y madurez, símbolos tanto biológico como psicológico de crecimiento de una persona. Siendo estos caracteres los que se determinan el escuchar a los niños, niñas y adolescentes, es menester de la autoridad de turno cumplir con su deber de escuchar lo que los NNA tengan que decir, bajo obviamente las reglas establecidas, esto es en audiencia reservada y con total garantía de un proceso; pero, la principal idea de que un NNA sea escuchado es que su opinión, sus deseos y sus intereses sean tomados en cuenta en el proceso y esto sólo se logra con una escucha activa, que la denomino así a que aquella acción de escuchar con atención lo que el interlocutor está expresando a través del lenguaje tanto corporal como hablado, escrito u otros; que por los motivos que fueren se tuvieren que usar. Este acto de escuchar activamente no se limita a tener el tiempo de preguntarle al NNA lo que se desea saber, sino a educarse como autoridad judicial en una materia y dimensionar que dos adultos no se relacionan de la misma manera que un adulto y un niño y muchas veces en situaciones traumáticas es posible que esta comunicación sea peor o de mejor calidad. Sin embargo, del acto de oír no podemos obtener nada, del acto de escuchar activamente con atención se puede obtener información relevante que acompañada con la correcta forma de indagar en esos detalles pueden dotar a la autoridad judicial de argumentos de mejor calidad, es decir, ¿qué argumento puede ser superior al interés que tiene el propio niño o adolescente dentro del proceso?

Esta obligación de escuchar activamente se encuentra con el límite razonable de que es imposible subyugar la decisión únicamente a lo que manifiesta un NNA, pero de este acto podemos encontrar lo mejor para armar una estructura argumentativa nutrida en cuanto al Interés Superior del NNA, pues, si lo que manifiesta o desea el individuo atenta contra alguna de sus garantías fundamentales, dicho testimonio se transforma en un argumento válido de lo dañino que es una situación, siendo que el interés superior del NNA en este caso es precautelar su bienestar, fomentar su cuidado y a través de los medios necesarios llevar al convencimiento y pleno conocimiento del por qué aquello que desea se constituye en un daño hacia su persona.

Es pues, de forma crítica cómo me permito aportar, que de acuerdo a los estándares del paradigma constitucional ecuatoriano y la administración pública que ha superado el tiempo de decisiones arbitrarias, la argumentación realizada con excelencia y conocimiento tanto de la materia en general, del proceso en particular y del caso en concreto especialmente la que permitirá a la autoridad un correcto ejercicio de su potestad, como ya se mencionó unos párrafos antes la dificultad per se de las decisiones judiciales es enfrentar el hecho de que no se sustentan en la elección popular, si bien se sujetan al derecho y a los hechos el llevar al convencimiento a las partes procesales y generar así confianza de las personas en el sistema judicial, la llamada dificultad contra mayoritaria surge del paradigma de la democracia por sufragio universal. El sufragio universal como derecho a elegir y ser elegido permite que quienes sean autoridades electas dentro de un proceso electoral gocen de prima facie con la venia del pueblo en sus decisiones; si el mismo pueblo desea revocarle este encargo mediante las medidas que prevé el ordenamiento jurídico para tales fines, pero es que con el voto informado que implica el conocer el plan de trabajo de la autoridad, la forma en la que va a realizarlo y los medios que pretende emplear se supondría innecesario revocar el mandato al menos en la teoría; por su parte las y los jueces no gozan de la elección popular, sus procesos de selección en base a la oposición y méritos si bien facultan a la autoridad electa el realizar sus actividades dentro del marco normativo no es menos cierto que no gozan del respaldo popular pues quienes acuden a la administración de justicia no han electo a ninguna de las personas allí presentes; por eso, los jueces requieren de un ejercicio de motivación dándole razones y buenas a las decisiones que ellos hacen dentro de su arbitrio; una buena sentencia respaldada por argumentos de calidad hará que quienes acudan a las sedes judiciales puedan tener confianza en el sistema y entender las razones de las decisiones; pero no es menos cierto que este tema en materias como familia o acciones de inconstitucionalidad adquiere especial fuerza.

En materia de familia despachan según aproximaciones 300 causas sólo en alimentos al día; es de las unidades judiciales especializadas con mayor concurrencia y carga procesal frente a la promedio. Por eso toma especial importancia el poder estructurar buenas razones para su actuar; si a esto sumamos que la Corte Constitucional ha trabajado siempre con argumentos y motivación encontramos que la sentencia 28-15/21 IN debe respaldarse de argumentos suficientes pues su decisiones no se toma a la ligera y nunca debería; ya que trata de instituciones del derecho de la niñez mismos que son sujetos de cuidado especial como ya se ha mencionado en párrafos superiores y se hará especial mención durante todo este texto.

La Corte Constitucional afronta en estos casos como en otros similares en familia como lo fue la acción por inconstitucionalidad del COGEP en lo relativo a las audiencias de deudores de pensiones alimenticias y al título referente a los deudores solidarios del CONA con resolución en la 12-17 -SIN-CC; intento pues ejemplificar con este apartado que el ejercicio de motivación no es una vanidad que se permiten los operadores de justicia, es un acto correcto de darle razón y sentido a lo que se decide conforme la norma manda y los medios probatorios aportados por las partes, y la Corte Constitucional si bien no hace el mismo ejercicio pues no evalúa medios probatorios, sí analiza diferentes métodos que le permitan obtener mejores resultados con amplia protección de derechos, personalmente considero que debería facultársele a la Corte Constitucional al igual que con su símil en Colombia el poder contratar profesionales en diversas materias que le permitan a su vez contar con mejores aportes a sus decisiones, esto ampliaría de mejor forma el poder tomar decisiones más técnicas y con fundamentos inclusive hasta científicos; pero, en el caso de Ecuador se ha establecido los *amicus curiae*, donde los terceros interesados introducen al proceso aquellos datos y opiniones con fundamento por las que consideran que una acción es procedente o no, cosa que permite la participación de las personas en el proceso, pero no rompe aún con la dificultad contra mayoritaria que enfrentan los altos tribunales con la tarea de decidir temas igual de delicados como el que planteo en este trabajo.

Lo último y no por eso menos relevante de este apartado es recoger el ejercicio argumentativo que ha hecho la Corte Constitucional en la sentencia 28-15/21 IN, misma que declara inconstitucional la preferencia en tenencia materna en casos de separación de los progenitores, es decir, ha declarado inconstitucional el hecho de que el CONA prevea en la madre una figura de cuidado de los NNA sobre el padre ante la falta de acuerdo común; siendo que la misma ley preveía para esta situación que la tenencia sería asignada automáticamente a la madre, además de declarar que contraviene a los principios de igual, corresponsabilidad parental y al interés superior, (hago mención en este orden que fue en el que se analizó en la sentencia, siendo que lo correcto a mi parecer es, primero el análisis del interés superior, luego la corresponsabilidad parental y, finalmente, analizar el derecho a igualdad que se encuentra presentado en relación hombres- mujeres). Ojo que esta enumeración que propongo no la elaboro como un orden matemático de importancia, sino una aproximación por ponderación entre aquellos que por ser sujeto de protección tienen preferencia a su trato y evaluación, de no poder superar alguno de ellos ya sería inútil avanzar sobre los demás. Menciono al interés superior del NNA como primero que debería analizarse porque se encuentra claro que los NNA son sujetos de protección integral y de atención

prioritaria en sus derechos, clara es la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 35 donde define los grupos de atención prioritaria:

“Adultos mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de la libertad y quienes adolezcan en enfermedades catastróficas...”

Me permito recoger que la misma norma suprema en el mismo inciso reconoce esta situación “personas en situación de riesgo, víctimas de violencia doméstica...” esta sección la tomo, en los siguientes apartados haré una parada en la situación de las víctimas de violencia vicaria, su conceptualización y necesidad y el por qué prevalece el derecho de la niñez sobre los demás.

1.2 Doctrina de los Años tiernos, Situación Irregular y Plena Protección Como Etapas del Desarrollo de los Derechos de los NNA.

Si bien hemos hecho un acercamiento al principio del interés superior de NNA encontramos sobre ello una evolución permanente, hice mención a que el concepto jurídico indeterminado que es este principio, es parte del derecho moderno de familia, sobre la Niñez y Adolescencia podemos verificar la existencia de varias teorías que, siendo algunas de vieja data, han permeado en el Ecuador en los últimos 30 años. Prueba fidedigna de aquello el Código de la Niñez y Adolescencia, que ha sufrido con el paso de los años la necesidad propia de un cuerpo normativo de evolucionar conforme las concepciones y teorías avanzan también, para mi trabajo he seleccionado 3 que dentro de la normativa vigente podemos resaltar como importantes por sus aportes a la legislación nacional, su adopción y posterior cambio relativo a la NNA además de que como teorías nos dejan la percepción social y de la realidad en aquellos años y responden a las situaciones socio jurídicas que en aquel tiempo se consideraban como una necesidad per se de las gentes que en su momento requerían de dichas normas en relación directa respondieron a la sociedad actual.

Doctrina de los años tiernos

Me parece correcto abrir este apartado con una cita de Julio Verne, “ante la presencia de las grandes convulsiones de la naturaleza el hombre no tiene poder” y esto porque la primera aproximación a realizar hace referencia muchas veces a una situación natural del NNA.

Esta doctrina nace en Inglaterra, en el siglo XIX donde la situación patriarcal de la época relegaba a la mujer a no gozar de derechos en su gran mayoría o encontrarse estos muy

restringido; Caroline Norton fue quien denunciado este hecho en la ley inglesa que manifestaba al conferir la custodia directamente al padre por ser quien económicamente se consideraba capaz de mantener a los hijos, consiguiendo establecer un cambio a favor de las mujeres que, por la situación de la época ayudaba a mantener vínculos parento filiales, como podremos constatar también en la contestación de la presidencia en la sentencia analizada, podemos ver que esta idea se fundamenta en la concepción biológica de que la madre, por el hecho de ser mujer (que es pues, según define la CIDH un rol de género discriminatorio vale recalcar) quien por naturaleza es capaz de darle al NNA el cariño que la Corte denomina atención emotiva, y apoyo necesarios para el crecimiento, fundamentado en la idea de que es pues menester de la naturaleza mediante la lactancia relegar a la mujer a dicho espacio, es también válido afirmar que nuestro Código de Niñez y Adolescencia tomaba dicha idea expresada en los artículos impugnados de inconstitucionalidad siguiendo en ese momento una asignación social por roles de género que juzgamos a priori como buena y natural, quizá buena es discutible si nos decantamos por moralidad, pero la idea de que se considera natural no es del todo descabellada, no es menos cierto que en los primeros años al menos la alimentación de un niño y en su concepción se encuentra íntimamente ligada a la madre, aunque uso el concepto natural en este apartado no me refiero a que deba ser un estándar itso nature que debería usarse en la actualidad, más adelante se expondrán la evolución inmediata de esa concepción.

Situación irregular

El nombre con el que ha sido designado la “Situación Irregular” de por sí entrega ya la forma correcta de la apreciación y también la irregularidad con la que el tiempo de vigencia de esta concepción con la que el Estado intentaba dejar de lado un paternalismo limitante de los “menores” (La denominación corresponde al tiempo, no por lo mismo sería la correcta); de tal forma que se encontraban en un punto medio entre el permitir al niño, niña y adolescente el goce completo de sus derechos y el tomar para el Estado central el tratarlos como “objetos” sobre los cuales se ejerce derecho, tal ejemplo es pues la corrección de adolescentes infractores o adolescentes en conflicto con la ley penal. Autores como Eduardo Bustelo permiten apreciar esta idea de Poder del Estado y su ejercicio coercitivo ante quienes cometen delitos. Es pues una forma de biopolítica como lo denomina el autor donde aquellos niños que entran en conflicto con la normativa penal, que de por sí es de última ratio y su aplicación es limitada a casos que doctrinariamente el legislador ha evaluado y votado como necesarios de intervención del ente estatal, convirtiendo a los NNA en un objeto donde la vindicta pública actuaba de forma discrecional e imponía los medios de rehabilitación a estos, parafraseando a Bustelo, el NNA deja de ser merecedor del cariño altruista y se convierte en

un objeto que debe erradicarse por parte del poder público en beneficio de la colectividad y sin ser merecedor de aquellas garantías que propias a su edad le corresponden; ejemplo es el deseo de elevar las penas a los adolescentes infractores.

El Código de Menores anterior a la vigencia de nuestro Código de la Niñez y Adolescencia es una muestra de esta lucha por alcanzar que la niñez y adolescencia como agentes sociales sean contemplados y se tome en cuenta la reconquista de sus derechos. Esta idea es recogida en el concepto de que todo lo que escape a la familia tradicional es pues irregular, por ende, los NNA que no contaban con los recursos económicos o provenían de familias diferentes a la familia nuclear, eran considerados menores irregulares, objetos de la discrecionalidad del tribunal de menores y por su concepto mismo podemos encontrar que la regularidad eran aquellos niños sujetos a la familia tradicional, o mejor dicho familia nuclear para usar la jerga correcta. Esto hoy en día es refutable, existen varios tipos de familias que en mayor o igual medida son para la niñez y adolescencia los encargados de su protección y no es menos cierto que en nuestros días las familias compuestas existen, y los NNA deben (al menos en cuanto a derechos se refiere) el poder desarrollar la misma relación y calidad de cuidados y atenciones con ambos progenitores aunque estos se encuentren ya divorciados o para no realizar segregaciones los mismos ya no convivan ni guarden relación jurídica o sentimental entre sí (entre el padre o el progenitor), manda la Constitución:

“Art. 67.- Se reconoce 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.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”

Cabe recalcar que sobre el último inciso la Corte Constitucional ha hecho una interpretación extensiva permitiendo mediante la sentencia 11-18/19-CN el reconocimiento sobre el texto y debe interpretarse que el matrimonio puede como figura y contrato realizarse entre dos personas del mismo sexo, extendiendo aún más los tipos de familia reconocidas.

Plena protección

El adulto era el centro del mundo en siglos pasados, hasta el siglo XVII, donde el niño comienza a dejar de ser un “adulto en pequeño” y empieza a ser reconocido por su forma de

ver el mundo, siendo un punto de quiebre importante la idea de frenar el trabajo y explotación infantil; donde al ser más pequeños su paga era menor, su valor como trabajador menospreciado y su capacidad de disfrute inexistente ante la necesidad de mano de obra barata en el creciente proceso de industrialización.

El verdadero punto de partida es la lucha del movimiento de liberación por los niños que culmina con la Convención sobre los Derechos del Niño en el año 1989. Aquí podemos encontrar tres máximas que se reducen a que el NNA:

- Es SUJETO DE DERECHOS
- Es Capaz
- Merece protección integral por su condición de PERSONA en desarrollo.

Estas tres ideas ahora son la lucha que debe día con día llevar a las personas, al estado y finalmente a todo ser humano a respetar, proteger y permitir que los NNA mediante su capacidad de expresarse y hacer uso de dichos derechos para ser escuchados y su opinión valorada, dejando que los adultos ya no decidamos o seamos los principales intervinientes, sino siendo meros conductos por donde transita el derecho de los NNA para alcanzar aquella protección y goce que merecen.

Sobre la idea de los derechos del niño, recoger la frase de McCormick es pertinente “la teoría de los derechos del niño ponen a prueba la teoría de los derechos en general”; para poder darle al NNA su lugar como persona moral y sujeto podemos encontrar dos teorías que varían en el fundamento que abstraen para la niñez, siendo:

Teoría de voluntad o elección

Agustín López – Vicente recoge la idea de que “únicamente quienes tengan agencia o autonomía moral, esto es, la capacidad de actuar a la luz de razones específicas pueden ser titulares de derechos”. Esta postura puede ser a priori controvertida porque podemos entender que esta “calidad moral” puede a una primera lectura relacionarla directamente con la representación legal de aquellos que por ciertas situaciones ya fuesen físicas, morales o de interés social (verbo y gracia los ludópatas que son declarados como incapaces en aras de procurar su patrimonio) han sido impedidos de representarse a sí mismos en actos civiles, aquí no se encuentra nuestra legislación, sin embargo, varios aspectos aún rigen en cuanto a los negocios jurídicos de los NNA.

Teoría del interés

Aquí podemos encontrar que la capacidad de ostentar derechos subjetivos en base a una necesidad básica o un interés superior, esta concepción es pues la que prima en el ordenamiento jurídico, porque si bien esta voluntad previa a la obtención de un derecho nos hace denotar que no puede alejarse la decisión judicial a lo que el sujeto titular desea de forma discrecional (vale recalcar que la ley prevé que en caso de que el NNA tenga por voluntad algo que lesione su derecho la autoridad puede mediante decisiones fundamentadas decidir contrario a esto pero, es pues en beneficio de un interés superior de bienestar). En este cuadro está nuestra legislación y por ser acorde al nuevo constitucionalismo ecuatoriano además de ser vertiente de la Convención sobre los Derechos del Niño del Niño, será de la cual podré trabajar en el presente trabajo.

En cuanto al fundamento material, por medio del estado constitucional de derechos y justicia podemos saber que aquella que aplique mejor los derechos de los niños no sólo puede, sino debe ser invocada, si su alcance es de mejor protección y con mejor desarrollo, pero, en términos de criterio de especialidad, es la Constitución de la República y la Convención sobre los Derechos del Niño del Niño en primer lugar, y; siendo el Código de Niñez y Adolescencia su base legal en donde se desarrolla el catálogo de derechos. De esta evolución del derecho de la niñez y adolescencia vale recalcar que la Convención de los derechos del niño no ha hecho menos que levantar la curiosidad de varios autores en cuanto al interés superior del NNA, al ser como ya mencionamos un concepto jurídico indeterminado no deja sino a la discrecionalidad reglada de la autoridad judicial, el poder hacer que sus elecciones se ajusten a las necesidades del sujeto de protección; sin embargo, es bueno recoger la idea de que esta discrecionalidad no puede nunca verse sujeta al ejercicio abusivo de la autoridad, a la arbitrariedad o al discrecionalidad abusiva, es menester de los actores sociales y los órganos de control mantener la vigía sobre este aspecto que siendo por la relevancia social, jurídica y a futuro de la niñez y adolescencia no menos que un indicador del futuro de un Estado.

La Convención sobre los Derechos del Niño del niño (CDN) fue ratificada por el Ecuador en el año 1989 en fecha del 20 de noviembre, esta obligación y mutuo intento de los Estados firmantes nos demuestra el esfuerzo de transformar a los niños en sujetos de derecho y protección, pero es en el año 2008 donde el nuevo constitucionalismo ecuatoriano sancionado por el Constituyente y aprobado por el pueblo ecuatoriano, ha dado a la niñez la importancia como sujeto de derechos, quien merece respeto por su condición y puede expresarse sobre sí mismo. En dicha Convención podemos encontrar las obligaciones de cada estado firmante en la materia pertinente y cómo deben empezar a desarrollar políticas públicas en torno al niño, niña y adolescente.

Es posible con este levísimo recorrido revisar cómo el NNA ha superado ya su concepción antiquísima como objeto supeditado ante el pater familia y su evolución tanto como los retos que afronta el derecho ante situaciones sobre este importante agente social no son menos relevantes. Por eso, analizar una situación como el cambio de reglas de la tenencia que tuvo que realizarse desde el más alto tribunal de justicia constitucional del país no es tarea nada despreciable.

1.3 Patria Potestad y Tenencia.

El error quizá más común en materia de familia muchas veces es la confusión entre Patria Potestad y Tenencia, que quizá a la primera lectura de una persona que ha cursado al menos un aula de derecho podrá hacer una somera y rápida diferencia, pero las investigaciones de este tipo y las sentencias en dicha materia son expedidas para quienes son muchas veces legos en derecho, y de la falta de diferenciarlas muchas veces el mal proceder de quienes sienten de primera mano la legislación ante la separación del o la progenitor o progenitora con su descendiente al primer grado de consanguinidad.

Si partimos de las definiciones normativas podría intentar hacer una lectura por criterio de especialidad, es decir del CONA al Código Civil, pero al hacerlo nos encontraríamos con una frase de apertura en el Título II del Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia en lo Referente a “El Niño, Niña y Adolescente y sus relaciones de familia” en el primer artículo del título en cuestión nos encontramos que dicta:

“Art. 104.- Respecto a la patria potestad se estará a lo dispuesto en el Código Civil sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes”.

Es entonces justo que me remita al Código Civil, el cuerpo espina dorsal en su momento del desarrollo normativo del Ecuador y el que más tiempo se ha mantenido en vigencia, claro que esto no acarrea que no haya sufrido reformas pero como tal ha sido y es fuente de varios conceptos usados en el derecho moderno de familia y de él se desprende lo relacionado a la familia como tal, tanto en su régimen jurídico como en los deberes correlativos en primera instancia, en el título XII “De la patria potestad” del libro I “De las Personas”, si partimos del artículo 283 encontramos la definición:

“La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre los hijos no emancipados.

Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia”

Para la pérdida de la patria potestad, el Código Civil en su artículo 303 nos remite al Código de la Niñez y Adolescencia, y en igual sentido el 305 aunque se encuentre por lógica indica que:

“En todos los casos en que termine o se suspenda la patria potestad del padre o la madre, sobre los hijos no emancipados, le reemplazará aquel respecto del cual no ha terminado ni se ha suspendido la patria potestad”.

Es decir que, hará ejercicio exclusivo luego de suspendida o terminada la patria potestad la o el progenitor que no se encuentre limitada a ello, finalmente podemos encontrar luego algo que es relevante el traerlo a colación dentro del tema:

“Art.307.- En el estado de divorcio y en el de separación de los padres, la patria potestad corresponderá a aquel de los padres a cuyo cuidado hubiere quedado el hijo. Los padres podrán, con todo, apartarse de esta regla, por mutuo acuerdo y con autorización del juez, quien procederá con conocimiento de causa.”

Este artículo nos deja claro que es probablemente una de las causas por las cuales se confunde la patria potestad con la tenencia y de igual manera varios de los amicus curiae presentados dentro de la causa como hace mención el pleno de la Corte Constitucional confunden éstos. Teorizo que es probable que sea debido a que si bien es una regla que por lógica nos indica que será aquel ascendiente de primer grado bajo cuyo cuidado esté el infante quien ejercite este derecho en relación al NNA y es también consecuentemente lógico, quien se encuentre en cuidado del NNA por lógica será quien en un momento de urgencia o emergencia deberá ejercitar sus deberes de patria potestad frente al NNA, es pues un hecho que surge de la mera situación tanto por proximidad cuanto por necesidad me atrevo a mencionar. No profundizo en el tema pues la Corte Constitucional será más adelante una vez entrados en materia con su pleno quien se encargará de ilustrarnos. Por lo demás, nuevamente retomando el apartado, la remisión al CONA indica lo siguiente:

Pasado el artículo 104, en el 105 podemos encontrar un adendo al concepto primario que dicta el Código Civil:

“La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas emancipados; referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley.”

En este artículo podemos entonces encontrar una secuencia lógica cuanto en su desarrollo como en su conceptualización, supera al Código Civil que únicamente establece derechos sobre los hijos, es decir, una forma que antaño remarcaba su cosificación en el derecho y sometimiento total a la voluntad de las y los progenitores.

Es el CONA que evoluciona esta idea incorporando las obligaciones de “cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos” otorgando así el complemento, y si bien podríamos diferir de la perfección o no, establece el campo de juego para el ejercicio de las obligaciones frente a los hijos y su responsabilidad legal como progenitor.

Finalmente, en el apartado de la patria potestad llegamos a los artículos sujetos de la acción de inconstitucionalidad, siendo el 106

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

1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;

2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;

3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;

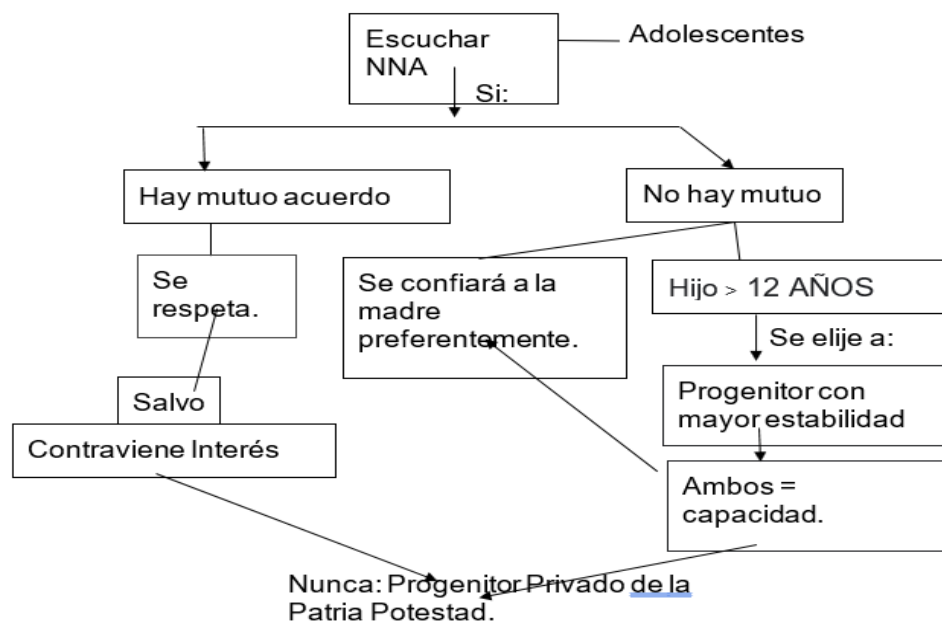
4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;

5.- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,

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

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral.

Son pues el numeral 2 y el numeral 4 los que por su redacción y la regla que establecen han sido sujetos a acción de inconstitucionalidad ante el alto tribunal. Este apartado tendrá su análisis adelante por lo tanto me limito a exponer que existían reglas acerca del ejercicio de la patria potestad del NNA, siendo que por su orden establezco la siguiente secuencia lógica que se usaba en aquel momento:



1.- Mapa conceptual de la tenencia en el CONA antes de la sentencia 28-15/21

Autor: Julio Eduardo León Peñafiel.

De la normativa partimos con oír al NNA, y añadiendo que si es un adolescente su opinión será tomada en cuenta en primer lugar. Si hay un acuerdo entre progenitores debía respetarse siempre que no contravenga al Interés Superior del NNA. Si no lo había se confiaba a la madre, salvo que contravenga nuevamente el interés superior del NNA, si el hijo o hija era mayor de 12 años debía elegirse al que fuere de mejor capacidad para apoyar el crecimiento emocional, de madurez, de desarrollo personal, etc. Y nuevamente, si existiera en ambos casos una igualdad entre progenitores vuelve a ser confiada a la madre.

Por lógica, quien se encuentre dentro de las causales señaladas en la norma para privarle o suspenderle la patria potestad nunca podrá ejercerla.

El diagrama de flujo permite contemplar la situación silogística antes de la resolución de la sentencia, a la cual en el apartado correspondiente se le hará un diagrama similar que permita exponer de igual forma y calidad la situación normativa jurídica anterior.

Nuevamente vale recalcar que es en lo referente a la tenencia, y esta como veremos más adelante no se ejercita en conjunto, la patria potestad sí, porque no es lícito a modo de ejemplo, sacar del país a un NNA sin la autorización del progenitor no custodio.

Por otro lado, se ha confundido la tenencia con la patria potestad; de esta idea encontramos que tenencia viene de la palabra “tener” pero no hace referencia exclusiva al mantener dentro de la esfera de dominio algún objeto, es bueno recalcar que el ejercicio de la patria potestad no está en forma correlativa ligado a la tenencia del NNA, pero siguiendo la lectura normativa es obvio que quien ejercita esta función no de forma exclusiva pero sí de forma regular en caso de separación es el progenitor custodio, y es pues un ejercicio de lógica como mencioné párrafos ut supra, está llamado a hacer actos en nombre del representado en forma más frecuente pero no exclusiva, como la norma mismo recoge, quien no se encuentra inmerso en las causales de la pérdida de la patria potestad o ha sido ésta suspendida, no puede hacer ejercicio de ella; propuse como ejemplo que para que el NNA pueda salir del país debe contar con la autorización de ambos progenitores.

Esta confusión ha llegado al grado que la Corte Constitucional en su ratio decidendi ha resuelto sobre el tema recogiendo que varios amicus curiae están inmersos en la patria potestad cuando la acción versa sobre el encargo de la tenencia como veremos más adelante en el capítulo dos, por su parte establecen una interesante afirmación que adelantó para fines del estudio académico sentando una base, párrafo 139: “la norma impugnada versa sobre dos reglas para encargar la tenencia. Tanto el numeral 2 como el numeral 4 del artículo 106 del CONA suponen una regla y una condición. La regla es la preferencia materna. y la condición el interés superior del NNA” palabras textualmente transcritas de la sentencia 28-15/21 IN; de la cual interpelaríamos dos cuestiones que surgen ¿Acaso la Corte Constitucional confunde la patria potestad con la tenencia? ¿Es acaso para la Corte Constitucional el ejercicio de la patria potestad igual al de la tenencia?

La respuesta a brevis manus es no, no es una confusión aunque a primera lectura pareciera un desatino causado por la confusión terminológica, lo cierto es que he mencionado la lectura del Código Civil como parte importante en el apartado de familia, de este cuerpo normativo en el actual artículo 307, que como ya expuse recoge la idea de que el ejercicio de la patria potestad la realiza quien tiene el encargo de la tenencia, sentado eso el CONA nos da la

razón del por qué, y siendo sencillamente lo siguiente, en el TÍTULO III del mismo Libro segundo “DE LA TENENCIA” que establece:

“Art. 118.- Procedencia. - Cuando el Juez lo estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso anterior.”

Por ende, podría concluirse que el encargo de la tenencia seguía las mismas reglas del ejercicio de la patria potestad, claro que es correcto mencionar como lo hace el CONA su ejercicio se hace en conjunto, nuevamente es destacable este detalle.

También es relevante el saber que luego de una revisión bibliográfica podemos encontrar que en el derecho anglosajón no existe el concepto de tenencia y sus diferencias con la patria potestad, es decir, para ellos en su estructura normativa, quien se queda a cargo como progenitor custodio es a su vez quien hace ejercicio de la patria potestad en defensa de los intereses referentes al hijo. Esto nos permite notar la clara conceptualización ya que en nuestro derecho aparte de los conceptos analizados en los cuerpos normativos, podemos encontrarnos con que al igual que hace mención la Corte Constitucional en su análisis, la patria potestad es el ejercicio de derechos y obligaciones referentes al NNA por parte de los progenitores en defensa de sus derechos, tanto patrimoniales ya que se administra los bienes del hijo o hija de familia; y también en defensa de la integridad personal, es decir derecho a la vida digna, educación, etc., que por mandato constitucional, convencional y legal están obligados ambos progenitores a realizar por su descendencia.

De este conjunto de derechos y su división en dos labores encontramos claros ejemplos en el Ecuador, pero la legislación anglosajona nos permite generar un concepto no tan alejado a la realidad ecuatoriana, que a su vez ha hecho eco en el país y por su relevancia vale recoger en este trabajo académico, la idea de la tenencia compartida. En el mundo anglosajón nos permite dimensionar la necesidad de ambos padres y el compartir las obligaciones relativas a la crianza de los hijos como una forma de erradicar la violencia de género, evocada al rol primitivo de la división sexual del trabajo para la crianza que encajona a la mujer en su estereotipo de madre.

1.4.- Corresponsabilidad, Coparentalidad y Tenencia Compartida.

Nuevamente nos encontramos ante la posible confusión de términos que por su situación de empleo o uso indiscriminado acarrea la necesidad de una definición sobre la que podamos trabajar en la presente redacción académica, podemos partir ante las dificultades que pueden alcanzarse ante estos conceptos pero a diferencia de la tenencia y la patria potestad que podemos contemplar en los párrafos ut supra nos encontramos ante conceptos teóricos bien desarrollados en la academia y no usados en libre arbitrio, es decir que por no ser del vulgo popular, su uso no se encuentran sometidos a un nivel mayor de mal uso.

La corresponsabilidad parental se puede tomar a primer contacto como las obligaciones que ambos progenitores, para tales fines padre y madre están obligados a realizar en conjunto y con igual potestad de decisión y opinión para y con el NNA, no en vano la Constitución ha establecido en el artículo 69 numeral 1 lo siguiente:

“Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1.-Se promueve la maternidad y paternidad responsable, **la madre y el padre** estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de derechos de sus hijos e hijas en particular cuando **se encuentren separados de ellos** por algún motivo” (la negrita me pertenece).

Y recogiendo el numeral 5:

“5.- El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.”

Personalmente considero totalmente competente la redacción anterior, porque permite de la forma más clara dimensionar la necesidad de generar igualdad que rompa los roles de género que se asumen dentro de la sociedad; esta incorporación del constitucionalismo ecuatoriano también obedece a una obligación internacional, la Declaración sobre los Derechos del Niño que recoge en el artículo 18 la mejor forma de definir la corresponsabilidad parental:

Artículo 18 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”

Es mi parecer que si bien la CDN ha fijado de forma resumida y clara qué se entiende por corresponsabilidad parental, no es tampoco para nada despreciable la redacción del constituyente en establecer que las obligaciones comunes de los padres para con los hijos son el ejercicio de los derechos como ya mencioné anteriormente, de tipo patrimonial como los de la integridad personal, en ambos casos la lectura de la Constitución y la Convención de los Derechos del Niño no debe hacerse independientemente la una de la otra, sino conjuntamente.

La misma magistratura constitucional ya ha ensayado breves definiciones de corresponsabilidad parental en casos si bien no similares, sí pertinentes en lo relativo al CONA y su vigencia, anterior incluso a la Constitución actual, de la sentencia 012 - SIN- CC (0026-IN y Acumulados), ha recogido el concepto de que con la corresponsabilidad:

“En relación a la corresponsabilidad, la familia adquiere la calidad de obligada directa a satisfacer las necesidades de los niños, niñas y adolescentes. Precisamente, por el vínculo que se produce en su seno, la familia tiene a su cargo el cumplimiento de obligaciones orientadas a garantizar la vida digna y el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes” Podemos ver que hace énfasis en la relación parento filial, la familia y su relación en la protección y cuidado de la vida digna y su desarrollo en el seno social, de estos conceptos encontramos que es pues una definición en el mundo jurídico con estrecha relación en las obligaciones de los progenitores para con los hijos en las esferas jurídicas y del bienestar.

Tomándome la libertad como autor del presente trabajo, puedo ensayar como definición a priori que es la responsabilidad equitativa e íntegra de ambos progenitores para y con el NNA en defensa de sus derechos, tanto de integridad personal como los patrimoniales que debe ejercerse conjuntamente y hace responsables tanto a los padres como a las madres con sus hijos en igualdad de condiciones, y con búsqueda de un ejercicio equitativo de responsabilidades. La Corte Constitucional si bien profundiza más adelante, esgrime una idea interesante sobre el tema, afirmando que si partimos de la división del trabajo por el sexo del individuo podemos encontrarnos ante una suerte de y citando a Andrés Ortiz Lemos “La madre es una cuidadora y el hombre un mero proveedor”, esta suerte de rol de género impuesto socialmente nos permite entrever también una de las razones que el accionante enuncia en su planteamiento de inconstitucionalidad, puesto que aunque tenga sus detractores basados en los roles de género que como sociedad debemos superar encontramos que Salim Zaidan expone: :

“Oponerse a la corresponsabilidad parental equivale a oponerse a un principio natural en la vida de los seres humanos: el de verse protegidos, cuidados y amados por sus padres. **Ambos padres**”.

Y como menciona la Corte Constitucional” la corresponsabilidad parental es uno de los elementos de la coparentalidad” y a su vez, no debe tampoco confundirse con la tenencia compartida que es una figura enfocada al encargo judicial de la tenencia que se verá unos párrafos más adelante.

La coparentalidad es un concepto sociológico en su gran mayoría, podemos según la definición de Francisca Perez Cortés y Rocío Celis que recogen dentro de su texto “Coparentalidad en la Construcción: Cómo se preparan las parejas para la llegada del primer hijo” con magistral redacción proponen la idea de que:

“La coparentalidad hace referencia a la capacidad de la pareja parental o de los adultos que ejercen funciones de cuidado para trabajar como equipo en tareas de crianza, involucrando la coordinación y el apoyo mutuo, sin incluir los aspectos románticos, sexuales, emocionales, financieros y legales” (Perez Cortés & Ruiz Celis, 2021). Esto nos permite claramente crear una diferencia, además que dichas autoras en su estudio nos arrojan luz sobre la temática de la parentalidad.

Ellas recogen el hecho de que la mujer se “incorpore a la fuerza laboral” lo que cambia el paradigma, siendo que la parentalidad socialmente impuesta a la madre como ya hice mención con la cita de Ortiz Lemos, y al hombre dándole el rol de proveedor del hogar, sufre un cambio tanto social como cultural; de lo cual existen ahora responsabilidad del hogar comunes a ambos convivientes, y sobre los hijos la necesidad de ambos poder tomar sobre el NNA decisiones sobre crianza y prestar los cuidados necesarios, este cambio en la sociedad orientado hacia un mejor y equitativo cuidado de los hijos ha sido dentro de la acción de inconstitucionalidad muchas veces mencionado, haciendo alusión a que es pues este rol del sistema patriarcal, el que causa una injusta carga parental a la madre quien por el hecho de encontrarse al cuidado de los NNA se ve limitada en el campo laboral y de desarrollo personal y profesional. Siendo un argumento muy creíble a mi considerar, no es menos cierto que la coparentalidad puede ejercerse de forma negativa conforme las mencionadas autoras han revisado, en el Ecuador pocos han sido los textos que se han realizado sobre el tema y han profundizado en tales casos, siendo que la preferencia materna es acusada de ser usada de forma abusiva causando un impacto negativo, ejemplo el texto “Cuando nos volvamos a ver” del ya citado Andrés Ortiz Lemos, y es pues por no ser tema central de esta tesis que no se profundiza, pero no es menos cierto que la Corte considera este tema entre sus razones

para emitir la sentencia, ojo que no se limita a este apartado, pues este fenómeno afecta tanto a hombres como mujeres por igual, en procesos judiciales frente a la situación del NNA con lo relativo a la tenencia, cosa que en palabras de los testimonios recogidos por Lemos es “Desgastante y costoso” sic. Por su lado la crianza de coparentalidad positiva encuentra en los hijos un mejor desarrollo tanto social cuanto personal, estas esferas del niño deberían hacerse hincapié en la sentencia del presente trabajo.

Es así que este nuevo modelo de ser padres nos permite vislumbrar a la corresponsabilidad parental en la coparentalidad como la arista jurídica, mientras la coparentalidad llegaría a englobar todos los aspectos del NNA si así queremos tomarlo.

La institución de tenencia compartida nos permite encontrarnos con el concepto seminuevo de dos padres con la tenencia encargada y el hijo goza de un horario de visitas equitativo, que suena de forma simple y llana como atractivo y de buen concepto que permite el correcto desarrollo de las relaciones parento filiales, si bien en el Ecuador no existe normativa expresa que permita como mecanismo de orden jurídico, la Corte Constitucional de Colombia, autodenominada la Corporación, ha establecido en varias de sus sentencias la viabilidad de estos mecanismos pese a la falta de norma expresa, a modo de ejemplo la T-384-18 explica lo siguiente:

“es viable afirmar que los padres pueden suscribir acuerdos de custodia compartida en tanto les corresponde de consuno la obligación del cuidado personal, crianza y educación de los hijos comunes menores e impedidos. Tales acuerdos de custodia compartida, que deberían convertirse en la regla general, se constituyen en herramientas jurídicas civilizadas que en mejor medida garantizan los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y por tratarse de una conciliación se pueden suscribir fuera del proceso judicial previa aprobación del defensor de familia, o en el curso del trámite procesal bajo la dirección y vigilancia del operador judicial, quien debe propiciar el ambiente conciliatorio y exhortar a las partes para que superen el conflicto personal en beneficio de los hijos no emancipados e impedidos”

De esta urgencia normativa por la regulación de la tenencia compartida, varios amicus curiae que intervinieron dentro del proceso como se puede contemplar en la sentencia analizada han mencionado la necesidad de la legislación sobre esta figura. La idea general es que ambos padres puedan bajo la figura de compartir la tenencia, mantener con el descendiente una relación parento filial que permita que se desarrolle de buena forma, y coadyuven a la formación de un esqueleto psicológico firme en cuando al estado del NNA que es la historia de una familia que se proyecta sobre sí mismo, la jurisprudencia colombiana recoge que esto

le permite al menor mantener una historia común de ambos lados de sus familias y sobre ello puede encontrar un desarrollo personal íntegro (STC -12085 – 2018).

Las autoras Lloveras Nora y Bonzano María de los Ángeles han establecido como un aporte lo siguiente: "...podríamos afirmar que compartir la guarda equivale a la participación activa de los padres en la formación integral de sus hijos, lo que supone asumir la necesidad de participación y el compromiso del trabajo en equipo...la guarda compartida supone asumir el desafío de desvincular la problemática conyugal de la parentalidad..." De lo cual podemos deducir como ya he mencionado que nace en la necesidad de que los padres, divorciados o separados, que ya no guarden domicilio con uno de sus hijos (dicha redacción hace referencia a que el menor no comparta espacio inmediato con uno de sus progenitores), puedan conjuntamente distribuir sus cargas y hacer en esfuerzo conjunto en pro de sus hijos o hijas.

Cabe recalcar que la Corte Constitucional del Ecuador ha recogido algunas formas en las que podemos encontrar desarrollada esta figura o, mejor dicho, como suele realizarse en países que han avanzado en el derecho de familia, recogiendo a su vez el trabajo de Fabiola Lathrop, existen tres formas de ejercerla:

“(i) a través de dos residencias en las que existe una principal, con quien el hijo convive la mayor parte del tiempo, (ii) estableciendo previamente lapsus de alternancia más o menos equitativos durante los cuales el hijo debe trasladarse al domicilio de cada uno de sus padres, y (iii) escogiendo una residencia permanente para el NNA donde los padres deberán trasladarse en periodos equitativos”

De la lectura obtenemos que existen 3 casas, una para el hijo, dos donde radican los progenitores separados y cada uno alterna el ingresar al domicilio designado para tales fines de cuidado y protección, este modelo ella lo denomina “modelo de anidación” (Lathrop, 2007)

Me permito comentar que si bien como una solución en el mundo del deber podría ser totalmente viable, en nuestra realidad difícilmente una familia de clase media o de bajos recursos podrá costearse 3 domicilios separados, uno donde un padre o madre podría realizar las visitas y retirarse cada uno a su respectivo domicilio terminado el tiempo, es decir, dos más; y tampoco sería ajeno que cuando la pareja termina su unión de forma violenta o con sentimientos adversos existan rencillas sobre el régimen de visitas sobre el cual, al ser obstruido si bien se prevé acciones legales en el mismo CONA no se disponen sanciones realmente severas al progenitor que impida al otro el poder visitar al NNA, como en otros países sí existe el delito de alienación parental en forma de violencia y maltrato al NNA; sin embargo, la idea de Lathrop no es sino una de la muchas formas que podría realizarse este

tipo de figura, lo cual a mi parecer debería encontrarse ya sujeta a la legislación nacional, pero requiere de una normativa acorde a la realidad y que permita a ambos progenitores en igualdad de condiciones, costear y proteger al NNA en el proceso, pues no es menos cierto como ya menciona la autora Lathrop y aunque la Corte hace énfasis en que no es lo mismo corresponsabilidad parental que la custodia compartida, la autora hace mención a que la tenencia compartida es la máxima expresión de este principio dentro de la coparentalidad responsable. Y recalcar que el encargo o custodia dividida donde un progenitor se hace cargo de un hijo cada uno o se dividen los hijos equitativamente no es tenencia compartida.

Me declaro a favor de esta figura y debería ser incluida sin demora en el ordenamiento jurídico, pero como he mencionado debería acoplarse a la realidad nacional, por no ser dentro de la sentencia realmente el fondo de la acción de inconstitucionalidad no se hará mayor profundización de la necesaria.

1.5 Violencia Vicaria.

Un tema que puede ser evidenciado con las primeras lecturas de los amicus curiae que se presentan en el proceso de inconstitucionalidad, y que, quien escribe recalca que debió constituir para la Corte Constitucional motivo de especial lectura y análisis por lo esencial del mismo es la violencia de género sobre las mujeres en el Ecuador.

Es cierto pues, que bien podría en sí mismo ser un estereotipo de género el reducir al grupo víctima a la mujer y al grupo victimario al hombre, no es menos cierto que en la realidad según la encuesta del INEC, 64,9% de las mujeres ha sido víctima de algún tipo de violencia a nivel nacional, contando aquellas que han sido lo suficientemente valientes para poder a través de la estructura judicial hacer la respectiva denuncia a tales delitos, podríamos elucubrar sobre la violencia en el año en curso, esto es 2023, sin embargo no se han levantado datos sobre el tema y por no ser motivo del presente trabajo se usará aquellos que al igual que la Corte Constitucional se consideran para analizar este problema que rodea y acecha lastimosamente a la mujer ecuatoriana, pues desconocer que existe violencia es desechar la historia humana en general, y la historia de la mujer en particular, no en vano el 2022 fue el año hasta ahora con más femicidios, dato que proviene del portal web del periódico “El Mercurio” mismo que es de público acceso..

La Ley Orgánica Para la Erradicación de Violencia Contra la Mujer ha establecido por listado o formas de violencia de género las clases de violencia física, psicológica la cual según datos del INEC es la que más se encuentra, sexual, económica que incluye como han establecido las altas magistraturas de la sala de lo penal del Tribunal Supremo de España el impago de

las pensiones alimenticias, ya que en el recurso 2239/2019 con sentencia 223/2021 de marzo 17 en el año dos mil veinte y uno ha dicho lo siguiente:

“Delito de impago de pensiones alimenticias que puede configurarse como una especie de violencia económica, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que a su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si ésta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial...privando a los hijos de atender sus necesidades...(T)odo esto determina que podamos denominar a estas conductas como violencia económica cuando se produce el impago de las pensiones alimenticias”

Dicha ley recoge también como tipo de violencia la simbólica, política y gineco - obstétrica. El artículo 10 establece todas las anteriores, y es un problema que debe recibir inmediata atención por parte de las autoridades estatales con medidas que permitan hacer frente y conseguir una verdadera equidad de ambos géneros de manera formal y material. Una vez establecida una realidad innegable, viene a afirmarse que este encargo preferente a la madre es una medida afirmativa, idea de la cual discrepo, pero no por ser un concepto diferente a mi pensamiento pienso demeritar sino exponerlo:

Los Amicus curiae como se verá más adelante han recogido que el encargo preferente a la madre no es sino una forma que le permite poder afrontar y salir de relaciones violentas y donde se encuentra únicamente por sus hijos, ante lo cual nada puedo objetar, responde a una realidad histórica, sin embargo el considerar a un hijo una medida afirmativa tiene a mi parecer sus contras, pues no hablamos de un objeto o un encargo judicial de albacea, hablamos de un ser humano que como lo establece nuestra constitución es un sujeto de atención prioritaria, artículos 44 y 45, pero al mismo tiempo las víctimas de violencia se encuentran en una situación de vulnerabilidad donde requieren del apoyo estatal, para lo cual a mi parecer en estos temas, que son netamente de niñez debe realizarse un criterio de especialidad, primando el derecho del niño, pero no es menos válido que deben encontrarse soluciones prácticas al tema que por no ser objeto del presente estudio no se profundiza como realmente se merece y debería.

El tema de la violencia vicaria tiene dos víctimas el descendiente y progenitor, el nombre correcto es maltrato, y el fin es que el otro progenitor sea quien sufra el efecto de este castigo al NNA; podemos entonces encontrar que afecta a dos víctimas simultáneamente.

Este maltrato ha sido pues una realidad en el Ecuador, entregar al hijo en mal estado, enfermo, descuidado, causará en el otro progenitor un sufrimiento, cosa que afectará más o menos dependiendo del esqueleto psicológico de cada uno; esto se denomina violencia vicaria. Finalmente encontramos aquí que muchos colectivos han resaltado que este espacio de visitas será un sitio donde el progenitor no custodio puede nuevamente ejercer violencia sobre quien detenta la tenencia.

Andrés Ortiz Lemos ha recogido en su investigación varios testimonios de progenitores que se enfrentan cuesta arriba ante el sistema judicial para poder ver a sus hijos, en muchos de sus casos no lo consiguen. Es obvio que transformar a los hijos en objeto de vindicta por una relación que ha cerrado mal es un acto de maltrato llamado alienación parental; sacando a un progenitor de la vida del NNA, pero tampoco desconoce que las cifras del INEC son realmente alarmantes sobre violencia, aunque recalca algo interesante ya que como mencionan la más alta es la psicológica, misma que el autor recoge es usada para apartar a un progenitor de sus hijos por el hecho de que y con base en la no revictimización no se realizan nuevamente pruebas periciales y muchas autoridades emiten las medidas sin evaluar realmente los informes, pero, este tema da para mucho por el que cortar, y las opiniones de quien escribe que conjuntamente con la sentencia serán vertidas se encuentran en el capítulo III, por lo pronto es preciso cerrar con la idea de que hay que precautelar a las mujeres con el espíritu de que se produzca un cambio social, usando la legislación como base pero no únicamente la punitiva sino enfocarnos en los problemas sociales que traen consigo la violencia, y por su parte, velar por el correcto desarrollo de la niñez y adolescencia, garantizando a los niños los derechos que se les reconoce, a las mujeres una lucha justa contra el sistema patriarcal que negar que existe es negar años de lucha y reivindicación, y a las personas en general garantizarles la confianza en el sistema judicial y su principio de inocencia.

Para cerrar el tema, si el lector ha añadido géneros a cada uno de los progenitores anteriores mencionados, pues la redacción ha sido neutra, ha caído en un estereotipo de género.

1.6 De la Acción de Inconstitucionalidad

El Ecuador se (auto) define en su artículo uno “constitucional, de derechos y justicia” dentro del deber ser no debería existir norma alguna que fuere contraria a la suprema carta magna, de la cual y en sus partes dogmática y orgánica regularán e impregnarán sobre las demás leyes conexas siendo pues que todas serían acordes a la norma suprema y lejos de ser contrarias serían como un río que nace de una fuente común. Pero, como la sociedad humana

es compleja, y sus actos son varias veces hasta contradictorios, las instituciones se quedan, pero las personas que estaban dentro de ellas cambian, podemos analizar que existen mecanismos para evitar que una norma que el legislador ha sancionado como válida y ha sido introducida al mundo jurídico puede ser contraria a la carta magna.

Esto es lo que se ha denominado inconstitucional, que en palabras sencillas es que por el fondo o por forma contraviene a la Constitución de la República vulnerando, desconociendo o menoscabando derechos que ya se encuentran en la misma; de esta concepción y producto del constituyente del 2008, se ha dotado a las personas la capacidad de solicitar al alto tribunal la declaración de inconstitucionalidad. Este control lo realiza la Corte Constitucional de forma concentrada, sus salas son las únicas que pueden declarar tal figura producto de la ingeniería constitucional, claro que es más fácil usar las palabras que el legislador ha previsto en el artículo 74 sobre el control constitucional abstracto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

“El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico.”

De esta necesidad y en un ejercicio práctico de la democracia y de la participación ciudadana, podemos encontrar que la misma LOGJYCC ha regulado la acción de inconstitucionalidad al término de que:

“Art. 98.- Regla general. - La acción pública de inconstitucionalidad podrá ser propuesta por cualquier persona.

La Corte Constitucional conocerá sobre las acciones de inconstitucionalidad respecto de cualquier acto normativo de carácter general y de cualquier acto administrativo con efectos generales, de conformidad con las normas establecidas en el capítulo anterior.”

Esto ha permitido a la ciudadanía ejercer de forma democrática sus derechos de participación, para tales fines el primero de abril del año dos mil quince, Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia en calidad de accionantes, han presentado acción de inconstitucionalidad sobre los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, del 3 de enero del 2003 expedido por el entonces Honorable Congreso Nacional.

En fecha 28 de abril del año 2015 la sala de admisión de la Corte Constitucional admite a trámite y notifica tanto a la Presidencia de la República como a la Asamblea Nacional, iniciando así formalmente el proceso de inconstitucionalidad sobre la tenencia en el CONA.

Capítulo 2: La sentencia 28-15/21.

La Corte Constitucional del Ecuador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales confiadas como guardia y última palabra de la Carta Magna han expresado en fecha 24 de noviembre del 2021 la sentencia 28 - 15/21 del proceso del mismo número que ha declarado con lugar la acción de inconstitucionalidad, propuesta ante el artículo 106 numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia del año 2003 en razón de su fondo por contravenir los derechos de igualdad y no discriminación y al interés superior del niño, niña y adolescente (en este orden precisamente), ante lo cual las reglas de la tenencia, en especial aquellas que producto de su tiempo hacían hincapié en la preferencia materna para confiar al niño, niña y adolescente han sido declaradas inconstitucionales, de tal forma que de manera moduladora y “hasta que la Asamblea Nacional se encargue de regular el tema” ha generado nuevas formas de aplicar estas normas que desde ya generan una revolución en el derecho de niñez en el Ecuador.

De esta forma podemos empezar este análisis complicado por todo cuanto esta transformación y decisión acarrea hacia la sociedad ecuatoriana que se enfrenta desde hace años a problemas en cuestiones de violencia, falta de regulación de temas de tenencia vanguardistas, lucha contra la discriminación, alienación parental y necesidad de medidas afirmativas entre otras; de esta forma el trabajo de la Corte Constitucional no es nada despreciable sobre lo que podemos comprender ha sido un proceso argumentativo necesario en suma manera para transformar nuevamente el derecho, cosa que no es ajena en el CONA, mismo que en la sentencia 012 - 17 -SIN - CC ya ha sufrido una modulación en lo relativo al asunto del apremio personal en materia de deudores solidarios por pensiones alimenticias, que; aunque duramente criticado ha alcanzado hasta la actualidad a subsistir y ha demostrado si bien no ser un medio sumamente expedito, sí eficaz y permite a los progenitores deudores un derecho efectivo a la defensa de dichos temas; y aunque criticado en varias aristas y alabado en otras por no ser necesario una revisión del tema se hace mención sólo de forma ejemplificativa.

Esta mención permite dimensionar como las decisiones de la Corte Constitucional pueden encauzar de buena forma hacia prácticas que permitan un mejor uso y aplicación del derecho. Pero para lograr un dictamen de inconstitucionalidad hubo varios argumentos a considerar, tanto a favor como en contra:

2.1 Argumentos de la parte actora y contestación de la Presidencia de la República, Procuraduría General del Estado y la Asamblea Nacional en el caso 28 - 15.

Farith Simon, Daniela Salazar, Andrea Muñoz y Adriana Orellana han propuesto en fecha primero de abril del año 2015 la acción de inconstitucionalidad al tenor de dos principales argumentos:

Primero, se hace alusión a la vulneración del principio constitucional de igualdad y no discriminación con el contexto de que este encargo preferente es en sí mismo y permite perpetuar el estereotipo de género sobre “el rol de la mujer en la sociedad patriarcal” (Sic) ante lo cual se encuentra recogido el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador que manda:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

4.-Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.”

Y añade además que la norma es inconvencional, es decir, contraviene convenciones internacionales que el Ecuador ha suscrito y ratificado; de esto consignan los accionantes los artículos 1 y 24 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, que respectivamente dictan lo siguiente:

“Los estados parte de esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

Por su lado el artículo 24 establece que:

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección ante la ley”

Siendo que este es el punto de partida de la acción , vale recalcar que recogen como segundo punto crucial el que “contradice el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes” que me permito anticipar, a mi parecer debió ser la obertura de esta acción de inconstitucionalidad, como he mencionado antes, cualquier tema que contemple lo relativo a los niños, niñas y adolescentes debe y deberá iniciar por el análisis extenso sobre este principio; no en vano se encuentra consagrado en gran medida como el rector en medio de la materia y al grado de estar en tratados internacionales como la Convención sobre los

Derechos del Niño del Niño y en la Constitución de la República del Ecuador como ya he hecho mención en el capítulo I en su apartado correspondiente.

Sin embargo, esto no disminuye la calidad tampoco de los argumentos sobre el principio de igualdad y no discriminación, pero a consideración propia si el test de proporcionalidad y razonabilidad de forma estricta que debe aplicarse a la categoría sospechosa niños que ha sido discriminada e históricamente como grupo social relegado a un objeto de derecho por parte de los progenitores por no decir que es realmente reciente su incorporación a la vida política del Ecuador como actores dentro de las decisiones en lo relativo a sus derechos; podemos entonces ver que es necesario considerarlos como han establecido la sentencia 184-18-SEP-CC; sin embargo, la Corte corrige este asunto mientras desarrolla la cuestión del test sobre el grupo mujer bajo el esquema de categoría sospechosa en escrutinio reforzado en necesidad de un fin constitucional imperioso y menos gravoso que se tratará en su apartado con las profundizaciones y críticas necesarias.

Los accionantes han planteado un paradigma muy interesante, y con los conceptos que en el capítulo I he desarrollado se puede empezar la respectiva exposición y crítica que merecen:

El primer argumento recoge según los accionantes que no es la única forma mediante el test de razonabilidad de poder garantizar un fin constitucionalmente válido (Los accionantes se basan en la estructura de 3 numerales, de la idea esgrimida que estos vulneran los principios de igualdad y no discriminación y atentan contra la igualdad material y formal, han manifestado en el libelo de demanda que esta distinción debe ser:

“(i) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido

(ii) necesaria, es decir, no existe otro medio menos oneroso, en el sacrificio de derechos constitucionales, para alcanzar el fin

(iii) proporcionada, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato”

Del ejercicio de razonabilidad que los accionantes han hecho han establecido que el primer numeral no se satisface de forma correcta, pues afecta a los principios que ya mencionamos, igualdad, no discriminación, corresponsabilidad parental y el interés superior del NNA.

En el segundo análisis establecen que esta preferencia materna no es el único medio de permitirle al NNA un beneficio y cuidado de protección integral, los accionantes mencionan la necesidad de un estudio focalizado en cada caso, que a su vez permita a las personas que

regulan dicho tema el poder hacer un encargo de tenencia por medio de la satisfacción del interés superior y no sólo por la regla y condición del artículo acusado de inconstitucionalidad.

Y sobre el tercer estrado del test, se recoge que este “perpetua un estereotipo sobre las mujeres y no satisface el interés superior del NNA” esto nuevamente nos demuestra que a su consideración no alcanza una razonabilidad ni siquiera desde el inicio y debe ser, por ende, sacado del mundo jurídico.

Usan también como un fuerte argumento y a mi parecer el segundo en importancia, la necesidad de eliminar el estereotipo de género que pesa sobre las mujeres por su rol dentro de la reproducción, lo cual es después del interés superior, el que más se debe considerar para la decisión que emite este organismo; los accionantes establecen que el tener como regla la preferencia materna causa que muchas madres puedan verse privadas de la capacidad de autonomía y limitadas ante el campo laboral, como mencioné en un principio la coparentalidad nace desde la inserción de la mujer en el campo laboral de nuestros días en búsqueda de una equitativa distribución de las labores dentro del hogar, vale mencionar que se usa las normas del artículo 14 y 15 de la Convención de Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, para recalcar que se busca dividir de forma equitativa las responsabilidades frente a la crianza de los hijos en búsqueda de equidad y tratar de salir del rol de género que pesa sobre ellas.

Recogen como ejemplos ordenamientos jurídicos como España, Argentina, etc.; además de que resaltan que esta norma es del año 1860; dando por vetusta y que su existencia no está acorde a la nueva realidad que afronta la sociedad en cuanto a los temas de familia, además que señalan que los niños deberían ser escuchados dentro del presente proceso, lo cual, como he mencionado debería ser crucial para la toma decisiones de los NNA; por lo mismo como se ha recogido en el caso de Atala Riffo y niñas vs Chile se debe escuchar activamente a los NNA en temas de tenencia.

Uno de los derechos más importantes que se encuentran inmersos dentro del presente proceso y creo que si se hiciera un listado no por importancia relativa en un orden jerárquico sino de importancia horizontal en línea de atención por prioridad se encuentra el derecho a la preservación del entorno familiar, los accionantes manifiestan que “la preferencia materna cuando ambos padres son igualmente aptos, impide que el niño tenga contacto continuo con su núcleo familiar” el cual es también una problemática que el Estado debería tener a consideración en lo referente en la alienación parental y el impedimento de contacto de padres y familia paterna con hijos en algunos casos.

El primer órgano llamado en la acción de inconstitucionalidad, es aquel que emite la disposición, siendo que es la Asamblea Nacional del Ecuador otrora Honorable Congreso Nacional la que, bajo mi consideración establece en su contestación las razones que mejor nos comprueban la perpetuación de estereotipos de género en el Ecuador, para lo cual se ha establecido en su contestación y luego en audiencia, ha manifestado:

“...(E)l contexto histórico social, se ha demostrado que por motivos antropológicos, culturales, biológicos, y jurídicos, la madre responde de mejor manera al laso parental, es por aquello que el legislador estableció en la decisión, que la primera persona llamada a tener la responsabilidad de la patria potestad del menor sea la madre, entonces no existe vulneración del derecho constitucional a la igualdad formal, al contrario lo que el legislador ha buscado es tutelar de mejor manera el principio del interés superior del niño, así como sus garantías, considerando que los niños, niñas y adolescentes forman parte del grupo de atención prioritaria constitucional.”

Además que sobre la igualdad la corte ha transcrito ciertos preceptos ya emitidos de la igualdad formal y material sobre la cual se divide según ha establecido el alto tribunal constitucional dicho principio tiene tal dimensión, la formal que abarca la igualdad ante la ley ante la cual todos nos consideramos iguales y por la ley recibimos el mismo trato, y la material, misma que recoge la necesidad de un trato diferenciado basado en categorías protegidas que necesitan una línea de partida equitativa, es decir, que por las situaciones que pueden sufrir mediante acciones que permitan afirmar sus derechos y reivindicar a su persona en el conglomerado social estos puedan estén en equidad frente a las demás personas. Claro ejemplo es el artículo 11 numeral segundo de la constitución que establece las categorías prohibidas y a la par establece las categorías sospechosas por el grupo que dentro del listado históricamente ha sufrido situaciones de discriminación.

Luego de establecer este parámetro la Asamblea Nacional ha manifestado la necesidad de que este precepto se sujete a la interpretación de que es la madre la que en el Ecuador ha de precautelar mejor que nadie los derechos y el interés superior del NNA, dicha idea que sostiene no hace más que perpetuar enfoques de género en roles pre establecidos y que como sociedad queremos que se cumplan a fuerza. Su pretensión es que se declare constitucional la norma impugnada usando como base los principios del control constitucional.

La Procuraduría General del Estado ha presentado como argumentos de descargo ideas un poco más direccionadas en el ámbito jurídico a reconocer el interés superior del NNA, justificando que la norma en lo referente a la igualdad se encuentra limitada por parte del

interés superior que debe contemplarse para que la igualdad entre hombres y mujeres quede sometida al mismo.

Además menciona que la corresponsabilidad parental ha sido confundida con lo que hace referencia a los deberes de cuidado, llegando a la conclusión un poco simplista de que no se justifica, críticamente hablando se nota que lo que se menciona es más bien un tecnicismo jurídico en vez de un acto razonado para argumentar a favor de la constitucionalidad de la norma impugnada, pero hace una confusión interesante, siendo que afirma que las normas “tratan sobre la patria potestad mas no sobre la tenencia” sic ante lo cual podemos como ya vimos en el apartado correspondiente en este texto siendo el capítulo I exactamente en el apartado 1.2 y demás pertinentes, la Procuraduría recae en la confusión de que si bien en un inicio el 106 confía de forma preferente la patria potestad por encargo ante la separación de los padres, pero es el CONA que nos devuelve al mismo artículo para la reglas del encargo judicial de la tenencia del NNA como ya he mencionado es un error común, pero severamente debemos considerar que un profesional en derecho que sobre lo demás es funcionario público debería al menos haber esgrimido afirmaciones más correctas sobre el tema; al menos en un ejercicio de desarrollo lógico y consecuente solicita como pretensión una sentencia moduladora.

La Presidencia de la República a mi parecer ha tenido el correcto accionar, a través de su primeras consideraciones en el año 2015, un ejercicio correcto y argumentativo sobre las consideraciones del CONA y la acción de inconstitucionalidad ha denotado que siendo el CONA anterior a la Constitución de la República se pueden encontrar estas discordancias claramente; y su accionar fue el de allanamiento sobre la demanda, por vulnerar el interés superior que debe ser siempre el que prime sobre estos tema, pero hace una consideración relevante , menciona que sobre los dos años debería permanecer forzosamente con su madre, idea que por criterios biológicos ya ha generado una concepción teórica, es pues lógico que la lactancia materna es necesaria, y entra nuevamente en conflicto dos derechos, el de la alimentación, sano desarrollo e integridad y salud del NNA contra el derecho de la mujer sobre la autonomía de su cuerpo, que si bien no se encuentra consagrado como tal es lógico que debe permitirse a toda persona el decidir sobre su cuerpo siempre y cuando no atente contra otra persona, sin ánimo de profundizar más allá me permito aportar que si bien existe esa necesidad, no es menos cierto que las fórmulas para lactancia son suplementos médicos que permiten afrontar la incapacidad de ciertas madres ya fuere por enfermedad, por su constitución biológica y anatómica de dar de lactar al bebé, e inclusive si una madre se negare a hacerlo es pues imposible obligarla a que lo haga, porque vulnera una esfera clara del derecho y sobre todo porque puede claramente establecer bajo el test de

razonabilidad el hecho que como ya menciona el caso Atala Riffo Vs Chile “El Interés superior (del NNA) es un fin **constitucionalmente imperioso**” el resaltado me pertenece porque es sujeto de un test de razonabilidad con estándares duros como se denomina el escrutinio alto que ha establecido la Corte Constitucional del Ecuador, tema que tiene su propio apartado durante el desarrollo teórico más adelante, pero, es lógico que si bien persigue un fin constitucionalmente imperioso, no es menos cierto que hay medidas que lesionen menos los derechos a renunciar en caso de que hipotéticamente se quiera obligar a dar de lactar; por no decir, que esto si bien es biológico también constituye en sí un estereotipo de género que de perpetuarse podría afectar negativamente a las mujeres.

Pero, también es justo exponer sobre la lactancia y la salud del NNA, la OMS ha recogido que: “La mala nutrición durante las primeras etapas del ciclo de vida puede conducir a daños extensos e irreversibles en el crecimiento físico y el desarrollo del cerebro. En cambio, la buena nutrición tiene un efecto positivo. La lactancia materna es la forma óptima de alimentar a los bebés, ofreciéndoles los nutrientes que necesitan en el equilibrio adecuado, así como ofreciendo protección contra las enfermedades” (Organización Panamericana de la Salud, 2020) siendo entonces que la lactancia es de importancia para un NNA; como expone Noah Yarari en su obra Homo Sapiens: De Humanos a Dioses, en el proceso evolutivo el ser humano a relegado varias “comodidades” por así llamarlas, a modo de ejemplo el autor israelí plantea que el bebé humano es incapaz de subsistir por su suerte en su más tierna infancia, a diferencia de especies como los caballos que sus crías nacen ya con la capacidad de correr, por lo mismo y aunque suene irrisorio un niño de hasta 5 años no va a poder calentar su fórmula, colocarla en su respectivo biberón y luego consumirla, todo esto si no consideramos también los riesgos que pueden acaecer el mero acto de intentar que un niño manipule una cocina y demás.

Esto entonces puede contraponerse con lo que mencioné dos párrafos anteriormente, si bien no puede obligarse a una mujer a dar de lactar, no es menos cierto que el argumento que ha establecido Alexis Mera recobra importancia cuando se relaciona con la salud, siendo el método idóneo para que el NNA genere defensas y anticuerpos. En un Boletín el Consejo Para la Igualdad ha establecido que la lactancia durante al menos los primeros 6 meses tiene beneficios relevantes para la generación de glóbulos blancos y establecimiento de proteínas necesarias para el correcto desarrollo; por ende, debemos establecer la otra arista sobre el párrafo anterior; ¿Qué sucede con la mujer que sí desea amamantar? ¿Cómo debería esto influir sobre el confiar preferentemente la tenencia a la madre?

Primero, debemos establecer la problemática desde la arista correcta, en el caso anterior planté sobre la autonomía de la mujer con su cuerpo; pero ahora, veamos la arista de la salud del NNA, que como ya he reiterado nuevamente su interés superior se vuelve un medio constitucionalmente imperioso que debe alcanzarse en la protección de la integridad, los beneficios son claros para la salud, la leche materna coadyuva al desarrollo, permite que las proteínas y vitaminas sean suministradas por un medio seguro ya que nuestra especie a diferencia de otras ha sacrificado ciertas comodidades en su proceso evolutivo rumbo a ser el ápex de la cadena alimenticia y aun así esta posición relativa se vería comprometida frente a otros depredadores que aventajan al hombre en algunos aspectos, pero retomando la idea, como menciona el autor y antropólogo israelí Noah Yurari se han sacrificado ciertas comodidades, a modo de ejemplo la cría del caballo nace con la capacidad de correr casi inmediatamente, y el hombre en promedio le toma un año cuando es un infante el poder recién alcanzar la cuasi autonomía motriz, ya podremos en base a esta idea plantear lo irrisorio que suene que un bebé pueda procurarse por sí solo alimento suficiente y con los mismos beneficios que la leche que su madre.

Ahora, la salud es un derecho constitucional y todos debemos tener acceso a la misma y es el Estado el obligado a prestar los primeros cuidados en especial sobre los sujetos de protección especial, entonces, si la segunda premisa es que la leche materna como recoge ONU mujeres:

- Beneficios de alimenticios.
- Genera un vínculo emocional.

Siendo lo ideal que la madre desee amamantar y que el niño sea amamantado viéndose cubierto así sus derechos a la salud y a la integridad como interés superior, vale entonces la siguiente pregunta: ¿Es la lactancia materna razón suficiente para poder confiarle de forma preferente al NNA a su madre al menos hasta los 2 años? No, y lo veremos con el mismo ejercicio que se ha venido realizando.

Primero, el derecho a la salud es a riesgo de sonar reiterativo parte del interés superior que, a su vez, es un fin constitucionalmente imperioso, pero, la lactancia materna no es la única forma de precautelar este derecho, se ha hecho mención a las fórmulas de bebé como posible solución o alternativa, pero no es la única, si pensamos en un mundo equitativo no es menos cierto que existen las licencias para lactancia materna y licencias por paternidad, siendo entonces que la legislación permite a la madre un tiempo y muchas veces hasta se facultan espacios para tales fines, fuera justo pensar que deberían existir licencias por paternidad y permitirles a los padres custodios el poder reunirse con la madre no custodia para precautelar

tanto las relaciones parento filiales pues como se ha mencionado el acto de amamantar permite al NNA desarrollar emociones y sentimientos de apego con efectos en el esqueleto psicológico a beneficio además de precautelar su salud e integridad.

Normativas como la ley orgánica de incentivo a la economía violeta, donde encontramos temas interesantes como:

Artículo 25.- A continuación del artículo 154, añádase el siguiente artículo innumerado: “Art. (...). - Licencia con remuneración por el período de lactancia. - Durante los doce (12) meses posteriores al parto, la jornada laboral de la madre lactante durará seis (6) horas de conformidad con la necesidad de la beneficiaria. No obstante, la madre podrá, de común acuerdo con el padre, determinar la forma en que será gozada la licencia con remuneración por el período de lactancia, circunstancia que será oportunamente notificada antes del inicio del periodo de lactancia a sus respectivos empleadores, siendo ésta inamovible una vez que haya sido comunicada. El ente rector del trabajo, emitirá las directrices que correspondan con ocasión de esta notificación.

Las instituciones públicas o privadas que cuenten con más de 50 empleados tendrán la obligación de facilitar el servicio de cuidado para los hijos/dependientes de sus colaboradores, obligación que deberá quedar adecuadamente reglada en el Reglamento de la presente Ley.

Esto nos permite ver cómo mediante la legislación podemos encontrar cambios beneficiosos, si bien la ley citada está enfocada en la mujer, no es menos cierto que del periodo de lactancia el que más beneficio tiene es el NNA, ahora masifiquemos este pensamiento mediante el COPINNA que será tratado a profundidad en el capítulo 3 con mayor profundidad y pensemos en la posibilidad de establecer periodos de lactancia mixtos donde el padre custodio pueda acudir donde la madre no custodia y en un momento determinado y en base a las posibilidades geográficas y circunstanciales, donde podemos precautelar el derecho a la salud del NNA, las relaciones parento filiales y que esto a su vez no implique una carga preferente a la madre sino al progenitor que sea más probo para ser el encargado de su cuidado.

Retomando, la Presidencia de la República ha diferenciado dos aspectos en esta causa, la primera es que hay una contestación que a mi parecer es acertada totalmente que pertenecía a Alexis Mera; la redacción es clara y concisa además de razonada; en cambio, durante la audiencia, en la intervención de Pineda Erick vemos nuevamente un retroceso en la defensa tratando sobre “¿quién o cómo se harán las visitas de los niños?”. Puede esto deberse

conforme recoge el autor Ortíz Lemos; durante los últimos momentos de la presidencia del Eco. Rafael Correa había interés en una reforma de materia de familia, niñez y adolescencia, pero nunca se concretó ya fuere por el tiempo, o por las situaciones que acontecieron después. Queda a discreción del lector intentar determinar si los argumentos de la audiencia de Pineda deberían sobreponerse a los de Mera, los cuales a mi parecer han sido los que han considerado de mejor manera la situación en el espectro normativo.

2.2 Amicus Curiae: A favor de la inconstitucionalidad, contra la inconstitucionalidad y las consideraciones necesarias.

Un caso de esta naturaleza ha causado gran debate desde años atrás pese a la poca literatura académica que podemos reunir sobre el tema en las esferas del derecho de familia, ha sido si bien no sorpresivo por la importancia en sí del tema a tratar en la causa, sí muy llamativo la cantidad de Amicus curiae que se han propuesto, pudiendo clasificarlos de la siguiente forma para fines académicos:

Tabla 1.- Tabla de amicus curiae

A favor de la Inconstitucionalidad	En contra de la inconstitucionalidad	Consideraciones necesarias
<p>Colectivo “Coparentalidad Ecuador</p> <p>Santiago Palacios Cisneros</p> <p>Serginho Paolo Vega</p> <p>Vanessa Morejón</p> <p>Frans Serpa Larrea</p>	<p>María José Machado</p> <p>Corporación de Estudios Decide</p> <p>Voluntarias de “La Liga de la Leche Ecuador”</p> <p>Valeria Patricia Torres</p> <p>Carlos Isch</p>	<p>Andrea Irogoyen Ponce - Se declara al favor al final.</p> <p>Maria Carrión Sarzosa. - solicita la declaración de constitucionalidad.</p>

<p>Asociación Ecuatoriana "Abuelos que no pueden ver a sus nietos sede - Pichincha"</p> <p>Diego Rivadeneira Icaza, Pedro José Freire, Francisco Semblantes.</p> <p>Jaime Borja</p> <p>Galo Javier Santana Nan</p> <p>Edison Bayas Moposita</p>		
---	--	--

Si hago mención a que es un tema relevante podemos considerar como se encuentra dentro de la causa 17 amicus curiae, si hacemos con fines académicos un porcentaje encontramos que el 64,70% es decir 11 de los 17 Amicus curiae se han decantado por la inconstitucionalidad, mientras que el 33,30% ha emitido sus argumentos sobre el por qué la norma es constitucional.

Esto nos permite a su vez ver lo relevante que es para los interesados dentro de la causa de acuerdo al artículo 12 de la LOGJCC se han esgrimido varios argumentos que pueden ser considerados por la misma corte para la resolución del proceso, podemos encontrar que entre los amicus curiae relevantes en lo referente a que se acepte y declare con lugar la demanda, pero se hacen consideraciones relevantes en temas como: custodia compartida, conservar y preservar en caso de separación el contacto con el progenitor no custodio, viola la norma el

principio de la igualdad y a su vez vulnera el interés superior, además de que Coparentalidad Ecuador ha establecido la necesidad de eliminar la alienación parental y estigma por género hacia la figura paterna. Además, encuentro relevante dentro de lo que ya se ha analizado con anterioridad lo que ha establecido Morejón Obando en su *amicus curiae*, recoge desde su perspectiva una idea de que la norma es machista, y comparto su opinión cuando hace alusión a que “es una institución (la custodia monoparental preferente a la madre) que cosifica a las hijas e hijos prácticamente teniéndolos como objetos”.

Como ya he hecho mención este concepto de género no debe perpetuarse en la sociedad sobre los hijos, ellos ya han superado aquella etapa del derecho de menores, de ser sujetos como hace años al patrimonio familiar como miembros de los cuales el pater familia podía hacer uso exclusivo y decidir sobre ese infante.

Tan relevante es la custodia compartida que algunos *amicus curiae* como el de Irogoyen Ponce se ciñen en primer lugar siempre sobre el tema como la corresponsabilidad parental y la custodia compartida, haciendo alusión a que esta vía fuera la eficaz para poder alcanzar precautelar el derecho de los NNA, si bien sus argumentos son conducentes y correctos claramente hace alusión a una necesidad legislativa, misma que debería pero no posee la Corte Constitucional como tal, debería ser considerado y elevado hacia el pleno de la Asamblea Nacional en legítima representación a que se incorpore en la Comisión de Debate del Código Orgánico de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que se encuentra en pañales por darle una estancia. Pero, como esto no ha sucedido, nos encontramos ante lo que ha hecho, sus argumentos recaen en una figura que a diferencia de la custodia monoparental hace llamar “justa” sic.

Finalmente, si todos los *amicus curiae* recaen sobre la inconducencia o la falta de necesidad que tiene la preferencia materna el mundo jurídico, pues habrá métodos como la que casi todos mencionan dentro de sus alegatos, la custodia compartida puede de mejor manera aportar un fin constitucional para proteger a la mujer y a su vez permitir igualdad de relación padre-hijo.

Mencioné en el capítulo 1 que existe confusión entre la patria potestad y la tenencia, además de que se considera que la corresponsabilidad parental es igual a la custodia compartida, cosa que podemos ver dentro de cada uno de los *amicus curiae*, pero; no es menos cierto que muchos de ellos establecen pautas muy definidas de lo que podría hacerse referente al tema, sin embargo, hay algo que ninguno menciona y es una realidad latente y preocupante en el Ecuador, la violencia contra la mujer.

El amicus curiae de Machado Maria José, establece en mi opinión de forma eficaz, la mejor defensa que puede plantearse sobre el proceso, y es quien ha establecido sobre la Corte el mayor debate.

Machado parte de un principio constitucional que aunque encasilla en materia de niñez su alcance es amplio y no se ciñe exclusivamente a la materia, pues lo consagra el artículo 11 de la carta magna en el último inciso del numeral 8, la no regresividad de los derechos, este ejercicio progresivo ha sido sujeto de un constante intento por establecer a futuro que las conquistas alcanzadas por procesos sociales o culturales se mantengan a futuro, siguiendo casi la suerte de un ejercicio hegeliano en una síntesis de tesis anti puestas que generan mayor libertad, si seguimos esta analogía podemos recoger del amicus curiae lo siguiente:

Aparte del principio ya mencionado, Machado establece que debe tenerse en cuenta una perspectiva de género donde “lo masculino define lo femenino”, expresa con estadísticas que el 92% de los juicios han confiado la tenencia a la madre, y también establece la dificultad de las jefas de hogar por la pandemia COVID 19 y “por la poca o nula implicación de los hombres en el cuidado de los hijos” sic; además de establecer que en el Ecuador son 300 juicios de alimentos por día que permiten establecer unas ideas interesantes, pero considero un poco mal direccionada si nos referimos a la idea de tenencia, sin embargo establece verdades innegables del Ecuador, su sistema patriarcal, la falta de implicación en la crianza de los hijos, y la materia de alimentos que otros autores como Ortiz Lemos también han recogido en sus trabajos.

Prosigue estableciendo que está a favor de la corresponsabilidad parental y a su vez cuando lo analiza ella mismo nos da la respuesta a las otras formas constitucionales que permiten afrontar el fin constitucional imperioso con un menor sacrificio en derechos, ya que menciona los siguientes a los que está a favor como involucrar a los hombres para la crianza de los hijos, extender la licencia por paternidad y a su vez esto permitiría cerrar brechas de género siendo que establece situaciones para evitar que el trabajo de cuidado recaiga sobre las mujeres exclusivamente, pero considero que se ignora de forma perentoria que “el trato de la ley diferente no es discriminatorio sino que se basa en la realidad de los hogares” y a través de los ejemplos que ella mismo ha enumerado nos permite ver que, si no cambia la base legal que origina el trato desigual como es encargar la tenencia de forma preferente a la madre ¿De qué sirven las licencias por paternidad extendidas o a educación en cuestiones de género para establecer un involucramiento general masculino en la crianza de los hijos si, ante la falta de acuerdo en una separación de derecho nunca podrían hacer uso de estas para y con los hijos? Esta situación si bien nos permite divisar una realidad de la carga

materna que afrontan ante la separación y los patrones de género que se establecen en la sociedad ecuatoriana en lo relativo hacia los roles de crianza, no es menos cierto que si no podemos cambiar estructuralmente estas conductas nunca podremos alcanzar un cambio verdadero en el comportamiento, uno que permita la deconstrucción del sistema creado sobre los roles taxativos de hombre y mujer sobre el hijo y sus obligaciones para con él.

El argumento más relevante es el que esgrime sobre “la violencia aumenta a mayor cantidad de hijos y se recrudece en situaciones de pobreza” pues es aquí, donde se generan dos sujetos de doble protección especial, siendo una mujer víctima de violencia y un hijo niño, niña o adolescente en la misma situación de escasos recursos frente a una familia disfuncional con síntomas graves de riesgo en sus miembros más débiles. Y es aquí donde deben recogerse las principales ideas que deben tenerse a considerar, pues esta situación se correlaciona con el siguiente *amicus curiae* que he tenido presente como relevante. Vale recalcar, que es verdad que hay un vínculo de dependencia capaz de tipo económico y sumisión ante la figura proveedora del hogar que en estas situaciones a veces es quien no tiene rol dentro del hogar más bien se transforma el padre en un jefe exterior que ejerce sobre tus hijos y pareja un efecto de temor reverencial ; de este concepto vemos que existe un poco control y hasta podríamos decir autonomía de la mujer sobre su cuerpo y sus decisiones, pero, cabe recalcar que vivir una vida digna, sin violencia, con derecho al trabajo, acceso a la salud íntegra y protección especial en casos de violencia, subsistencia, derecho a la alimentación entre varios otros que de enumerar podríamos extender un trabajo aparte, son responsabilidad directa del estado ecuatoriano para con sus habitantes, y estas no se están cumpliendo frente a nosotros como ciudadanos, el reclamo aquí debe direccionarse hacia el ente superior de control estatal, la declaración universal de los derechos del hombre ha recogido en su preámbulo como concepto una idea clara, “para que el hombre no recurra al supremo recurso, el de la rebelión contra la tiranía” este enfoque podría extenderse, pero por lo pronto he expuesto que: el problema estatal de la violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar en situación de pobreza es una realidad que persiste en nuestros días y aunque sean responsabilidad del estado los derechos enumerados, no es menos cierto que fuera de la ontología es necesario la respuesta a priori a través de la legislación para estas situaciones, pero es la Corte Constitucional la que al analizar este apartado en los subsecuentes temas dilucida la temática.

Estos conceptos de María Machado son a mi parecer de peso y consideración, pues al igual que ella, la psicóloga María Poema Carrión ha dado sus “preocupaciones” y trae a la palestra una consideración interesante sobre lo que ya estableció el *amicus curiae* anterior; la mujer en situación de pobreza.

N. 202-19-JH/21 es la sentencia emitida en el proceso numerado igual, acción de hábeas corpus planteado por una madre jefa de hogar que tenía bajo su cuidado a 5 hijos, la actora se enfrentó al aparataje estatal debido a que vivía en una situación económica escasa, sus trabajos esporádicos lavando ropa y muchas veces por la bondad de quienes se encuentran en su comunidad que es de la ruralidad del cantón Azogues le permite subsistir, separada de facto de sus exparejas y persona con discapacidad del 54 % se enfrentó con las medidas del acogimiento institucional a sus 5 hijos debido al cuidado prestado dentro de sus posibilidades que pueden parecer insuficiente y ante la necesidad de precautelar a sus hijos bajo la tutela del estado, loable dentro del caso es rescatar la actuación de la defensoría pública en su representante Ana Salinas, quien acompañó a la actora en todo el proceso hasta la vuelta de sus hijos al hogar como reinserción, pero las secuelas y la reparación son clara muestra de que como igual menciona la sentencia 202-19-JH/21 “factores estructurales y a cuestiones como la condición de niñez, mujer, discapacidad y situación de pobreza que podrían agravar las vulnerabilidades”, el proceso recoge varias aristas que requieren ser consideradas dentro de la materia; como por ejemplo las situaciones de la accionante: Mujer, discapacitada intelectualmente, víctima de violencia, jefa de hogar, pobreza, etc.

El caso mencionado establece para Poema Carrión un estandarte de sus “preocupaciones” las mujeres son el 52% por ciento del trabajo mundial pero sólo el 32% de su trabajo es remunerado, además que el COVID ha generado como reconocen diversos medios situaciones de brechas entre hombres y mujeres aún mayores en el ámbito laboral y por ende, en el económico, siendo entonces que eliminar del artículo en cuestión la preferencia materna debería acarrear a los jueces un mejor ejercicio en defensa del interés superior, y que esta obligación jamás limite a un progenitor por su rango económico.

El caso 202 - 19- JP es prueba de que, aunque se brinda asesoría gratuita en varios temas, muchas veces las personas de escasos recursos como la legitimada activa en ese caso se enfrentarían al sistema judicial cuesta arriba; aquí he rescatado el accionar de la defensoría pública porque su trabajo fue completo aunque el mismo juez le ha llamado en primera instancia la atención, la defensora no dejó de lado el derecho de esta madre de escasos recursos, pero este caso sorprende porque es el cumplimiento de este deber que no se hace muchas veces, Carrión dice:

“en el país, entre las personas que viven en situación de pobreza, la mayoría son mujeres”

Adelantando un poco sobre la temática que nos llama hoy a la sentencia 28 -15, la corte ha establecido dentro de sus parámetros especial consideración como veremos más adelante

en su ejercicio de equidad para la elección del progenitor que será quien ostente la tenencia, bien hace el alto tribunal ya que lo último que se debería ver es otra Rosa (nombre de la accionante en la causa 202-19-JP), secuelas que la misma corte sintetiza en el párrafo 161 de su apartado:

“El caso seleccionado tiene la particularidad de que muchos hechos fueron ejecutados por servidoras y servidores públicos, que pertenecen a instituciones públicas, que tenían la obligación de proteger a la familia; sin embargo, las acciones y omisiones, como la ausencia de entendimiento sobre la situación de Rosa y su familia, el provocar su poca o nula participación en la toma de decisiones, la falta de coordinación interinstitucional y la ausencia de mecanismos especializados de acción en red con información cruzada para no revictimizar a la familia, especialmente a Maya, dieron como consecuencia que tanto Rosa como sus hijas e hijos, no quieran ver a más psicólogos, tengan miedo de la policía, no confíen en el sistema educativo y tampoco en el sistema de justicia. Por todo esto, Rosa y su familia desconfían y temen de las instituciones estatales.

O en palabras de Truman Capote la suerte de que “«A los ricos no los ahorcan nunca. Sólo a los pobres y sin amigos»”.

Dentro de la pobreza vemos que debe existir un correcto accionar del estado en garantía del debido proceso, acceso a la justicia, acompañamiento de víctimas, reinserción estatal, la misma Corte Constitucional ha definido a la familia como el núcleo del sistema social (esto está en la normativa), pero, a su vez, hace un llamado a que la corresponsabilidad parental es de ambos progenitores, padre y madre hace alusión pero no puede dicha idea limitarse, sino más bien expandirse ante la familia ampliada, los padres adoptivos, entre varios modelos de familia que la misma constitución reconoce y hace bien en precautelar.

La solicitud de rechazar la demanda versa en esos ejes principalmente, pero vemos que el legislador en su contestación como he mencionado se adhiere a la teoría de la doctrina de los años tiernos, por eso pensar que la acción afirmativa del encargo preferente es una idea de la ingeniería constitucional es a su vez el desconocer que el espíritu de la ley es a mi considerar machista, se adhiere a roles de género que se han impuesto por el concepto natural que tenía el ser mujer en la sociedad, pero no por eso el tratar de género debería ser ajeno a la legislación y menos cuando se suman características como el caso de Rosa.

La Corporación de Estudios Decide, y las Voluntarias de la Liga de la Leche Ecuador han establecido también su participación en la presente causa en calidad de *amicus curiae*, de los cuales han trasladado sus argumentos sobre la idea de que el encargo preferente a la

madre de los hijos es una medida afirmativa, que como ya mencioné párrafos anteriores no puede únicamente sujetarse a los hijos como objetos que permitan dichas acciones afirmativas, pero no es para nada despreciable su concepto de que esto persigue un fin constitucionalmente “válido” siendo lo correcto que como ya he mencionado en el caso Attala Riffo y niñas vs Chile ha recogido la Corte Interamericana de Derechos humanos, la protección y el interés superior de los NNA siempre debe ser un fin constitucionalmente imperioso.

La sentencia 080 - 13 - SEP - CC que se usará también más adelante ha podido establecer los parámetros de las categorías sospechosas y las categorías prohibidas, siendo las primeras inmersas en las segundas, a palabras de la misma corte por el mero hecho de “ser mujer, **niño**, portador de VIH...” (El énfasis me pertenece), estableciendo como prohibidas todas las del artículo 11 numeral 2, pero sólo aquellas que han sido discriminadas sistemática e históricamente son los que recaen en categorías sospechosas, y de estas categorías encontramos que la misma CIDH ha establecido que depende de la legislación y realidad de cada país para poder establecerlas, en la misma causa la 28-15 la Corte Constitucional hace ejemplo a los Estados Unidos, donde el racismo es sujeto de escrutinio duro, causando sujeción al antecedente histórico del país.

La corte ha desarrollado como medidas afirmativas referentes al trato diferente conceptos también en la sentencia 002-13-SEP-CC, donde recoge la idea de que la igualdad y no discriminación significa “un trato igual a situaciones idénticas” así como lo sería un trato diferenciado a actores sociales o cuyos hechos fácticos causen según lo previsto en el ordenamiento jurídico una situación que materialmente deba equiparar cargas, así la situación en nuestro país ha tenido como acciones afirmativas el dotar de puntos adicionales en concursos de oposición y méritos a aquellas personas pertenecientes a colectivos históricamente discriminados, esto es lo que la corte ha recogido como acciones afirmativas.

La sentencia 002-13-SEP-CC establece: “la discriminación es el acto de hacer una distinción o segregación que atenta contra la igualdad de oportunidades...()...la discriminación positiva o acción afirmativa se produce cuando se observa las diferencias y se favorece a un individuo o grupos de individuos de acuerdo a sus características o circunstancias sin perjudicar de ninguna manera a otros grupos...” siendo que también define que la discriminación negativa se produce cuando “se realiza **un perjuicio**, una valoración previa que contravenga las valoraciones científicas o las disposiciones legales con el afán de causar perjuicio” por ende, ya caemos en una suerte de contracción con ambas partes de los *amicus curiae*, si recogemos lo que menciona la Liga de la Leche es un perjuicio sobre el rol de género del

hombre en forma negativa cuando afirma que constituye una forma de que se cierren brechas al separarse de una pareja además con especial énfasis en las parejas cuya separación deviene de un hecho violento donde sí debe tenerse a consideración, esta minoría no puede jamás verse sujeta a medios coercitivos o que revictimicen a la persona, aquí tenemos que retomar el razonamiento de la Corte que menciona a continuación:

“se produce discriminación cuando la diferenciación de trato carece de fin objetivo y razonable” donde, es lógico que las personas víctimas de violencia deban ser sujetas de protección integral, siendo que en el caso de las mujeres en el Ecuador es alarmante y no por eso debemos cegarnos ante la realidad, pero, es objetivo también pensar que deben buscarse mecanismos que le aseguren a la víctima una vida digna, libre de violencia, al NNA sus derechos como el interés superior y derecho a mantener relaciones con ambos progenitores pues es como menciona Corte Suprema de Justicia de Colombia en la STC12085-2018 “parte del derecho a la identidad el conocer a sus ancestros” no en vano, también hay amicus curiae de organizaciones como “Abuelos que no pueden ver a sus nietos”.

Este derecho no puede verse limitado de ninguna forma, el poder mantener relaciones familiares es parte de formar una identidad, un pueblo se consolida con las historias comunes de sus antepasados, de los héroes populares, y de la familia que los envuelve, ¿Qué somos sino las historias que contamos y los recuerdos que tenemos?, esta idea que mantiene la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia nos permite dilucidar que se deben establecer los mecanismos necesarios para que, aunque haya una separación violenta o marcada por tales actos lastimeros no se puede separar al NNA de su familia, inclusive hay menciones de que si alguien ajeno al núcleo familiar, dícese un trabajador o trabajadora del hogar, un cuidador, etc. Ha establecido amistad y una relación que sea para el NNA importante, es decir, le resulte una amistad beneficiosa y con el respeto y los límites que se requieren para el caso, existe hasta la posibilidad de establecer un régimen de visitas, eso nos demuestra el especial interés que debe existir en permitirle a un NNA mantener relaciones sociales de forma extensa con quienes él desee, naturalmente siempre que no sea perjudicial para sí.

Por ende, debemos considerar fuera de los estereotipos de género este tipo de decisiones, pero tampoco desconocer que las víctimas de violencia de género deben disponer de mecanismos idóneos que precautelen su seguridad y a su vez permitan al NNA desarrollar sus derechos de forma correcta.

En este apartado he seleccionado estos amicus curiae porque son a mi parecer relevantes para entender la postura que pueden asumir las mujeres que diariamente se enfrentan al peso de los estereotipos de género establecidos en la sociedad ecuatoriana, pero a su vez, son ejemplificativos de las diversas situaciones que rodean a la adultez y a su vez envuelven a la niñez, siempre debe buscarse mecanismos idóneos que permitan al NNA un correcto desarrollo, una protección íntegra en aras de crear un ciudadano para el mundo, no sólo para el país, y esto sólo se conseguirá cuando podamos conciliar de forma el derecho con los hechos para que el NNA se desarrolle en el mejor ambiente posible.

2.3 Delimitación del problema jurídico, Test de Proporcionalidad y Niveles de escrutinio: De hombres y Mujeres.

La Corte Constitucional del Ecuador en su párrafo 118 y con base a todo lo que he analizado hasta el momento ha establecido como problemas jurídicos a tratar:

“1. - ¿Los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA son contrarios al derecho de igualdad y no discriminación y al principio de interés superior de los NNA?

2.- ¿El encargo preferente de la tenencia hacia la madre viola el principio de corresponsabilidad parental?”

El tribunal parte estableciendo como ya se ha hecho en el capítulo 1 las instituciones a tratar para luego profundizar en que la tenencia no es la patria potestad, son figuras diferentes como ya he mencionado y como han planteado varios Amicus curiae en el proceso podemos encontrarnos que varios han confundido dichas figuras; la parte relevante es establecer el derecho a la igualdad y no discriminación para este apartado, pues es la base con la que la corte parte para su análisis respectivo.

La constitución de la república como ya hemos mencionado reconoce a las y los ecuatorianos el derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón de raza, sexo, religión, etnia, etc. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Duque vs Colombia ha manifestado sobre la igualdad:

“la noción de igualdad se desprende culecamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad a de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación”

Ya se ha dicho que hay varias categorías que el constituyente a elevado al plano de protección constitucional, pero, como ya he mencionado en el apartado referente a la Liga de La Leche y su Amicus curiae, la igualdad involucra dos esferas, la formal de la cual se entiende un punto de partida común conjunto con igualdad de oportunidades, a modo de ejemplo educación gratuita, acceso a la información y otros que podríamos a priori decir se desarrollan con la normativa en reconocimiento de que todos somos iguales ante la ley y no hay distinción como podría hacerse referencia a periodos históricos anteriores, y a la vez la dimensión material de la igualdad, ésta a mi parecer es la que requiere especial atención como he mencionado en el apartado antes mencionado.

La mejor forma de ejemplificar este apartado es el mismo que ha expuesto la Corte Constitucional, un enfermo necesita medicina cuando un sano no lo hace, es entonces, que surgen las medidas afirmativas, estas medidas son formas en las cuales se busca equiparar de forma material a las personas, estas acciones afirmativas son producto de la búsqueda dentro de cada estado de alcanzar un correcto desarrollo de la persona y sus derechos en el entorno social sin las trabas que pueden plantearse, y como menciona el alto tribunal constitucional no es menos cierto que depende del contexto de cada sociedad y estado, a modo de ejemplo los grupos que señala el constituyente en el artículo 11 numeral 2 en el segundo inciso por razones de:

“etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad de cultura, estado civil, idioma, religión, filiación política, pasado judicial, condición socio económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portador de VIH, discapacidad, diferencia física, ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva...”

La sentencia 80-13-SEP-CC establece como las categorías sospechosas todas las anteriores porque dentro del estado ecuatoriano en el devenir de los acontecimientos republicanos como señala Enrique Ayala Mora en su Historia del Ecuador I y II, la vida republicana del país tiene marcados hitos, el proyecto nacional criollo, el proyecto nacional mestizo y el proyecto nacional de la diversidad; durante todas estas etapas varios actores sociales han tenido protagonismo.

A modo de ejemplo si hablamos de etnia podemos rememorar el tiempo de los huasipungos, donde se segregaba al campesinado pobre de la Sierra, al estado civil porque durante mucho tiempo hasta la jefatura suprema de Eloy Alfaro era imposible el divorcio y durante años el estereotipo de la persona divorciada ha sido signo de discriminación sistemática, si tomamos la religión el Ecuador tuvo un tiempo cuando fue consagrado al Sagrado Corazón de Jesús y

para ser ecuatoriano se debía ser católico, entre otras características que por no ser esta investigación centrada en la temática histórica no se tratarán a profundidad.

La Corte Constitucional como ya he mencionado ha sabido diferenciar entre la discriminación positiva y la discriminación negativa o con efectos negativos; ésta última es causante de un trato diferenciado sin sustento que cause en la persona o el colectivo dado el caso un detrimento en el ejercicio de sus derechos. Pero como la misma magistratura ha establecido, y yo me comprometo en reafirmar, dentro de estas categorías sospechosas hay categorías prohibidas, que son grupos que han sufrido ya históricamente actos de discriminación y éstos se encuentran ligados de tal forma al actuar social que es necesario que la legislación y las autoridades establezcan condiciones que permitan a estas personas un trato diferencial pero en beneficio del desarrollo de los derechos, citando un caso en el Ecuador podemos hablar del racismo y los estereotipos que hemos marcado hacia la comunidad indígena por su pasado histórico sujeto a la cuasi esclavitud.

Pero, estas categorías, aunque pueden coincidir por el pasado común entre algunas naciones no es menos cierto que como ha establecido la CIDH varían de acuerdo al contexto, por ejemplo, se cita que en Estados Unidos son sujetos de un examen denominado estricto los temas de “mero racismo” por el pasado esclavista de la Unión. Ahora, este preámbulo, aunque pareciera alejado del tema tiene por fin sentar la diferencia entre ambas categorías, pero vale recalcar que el principio de igualdad formal, material y no discriminación es *cogere iuris* y es uno de los pilares de la dignidad humana, y como señala la sentencia 184-18-SEP-CC “la dignidad constituye el núcleo de todos los derechos y en sí mismo es un derecho” y le dota a la misma como “la dignidad encuentra plena satisfacción en la igualdad de las personas” para este proceso complejo, el constituyente y la Constitucional han desarrollado una forma de determinar qué tipo de categoría es en la que se encuentra inmerso un individuo o un colectivo.

Las categorías sospechosas contienen a las prohibidas, y deben analizarse con un nivel de escrutinio medio, por ende, la norma se presume constitucional y a su vez, se trata como tal con una carga de prueba en quien demanda la inconstitucionalidad de tal norma con la tarea de argumentar sobre el tema y colocar a disposición del magistrado los medios probatorios necesarios para llevarlo a tal convencimiento sobre la contrariedad entre lo impugnado frente a la Constitución.

Por su parte, las categorías prohibidas como lo menciona la sentencia 080- 13-SEP-CC gozan de ciertos factores que son:

- “1.- El grupo es sujeto de discriminación
- 2.-El grupo es desventajado y ha sido sistemáticamente discriminado,
- 3.-El grupo ha sufrido – históricamente – o sufre una extensión e intensidad de discriminación en mayor grado, o,
- 4.- Los individuos del grupo han sido discriminados con base en factores inmutables que no podrían variarse con la voluntad de la persona”

Cuando hay un grupo o individuo que se recaiga en las categorías prohibidas las reglas cambian de forma sustancial en beneficio del afectado, como por ejemplo el fin constitucionalmente perseguido por la norma que causa el efecto discriminatorio no sólo debe ser válido como en el anterior, sino constitucionalmente imperioso, es decir, una media perfecta en su diseño para tales fines y sin lesionar derechos de otras personas o si lo hace que sea proporcional al beneficio que obtiene. En cuanto a la carga probatoria se invierte y por ello se presume que la norma es inconstitucional liberando a la persona de aportar razones de la misma manera que en el caso medio; esto en la teoría suena interesante sujetando al Estado a demostrar por qué la norma no es inconstitucional, pero varios tratadistas del derecho procesal sabrán que plantear una acción sin tener argumentos y medios probatorios inclusive con la inversión de la carga de la prueba es cuanto menos estéril, debido a que es lógico pensar que se debe acompañar la acción con los argumentos de mejor calidad y medios probatorios más idóneos que disponga en el momento.

Para analizar si una norma es o no constitucional se han desarrollado mediante la ingeniería constitucional el llamado Test de Proporcionalidad y Razonabilidad dentro de la jurisprudencia tanto ecuatoriana como de otros países, el origen de esta herramienta se encuentra en el derecho administrativo alemán del siglo XIX nos menciona el autor Miguel Carbonell, precisando que hace alusión a los territorios que comparten similitudes entre ellos del idioma teutón o alemán de la época, siendo éstos Prusia, Austro Hungría, etc.; y se consideraba como una forma de limitar el actuar público de una administración cuyo concepto era el de autoridad policial o derecho administrativo sancionatorio en su momento; el mismo autor nos hace alusión a que este concepto de proporcionalidad y razonabilidad ha evolucionado en el nuevo constitucionalismo y ha llegado a la realidad de diversos países de Latinoamérica, aunque ya se encontraba en las constituciones europeas de la post guerra como menciona España 1978, entre otros.

Dentro del Ecuador la Corte Constitucional emplea este test entendido de la siguiente manera con base en la sentencia 019-16-SIN-CC, en la que establece:

“constituye una guía metodológica cuya finalidad es responder a la pregunta ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato legal desigual? Para ello, en atención a los argumentos de la accionante y de las instituciones demandadas, se analizará la razonabilidad de la norma impugnada mediante las tres etapas que componen el test de razonabilidad: 1) La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento de trato desigual; 2) La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución y, 3) La razonabilidad de trato desigual, esto es la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido, es decir una relación medio-fin.”

Esto guarda concordancia con la Corte Constitucional Colombiana, que en la sentencia C - 144 – 15 ha establecido como elementos fundamentales del test los siguientes:

“a. La idoneidad o adecuación de la medida, la cual hace relación a que la intervención o la injerencia que el Estado pueda generar en la efectividad de un derecho fundamental resulte lo “suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir”. Finalidad que debe propender por un objetivo constitucionalmente legítimo o deseable y el cual debe evidenciarse como de imperiosa consecución.

b. La necesidad hace referencia a que la limitación a un derecho fundamental debe ser indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo y, que, de todos los medios existentes para su consecución, debe ser el que, en forma menos lesiva, injiera en la efectividad del derecho intervenido.

c. El test de proporcionalidad en sentido estricto, el cual permite entrar a evaluar o ponderar si la restricción a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada, resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario, ésta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior”

La similitud es plausible ya que guarda íntima relación con el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación que en palabras de la CIDH es donde reposa todo el ordenamiento jurídico estatal y sobre este principio se encuentra el derecho como núcleo y como derecho en sí mismo, de él depende el trato que se reciba y su reconocimiento dota de dignidad humana al individuo, en una analogía es como una gota de la cual surge un gran río, y no es menos cierto que el Ecuador guarda íntima relación con la hermana República de Colombia de quien muchas veces se hace alusión en su desarrollo jurisprudencial.

Como mencioné al hablar de las categorías sospechosas, debemos entonces entender que se ha expuesto un escrutinio débil o medio en los párrafos anteriores, pero la Corte

Constitucional en la 28-15/21 IN ha establecido como su labor el someter a un escrutinio estricto en lo referente a la mujer, debido a que, en los estudios de género ha sido relegada históricamente por su rol de género en la sociedad por los constructos machistas que imperan en la conducta humana, de tal forma que como establece Celia Amoros puede considerarse que la mujer debe reivindicarse históricamente y lo ha venido haciendo en organizarse y expresarse políticamente, pero eso no quita que la violencia estructural y los micro y macro machismos que aún tenemos presentes como sociedad, considerando tales fines y que la categoría género es una categoría sospechosa, la corte ha considerado que la mujer como categoría de género requiere usar las reglas del escrutinio estricto para tales fines, debe considerarse no sólo al fin constitucional como válido, sino como imperioso, y que la medida sea “perfectamente diseñada” (Sentencia 1290-18-EP/21). Con esto establecido, la corte considera si esta regla que hace la suposición sobre la capacidad de la mujer por naturaleza de ser cuidadora idónea del NNA realmente:

- Coadyuva a que el NNA mantenga relación con su madre, y “**presuntamente**” beneficia al principio del interés superior y permite a la mujer ejercer de mejor manera su derecho a la autonomía.
- Beneficia a agilizar el proceso judicial sobre la tenencia.

El segundo de estos puntos lo expongo, pero no podría jamás considerarse una forma realista de argumentar sobre un NNA, eso nos permite ver como algunas personas aún remiten al NNA a un objeto que puede agilizarse en el trámite judicial cuando lo idóneo siempre será que sea él el principal favorecido independientemente de cuyo progenitor sea el que sea electo como el custodio para tales fines cuando la corte CIDH ha establecido que debe haber un análisis caso por caso.

2.4 Análisis de los argumentos la Corte Constitucional y de los argumentos para aceptar la Acción Pública de Inconstitucionalidad.

Cuando la corte parte de su análisis primero en la categoría prohibida mujer, el primer punto es determinar si el fin es constitucionalmente imperioso y la regla establecida tiene un fundamento válido para su existencia en el mundo jurídico, cosa que, la corte al iniciar el análisis nota que no cumple pues este encargo como ya se ha mencionado se lo hace a la mujer por el hecho de serlo, es decir, no hay una verdadera protección que se extienda hacia el NNA, por lo mismo, al no tener sustento más que en el hecho ipso natura de nacer mujer ya nos encontramos frente a uno de los roles de género; pero la corte toma la posición correcta al momento que establecen que el interés del NNA en la causa no tiene protección como manda tal principio y menos toma en cuenta los derechos conexos del NNA en esta

situación como lo son y menciona la alta magistratura: “opinión, identidad, familia y convivencia familiar” además de que esto puede relegar en la causa los intereses de los NNA quedando por debajo del de los progenitores y, lógicamente llegamos a la conclusión de que al no poder superar el primer paso del test y su presunción de inconstitucionalidad la norma puede fácilmente declararse inconstitucional a este punto.

En Ecuador es común que, aunque una causal sea suficiente se acostumbra a analizar todo lo demás con los llamados fines argumentativos, que si bien son cuasi pedagógicos para quienes buscan la jurisprudencia no es menos cierto que a mi parecer el proceder colombiano realmente hace honor al derecho a la celeridad y economía procesal, pero independientemente de este proceder la corte ha creído exponer la relación sobre los hombres en el escrutinio de esta norma.

De igual forma al intentar considerar que la norma nuevamente no supera el tener un fin constitucionalmente legítimo, porque versa sobre estereotipos de género, que ya han sido expuestos en párrafos anteriores, lo que sorprende es que se puede contemplar con una nueva visión de la corte en lo referente a éstos, ya que si bien muchas veces se entiende que afectan a la mujer en exclusividad no es menos cierto que generan de igual forma concepciones erróneas sobre la masculinidad y el rol del hombre.

La idea del hogar y la mujer debe considerarse como un tema de violencia estructural pues si el individuo tiene un plan de vida diferente al de la vida del hogar el prohibirle desarrollarse personal o profesionalmente ya debe considerarse como violencia de género. Los seres humanos somos diversos, cada uno tiene formas que considera para su vida o, mejor dicho, cada persona desarrolla un plan respecto a su autonomía sin transgredir derechos ajenos, pero, la corte establece que este estereotipo afecta al hombre que se le ve como un proveedor de la familia que debe enfocarse en la economía del hogar y brindar protección, pero jamás verse relacionado de ninguna manera con la formación del NNA.

Y sobre la lactancia la corte considera que al verse adherida en la idea de la doctrina de los años tiernos que ya hemos visto dentro del capítulo 1, nuevamente recae en que la madre naturalmente puede ser la más idónea, pero, como se ha demostrado en varios estados de Estados Unidos ha sido declarado inconstitucional, cita la corte casos como Alabama, Connecticut.

Dentro del análisis me gustaría resaltar el apartado sobre “la autonomía de la mujer por razones económicas y sociales, más aún tomando en cuenta que la situación de desigualdad existente en la sociedad” sobre el cual se propone como solución la preferencia materna. Este

fin, el de precautelar a la mujer en su autonomía es constitucionalmente válido evidentemente, como he mencionado desconocer a la mujer en la historia es desconocer la historia del género humano, olvidar a las y los mártires del tiempo, y en el caso femenino varias han sido relegadas e intentadas borrar de la historia; pero, siendo que el fin es válido, no es menos cierto que hay formas como crear espacios de oportunidad, redes de apoyo, entre otras que menciona la corte, y como es un deber de quien escribe, hago el llamado de que debe modificarse la inversión pública enfocarse en la salud mental de la ciudadanía y sobre ella construir una sociedad que pueda ser autosuficiente en sus individuos con respeto a las diversas diferencias que nos hacen conexos, el género humano es uno y no hay más individuos del género homo (especie sapiens) con quienes podamos relacionarnos. Al existir otras formas que permitan el empoderamiento femenino el segundo punto del test no puede ser superado.

Rescato que la Corte usa la misma Convención para la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer para ilustrarnos sobre este apartado, pues en ella en el artículo 1 el estado debe comprometerse a “asegurar condiciones de igualdad entre hombres y mujeres”, “...los mismos derechos y responsabilidades como progenitores” pero, hay que recalcar que en el mismo literal D sienta lo siguiente:

“en todos los casos, los intereses de los hijos serán consideración primordial”

La negrita, cursiva y subrayado son parte del énfasis que realiza la magistratura, en el original no se encuentran. Esto ha llevado a que sea el interés del NNA el que guie el proceso, independientemente del sexo de los progenitores. Incluso la misma corte propone formas de tenencia alternas que faciliten el ejercicio conjunto y el cuidado de los derechos del NNA, expone por ejemplo la tenencia compartida como medio idóneo para quienes puedan mediante sus posibilidades materializarla.

Me encuentro de acuerdo en lo planteado, pero, si me permito añadir un comentario personal; deberíamos siempre enfocar el tema en la niñez, el juez conoce el derecho y aunque la acción haya sido planteada al tenor de principio de igualdad y no discriminación sobre el del interés superior casi sufriendo una suerte de subsidiariedad, la alta magistratura podría haberse permitido iniciar con el análisis del interés superior NNA que hasta este punto una vez habiendo terminado los escrutinios ha sido mencionado.

Al referirse al sí hay una violación al interés superior, la Corte expone que es verdad que sí, pues como ya mencionamos en párrafos anteriores, el tener que cargar al padre de la prueba de desnaturalizar a la madre puede generar que se agraven los contextos de violencia de

género, esto a su vez repercute en las acciones que tomen los progenitores para con el otro con el fin de poder cumplir con la prueba necesaria o confundir sus intereses personales con los del menor en la causa. Por no decir que viola el derecho a la opinión, identidad, derecho a mantener relaciones familiares, etc.

En lo referente a la corresponsabilidad parental se expone que tiene relación con el principio del interés superior obviamente, pero, cuando hace el análisis de la norma impugnada, podemos ver que se señala que al no contemplar más que la preferencia a la madre en caso de no tener acuerdo, es obvio que podemos encontrarnos frente a una violación a la corresponsabilidad parental.

Como he mencionado los casos de violencia de género en Ecuador son alarmantes, pero, cuando la magistratura expone el tema tiene sentido pensar, ¿entonces qué debemos hacer con las situaciones donde el agresor usa el régimen de visitas con la víctima? El organismo plantea el caso y expone que es tarea del estado mediante las políticas públicas y autoridades especializadas el formar a su personal para tales casos y en la medida del contexto social redoblar esfuerzos en aras de prevenir esta conducta delictiva.

Abriendo un espacio de comentario personal considero que este argumento requiere mayor cuidado y trato por parte de todas las personas involucradas. La violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar generan 3 posibilidades comunes y 2 atípicas que siendo de mi consideración expongo a continuación.

Las 3 primeras son cuando identificamos quién es la víctima, surgiendo la posibilidad de que sea:

- Mujer o quien se identifique como tal. - Esto implica que la madre es víctima de una pareja violenta que ejerce sobre ella cualquier tipo de las que ya se han mencionado en el capítulo I en su apartado correspondiente. En este caso, debe primero no revictimizar a la persona, luego una vez establecida la responsabilidad **con la debida diligencia** del caso tomar las medidas necesarias, pero esto no es motivo para cortar la relación parento filiar del agresor con el NNA si este no representa ningún peligro para el mismo, es decir, si el progenitor agresor luego de las respectivas pericias correspondientes es declarado apto puede permitírsele visitas al NNA pero no en el entorno de la víctima sino en un ambiente externo, siendo que, en las recomendaciones expondré un posible adendum al COPINNA que puede servir, es posible que la DINASED pueda mediar como quienes controlen la situación respetando las medidas que se hayan tomado en el caso.

- NNA como víctima. – Cuando hay situaciones de maltrato contra el NNA es lógico que no podría jamás permitírsele al agresor el acercarse, esto representa una clara necesidad de protegerlo frente al agresor de forma inmediata. Puede intentarse mejorar a futuro, pero deberían ser las autoridades judiciales quienes escuchen al NNA si es su deseo retomar la relación con su progenitor o no, y los peritos especializados si el progenitor ya no representa un riesgo para el NNA y aun así seguir pasos de inserción y contacto en entornos controlados.
- NNA y mujer o quien se identifique como tal son víctimas. – Aquí es donde debe separarse totalmente al agresor de las víctimas, no es posible la reinserción o mantener relaciones parento filiales en este caso. Puede intentarse mejorar a futuro, pero deberían ser las autoridades judiciales quienes escuchen al NNA si es su deseo retomar la relación con su progenitor o no y aun así nuevamente ser los peritos especializados quienes establezcan si es apto o no y ser un ambiente controlado.

Como atípicas encontramos la otra arista del problema, cuando el núcleo familiar se extiende al hombre:

- Hombre o quien se identifique como tal víctima de violencia. - El tema es casi desconocido, el INEC no ha levantado datos hasta el momento de cuántos hombres pueden haber sido víctimas de violencia, Ortiz Lemos recoge por su parte estudios de otros países donde se reúne que casi el 43% de hombres ingleses han sufrido algún tipo de violencia. En este caso la obra de Ortiz Lemos toma importancia porque es casi un tabú social o mejor dicho un estereotipo de género; hay casos que relatan en “Cuando nos volvamos a encontrar” sobre como las instituciones dedicadas a brindar asesoría jurídica se han lavado las manos cuando la víctima es hombre. Personalmente durante las prácticas pre profesionales las palabras quien fue en ese momento la directora del Consultorio Jurídico Gratuito Gerardo Cordero y León; Dra. Susana Cárdenas son constantes en la mente que hoy puedo reproducir sobre que todos merecen una defensa, es un derecho constitucional y nos permitía ayudar a hombres que necesitaban patrocinio y no disponían de los recursos para uno, y como ella debe haber muchas personas que creen en la justicia, pero debemos afrontar la realidad y muchas veces es más fácil el negarse a ayudar que extender la mano. En este caso lo ideal fuera que el progenitor custodio pueda así mismo no tener contacto con la agresora, quien deberá ser evaluada por los peritos correspondientes sobre si representa un riesgo para el NNA o no y las visitas en un ambiente controlado.

- NNA como víctima de alienación parental. – En nuestra legislación no se encuentra la alienación parental como delito, el cual constituye una forma de adoctrinamiento del NNA en la cual se separa mediante comentarios, mentiras y deformaciones a la verdad que resquebrajan la relación al progenitor no custodio del NNA. En Ecuador no hay estudios ni se han levantado datos sobre este tema que debería llamarnos la atención porque constituye un mal trato hacia el NNA y deberían tomarse en cuenta pues afecta negativamente al individuo.

En los casos mencionados cuando no se ha requerido recalcar género se ha usado redacción neutra.

Luego de considerar a la violencia sobre las mujeres y mencionar que deben tomarse medidas adecuadas para tales efectos como lo menciona la CEDAW la corte hace un pase ligero mencionando las bases normativas y la gratuidad del servicio para las mujeres involucradas en el tema. Cosa que critico severamente, por su lado, en el voto salvado las doctoras Nuques y Corral profundizan en el tema que veremos subsecuentemente.

Finalmente, luego de lo expuesto es lógico concluir que la Corte Constitucional ha declarado inconstitucional a la normativa impugnada, eliminándola del mundo jurídico y con efectos a lo venidero ordenando a la Defensoría del Pueblo para preparar los parámetros que deberían seguirse y a la Asamblea Nacional que será la encargada mediante el Código Orgánico de Protección Integral de Niñas, niños y adolescentes con parámetros que veremos en el capítulo 3.

2.5 Voto Concurrente de Ramiro Ávila Santamaría

El juez constitucional Ramiro Ávila Santamaría ha establecido en su voto concurrente algo interesante acerca de 3 argumentos que ya he analizado, en el primero nos habla acerca de que la realidad ecuatoriana hace que muchas madres sean quienes tienen a cargo a su hijo, pero como él mismo menciona, que este haya sido la forma en que algo se desarrolló no implica que deba ser perpetuo en la historia y el litigio donde la mujer tiene mucho que perder, pero a su vez reconoce que hay acciones afirmativas como el acceso gratuito a la justicia, el poder contar con el aparato estatal para cumplir con el mandato constitucional de una vida sin violencia y la obligación del estado frente a ella.

El derecho debe ser transformador, bajo este precepto establece que el litigio acarrea problemas al padre para demostrar que la madre era desnaturalizada, cuestión que como ya mencioné era exponer las peores razones por las que la madre no debía cuidar al NNA

cuando lo correcto debía ser mirar por el interés del NNA. Menciona que espera que ahora la carga de la prueba gire en torno a la idea de los aspectos positivos, que se busque al progenitor que como menciona el pleno de la corte tenga la mejor disponibilidad emocional y pueda saciar de forma correcta estas necesidades del NNA.

Cuando habla de la acción afirmativa que se consideraba en un principio nos deja una reflexión interesante, cuando la mujer ya ha sido víctima de varios actos discriminatorios por su cuestión de género relegándola al hogar y al cuidado de los niños, ¿podemos llamar acción afirmativa a “darle más de lo mismo”? Es correcto pensar que debe dotársele de los instrumentos necesarios que le permitan en el sistema patriarcal poder despuntar por las características que ella considere de sí misma relevantes y desee explotarlas y no sobre las que como sociedad querríamos imponerles, pero como menciona el Dr. Santamaría sí es algo contradictorio el hecho de que querríamos cambiar un paradigma repitiendo el patrón histórico, es de necios hacer lo mismo varias veces esperando que el resultado cambie decía Albert Einstein.

Sobre género nos menciona que esta idea busca que el hombre se involucre en lo privado compartiendo el rol que fue una vez de las mujeres en el hogar y ahora existe la posibilidad de que se busquen formas de coparentalidad siempre en beneficio del NNA, contemplando las razones suficientes y los motivos correctos para que el interés superior del NNA se vea satisfecho y que se escuche en primera instancia al NNA.

2.6 Voto Salvado: Teresa Nuques y Carmen Corral.

Las juezas Nuques y Corral nos proponen en el voto salvado una forma de ver con la discriminación estructural en primer lugar, de la cual hacen especial énfasis en que no se ha superado el test de igualdad y se ha confundido la categoría hombre – padre, y mujer – madre; sobre todo también establecen que el contexto de violencia puede verse agravado de forma seria en estos casos.

Establecen como varios *amicus curiae* la violencia de género y la acción afirmativa, pero esto ya lo hemos mencionado por ende retomarlo sería redundar en la explicación pero no por eso pierde importancia, exponen de manera simplificada la idea de que la violencia de género se extiende hasta los hijos, y aquí es donde hay una diferencia; si hablamos de esta idea de preferencia materna como un concepto de acción afirmativa para los NNA entonces tenemos la posibilidad de usando la clasificación que he mencionado antes establecer una excepción a la regla donde prime el interés superior del NNA, pero las dificultades son complejas, a modo de ejemplo, el pensar que el hombre siempre es el agresor ya trae consigo un

estereotipo de género, y a su vez no nos asegura que entonces se haga mal uso del sistema judicial causando que las verdaderas situaciones de protección se vean retrasadas por otras usadas como medios disuasorios entre progenitores.

Cuando hacen mención a la dependencia económica en el párrafo 32 en su voto salvado llama la atención que se habla del impago de pensiones alimenticias como dependencia económica de la mujer, cuando se sabe que este derecho es para los NNA y de ellos y la madre es quien los representa en el sistema judicial, por ende hablar de dependencia económica sería encausar a la madre en una situación de depender de su ex pareja económicamente con lo que recibe para su hijo, cosa que si analizamos el contexto hace referencia a la situación de muchas mujeres que deben subsistir con menos del dinero básico. También exponen el hecho de que si la madre es quien debe aportar el dinero de la pensión ella podría verse ante el recorte de las visitas de forma arbitraria, cuando el CONA es claro cuando manifiesta que el impago de pensiones alimenticias no limita de ninguna manera el derecho de visitas.

Considero que es crucial leer este voto salvado porque permite ver la visión de las juezas en la causa, y aunque no se esté de acuerdo, es correcto reconocer que menciona problemas que, aunque la Corte Constitucional afirma pueden palearse con las obligaciones del estado no es menos cierto que debe siempre tener vigilancia para evitar que la desigualdad de género cause daños irreversibles. Pero las palabras del Dr. Santamaría son cruciales, siempre que se haya cometido un error se puede solucionar mediante los medios propuestos por la normativa vigente, pero cabe recalcar que el estado y el derecho no pueden ser considerados tubos de ensayo, sino siempre intentar elegir las opciones que protejan de mejor forma los derechos.

Capítulo 3: Críticas a la sentencia

Durante el recorrido que se ha realizado en los apartados anteriores el lector puede tener presente algo, hay varias secciones durante las cuales se ha establecido puntos cruciales para tratar la sentencia emitida por el órgano constitucional, pero siempre se ha dejado por sentado que hay varios puntos que pueden mejorar dentro de la técnica constitucional con beneficio directo a los derechos de los NNA, en este apartado se tratarán aquellos que a mi consideración podemos tratar con mejor profundidad a fin de que se establezcan mejores pautas que nos permitan superar la etapa de la niñez y adolescencia como objetos o sujetos a situaciones irregulares que en su biopolítica para darles el espacio merecido en la sociedad.

Esto en ningún motivo busca establecer que lo actuado se pueda tildar de insuficiente o innecesario, pero sí, como mejorable en ciertos aspectos.

3.1 La falta de interés superior del NNA como principal motivo de la acción de inconstitucionalidad.

Durante el capítulo 1 se ha expuesto que el interés superior como principio dentro de la materia de niñez y adolescencia es un principio rector de las decisiones a tomar, como tal es un concepto indefinido que establece una protección en los derechos relativos a la integridad del NNA en todas sus aristas y uno relativo al patrimonio y la representación que se hace de éste por parte de los progenitores capaces ante la ley además de obligar a las autoridades a que sus decisiones se adapten al mismo. Durante nuestro recorrido hemos citado jurisprudencia que vincula en especial manera a los derechos conexos a la niñez, a modo de ejemplo la sentencia 184-18-SIN de la Corte Constitucional ha establecido que a la niñez le es conexo el derecho de:

“..(l)dentidad, nombre y apellidos, nacionalidad”

Porque de estos vínculos jurídicos que podemos denominar primarios pues son los que la persona obtiene casi al nacer o mejor dicho se consagran casi en primer lugar pues de la nacionalidad como ecuatorianos emana la filiación a la normativa del país y por lo mismo sujeta al individuo a la capacidad de ejercer la coraza jurídica que lo protege; si bien se prohíben los apátridas por normativa expresa de índole internacional como lo es la declaración de los derechos del hombre (que naturalmente y fuera irrisorio considerar que no, incluye a las mujeres) no es menos cierto que hay casos donde incumplir estos deberes puede separar al individuo de estas protecciones primarias a falta de mejor término, ejemplo es la sentencia antes recurrida sobre una niña de una familia homoparental que nacida en el Ecuador se le negó la inscripción en el Registro Civil el nombre de sus dos madres exigiendo el reconocimiento del padre biológico, el proceso mencionado es ejemplo, obligó a las madres a recurrir de emergencia a un visado inglés para la niña; es claro que aquí hay una falta de aplicar el interés superior del NNA que si bien no es homónimo a nuestra sentencia sí establece derechos conexos al NNA cuando nace y los que son necesarios para el reconocimiento de la filiación jurídica a un estado.

Establecido y dado por sentado es menester analizar que, la acción pública de sobre la inconstitucionalidad de la preferencia materna encuentra en el acto de proposición el siguiente orden que atenta contra los principios constitucionales de:

- Igualdad y no discriminación
- Corresponsabilidad parental
- Interés Superior.

Durante todo el trabajo he mencionado que existe la necesidad de priorizar a los NNA cuando los temas a tratar son relativos a ellos, como establece el juez constitucional Ramiro Ávila en su voto salvado no debería volverse una lucha de géneros los tribunales constitucionales, sino ser sitios donde el derecho fundamental pueda a través de la jurisprudencia encontrar el cauce para su desarrollo. Dentro de la idea de que la tenencia es una institución que legalmente solo corresponde a los progenitores eso nunca debería divorciarse de que a su vez debe ser quien mejor satisfaga las necesidades emocionales del NNA y sea presente y beneficioso para su crianza. Sentado eso de base, a mi parecer el orden correcto de principios invocados debía ser:

- Interés Superior
- Corresponsabilidad parental
- Igualdad y no discriminación

La importancia radica en que, a ser la niñez y adolescencia como hemos mencionado y se ha recogido en los casos como Atala Riffo vs Chile, Ramírez Escobar vs Guatemala; entre otros; es necesario que se considere como primer temario a tratar el principio de la niñez per se, de no superar este test todo lo demás es ya innecesario (salvo fines argumentativos) profundizar en el tema, pues al ser un fin constitucionalmente imperioso y la medida como ha establecido la corte no debe ser idónea, sino perfectamente diseñada para la materia ya nos permitiría saber que se enfoca en niñez.

En segundo lugar, la corresponsabilidad parental se encuentra en un sitio correcto, considerar que se encuentra relacionado la paternidad y el cuidado con el NNA de forma directa, cuando se establece la correlación en una secuencia lógica, este principio se encuentra interrelacionado con el interés superior y a su vez es la consecuencia lógica de pensar en la separación de progenitores pues, aunque no comparta espacio con uno u otro ambos tienen obligaciones para con él. Podemos considerarlas como ya se ha establecido dentro del espectro del interés superior pero también podemos expresarlo con los cuidados necesarios que se prestan fuera de las obligaciones representativas y las de cuidado siendo precisos podemos remitirnos al espectro del esqueleto psicológico como lo es tener un progenitor presente en la crianza y que aporte al NNA el apoyo emocional necesario que se requiere por persona.

Finalmente, debería considerarse la igualdad y no discriminación, porque si bien es un tema de análisis, el hecho de que como menciona Ramiro Ávila este derecho transformador en búsqueda de encontrar un espacio donde se desarrollen las personas con autonomía o encontrar formas de que las mujeres se reivindicuen, puede a su vez verse mal entendida como una guerra entre géneros cuando el enfoque no es ese, sino más bien considerarlo como un cambio positivo en la sociedad para que se pueda encontrar un correcto desenvolvimiento de las personas.

La Corte Constitucional ha hecho el análisis conforme se ha presentado los argumentos pues es lo que corresponde, es decir, siguiendo lo que el acto de proposición ha expuesto en el orden que fue propuesto, sin embargo, al iniciar el análisis considero que la mejor forma de hacer cumplir el principio constitucional del interés superior es dándole la relevancia que tiene. La Corte ha establecido este principio rector en varias ocasiones, pero no es menos cierto que sigue la suerte de subsidiariedad en este caso, y necio es creer que el hecho de relegarlo a un segundo plano permite contemplar de mejor manera la problemática sobre la tenencia o la corresponsabilidad.

Por su parte se nota que la mayor preocupación de quienes se oponen, es asegurar un espacio seguro a las víctimas de violencia de género, sin embargo la corte hace un trabajo excelente al analizar que este fin constitucionalmente imperioso no puede sostenerse únicamente con la tenencia materna, el argumento del doctor Santamaría sobre los conceptos del género y la capacidad de la mujer cuando alcanza autonomía al separarla del cuidado de los hijos encargado de forma preferente, pero no menos cierto que debería contemplarse la esfera de que debe encontrarse al progenitor cuya capacidad de satisfacción emocional y ser un ente presente en la vida del NNA, este concepto debe priorizarse sobre la idea de que la sentencia reduce una guerra de géneros sino busca un cambio que permita a ambos progenitores y al NNA una dinámica en calidad para éste último.

El análisis de la violencia de género en este caso es especialmente relevante y se lo compagina con datos actualizados, eso establece que la problemática social se encuentra presente en el Ecuador y que tiene importante relevancia en el contexto social. Pero también la corte establece el nivel de interés superior como principio rector, además de recoger la misma Convención de eliminación de violencia contra la mujer en su articulado pertinente donde coloca al NNA como primordial sujeto de protección. Con esta base es válido analizar lo propuesto por las juezas en su voto salvado; p si bien exponen las razones por las cuales consideran a la tenencia como única forma de protección para las mujeres que se han separado en situaciones violentas, la corte no especifica más allá de catalogarlas en políticas

públicas, pero no profundiza en el tipo de políticas que podrían socializarse ante el cambio de la tenencia, lo cual aunque deja camino libre a que el ingenio estatal acompañado de las recomendaciones de la CEDAW, pero también deja en claro que el problema se encuentra presente en el Ecuador y que los medios para combatirlo deben no sólo redoblar sino emplearse a fondo con conocimiento de causa enfocados y acoplados a la realidad nacional.

3.2 Parámetros para evaluar, caso por caso, el encargo de la tenencia de los NNA.

Varios organismos entre ellos la misma CIDH han establecido como regla fundamental el análisis caso por caso, esto en aras de no mecanizar la aplicación jurisdiccional y permitirle a la autoridad encargada el realizar un examen de cada caso para la correcta aplicación del interés superior la Corte Constitucional a sabiendas que al dejar sin la regla anterior de la preferencia materna puede dejar abierto el camino a la arbitrariedad, y considerando todo lo que se ha mencionado con anterioridad se ha establecido algunos criterios a considerar como la nueva regla en lo referente a la institución de la tenencia en lo que el poder legislativo se encargaba de realiza el debate respectivo al nuevo cuerpo normativo que iba a reglar en la materia de niñez y adolescencia, todo esto claro antes de la disolución.

Ha establecido como cosas a considerar partiendo de la idea de que no puede bajo ninguna circunstancia confiarse la tenencia del NNA en base a la situación económica ni a la condición de género. En estos apartados es un punto de partida sólido que establece la base por la cual debe considerarse al NNA fuera de la esfera tanto de la dependencia económica como de la relación género – cuidado que hemos desarrollado como sociedad. Considero correcto sentar esta base, dota a las personas que mediante sus *amicus curiae* han expuesto como preocupaciones sobre la situación de la pobreza en las mujeres en el Ecuador.

Esta idea permite que casos como el de la sentencia 202-19-JH/21 no se repliquen en el contexto socio económico, pues no es menos cierto que puede malamente confundirse la capacidad económica de uno de los progenitores, bien es conocido que dentro del espectro de la crianza infantil y responsable no es necesario ser un progenitor complaciente en el espectro económico y entrega de bienes materiales como juguetes, pues esto crea en el NNA falsas expectativas sobre la vida. Además, que ahora la estabilidad laboral ligada íntimamente con las posibilidades económicas no permitirá que se produzcan situaciones como las que Carolina Northon intentó en su momento evitar con la doctrina de los años tiernos en su lucha contra el machismo en su tiempo.

Este punto de partida sienta una base sólida para lo que viene después:

Escuchar al NNA. - El primer punto que el tribunal ha destacado es que se tome en consideración la opinión del NNA, así como extender esta importancia a lo que siente y piensa haciendo gala de que el derecho a ser escuchados esté presente en las decisiones que naturalmente, deberán considerar la edad de quien las expone y el grado de madurez que tiene. Aquí como se mencionará a profundidad en el siguiente apartado podemos encontrar un avance significativo al extender la idea al fuero emocional del NNA, de esta extensión y al colocar en primer lugar la idea de ser escuchado podemos diferenciar la anterior etapa de dejarlo sujeto a la aplicación subjuntiva de una norma, aunque esto ya se ha enunciado antes podemos entender que ahora con todo lo que ha expuesto la Corte Constitucional, este apartado busca dejar atrás el concepto de mero espectador dentro del proceso para dotarle o mejor dicho, volver a investirle de los derechos que ya goza el NNA.

Perfil del Cuidador. - Como perfil del cuidador idóneo para el NNA se debe buscar a quien sea sensible y emocionalmente disponible, es decir, presente en la crianza y con la capacidad emocional de poder ser a su vez soporte para el NNA en su desarrollo; esto toma fuerza para moldear el esqueleto psicológico y disponer para él de cuidados necesarios, específicamente se ve que la corte se enfoca en necesidades:

- Físicas.
- Emocionales
- Educativas

Cosa que no es de extrañar pues son los principales espectros de lo que realiza un NNA en su rutina diaria, pero esquematizados con referencia en el nivel que se consideran correlacionados y dependientes, pues de nada vale la integridad física si la emocional se encuentra destrozada, cosa que repercute directamente en el nivel académico. Claro que, deben comprenderse todos como parte del desarrollo integral de la niñez y adolescencia más que como un deber de cuidado; porque generar una norma que se ciña específicamente a este apartado en calidad de regla de aplicación a rajatabla ya que hay diferentes tipos de familias con diferentes necesidades, verbo gracia es el campesinado de la serranía donde podemos encontrar familias que se encuentran enfocadas en el cuidado de ganado y la agricultura, una situación donde deberá extenderse el interés superior y escuchar al niño o adolescente dentro del marco de su edad en lo que considera que lo realiza en su desarrollo integral, claro es también, que estas situaciones comprometieran la salud del NNA se debería ordenar el cese inmediato de las mismas; pero ¿y si el NNA no quiere?, aquí es donde sitúa la razón del párrafo, la corte establece un cuidador que se encuentre pendiente de estas necesidades pero no establece una camisa de fuerza que implique el negarle al NNA el

desarrollo personal y alejarlo de la familia que por sus situaciones requiere actividades de este tipo.

Debemos separar de la negligencia y el maltrato claro está, de la forma de vida de una familia, a modo de ejemplo, un enfermo de neumonía no puede hacer actividad física extendida ni tampoco someter su cuerpo a bajas temperaturas, en este caso, es negligencia permitir que el paciente salga a realizar actividades en clima frío. Pero cuando el NNA padece enfermedades que no atentan contra su vida ni son de cuidado supremo como bien puede ser una de común padecimiento en la serranía ecuatoriana por la situación climática, dícese rinitis alérgica o parecidos donde al salir al frío puede provocar que se desencadene la reacción, no debe la autoridad judicial tomar la decisión ni castigar al progenitor que depende de este ingreso económico pues sería discriminar económica y laboralmente a dicho progenitor, debe entonces, escuchar al NNA quien expondrá su opinión y con esta, extender el principio de interés superior asegurando encontrar una decisión que beneficie a la integridad, a la salud y al NNA en su derecho a ser escuchado.

Este ejemplo anterior refleja situaciones familiares que no son ajenas al Ecuador actual; negar la existencia de familias en esta situación es negar una realidad nacional, y todos los casos que se encuentran en la misma situación deben partir de un análisis similar, el interés superior, las posibles soluciones y no caer en la negligencia o maltrato que puedan colocar en peligro la vida; ejemplificando, la neumonía requiere de reposo y evitar en la mayor cantidad posible el frío, la economía familiar se basa en el cuidado de ganado en la zona rural de la zona interandina ecuatoriana donde priman las bajas temperaturas en ciertas temporadas, sentando estos dos preceptos podemos encontrar que surge la posibilidad de que no desea el NNA ayudar en esa actividad y ésta atenta contra su integridad, por ende, sería caer en el maltrato por parte del progenitor al obligarlo a salir y desinterés por su seguridad por parte de la autoridad al permitirlo, pero si es deseo del NNA el apoyar en la economía familiar en esta actividad, y por situaciones como la antes mencionada enfermedad no podría, debe la autoridad extender motivadamente su decisión y dar soluciones creativas al problema, como podría considerarse que la neumonía es peligrosa si no recibe la debida atención, y es obligación del estado el cuidar la salud integral y con énfasis en los grupos de atención prioritaria como lo es el NNA, la lógica conclusión es prohibir dicha actividad hasta la recuperación completa, que puede hacerse o mejor dicho debería hacerse gratuitamente en una casa de salud de primer orden de índole estatal.

Si el NNA desea apoyar en las labores del mismo ejemplo, pero como premisas establecemos que la enfermedad ahora sea una cuya convalecencia sea de cuidado menor, como puede

ser una gripe, o la rinitis alérgica al frío que es común en el Ecuador, y en el mismo hipotético que la enfermedad sea desencadenada por las bajas temperaturas, fuera ilógico no considerar las soluciones más sencillas, ropa adecuada y cuidados respectivos que el cuidador impartirá durante la realización de la actividad. Sobra decir que si esta interfiere en la actividad académica del NNA se exhortaría a los padres a evitarlo, siempre velando por la educación pero la última palabra de este análisis se encuentra en el NNA, a quien luego de escuchar podrán encontrarle soluciones creativas, la vida no es ni blanca ni negra, sino gris, y encontrar los matices de cada realidad es una necesidad en el derecho de niñez y adolescencia; porque así aseguramos que cada familia inmersa en cada realidad encuentre en el derecho justicia y no sólo letra muerta en un papel.

En lo académico a mi parecer no puede hacer relación al nivel de conocimiento per se del cuidador, ni tampoco hacer relación al máximo nivel académico; esto fuera discriminar al cuidador por una situación que puede ser ajena a su poder; es decir, si bien la educación es un derecho y ésta debe ser gratuita hasta acabar el bachillerato no es menos cierto que varias personas no han tenido esta oportunidad, hablar desde el privilegio es considerar que este ámbito de remite exclusivamente al conocimiento, y no al interés que tiene sobre el NNA y el apoyo académico real, es decir, quien vigila que se realicen las tareas y está presente en los llamados estudiantiles, puede representarlo ante las autoridades escolares y docentes; entre las actividades que demanda el ser padre y madre de familia en un centro educativo. Por eso, esperar que se entienda que pensar en la educación como un derecho del NNA y que esta educación tiene que brindarse con el apoyo del representante ante la unidad educativa en colaboración con el ministerio de educación y los encargados de extenderla en las aulas debería ser el razonamiento correcto y no pervertir esta situación en una causa de discriminación que agrave a los sectores populares nuevamente.

Debida diligencia en las amenazas de violencia de cualquier índole. – En este apartado se encuentra una de las situaciones que más preocupación levantaban dentro de los *amicus curiae*, establece naturalmente los tipos de violencia física, psicológica, etc. Pero hay un apartado que dentro del pie de página 133 del párrafo 248 llama la atención, hace un adendo dentro de la violencia económica, mención a la falta de pago reiterativo de las pensiones alimenticias.

Aquí me detendré puesto que hay que recoger por lo importante que llega a ser la idea de conceptualizar como delito el impago reiterativo de pensiones alimenticias, ya que, a una primera lectura podría mal interpretarse a que se extiende a todos los impagos de alimentos,

cosa que, dentro de nuestra legislación ya tiene como medida la detención del deudor cuando no se encuentre dentro de los casos eximentes.

La corte recoge la sentencia 239/2021 del recurso 2293/2019 del Tribunal Supremo de la Sala Penal de España, caso que debemos prestar interés si deseamos comprender dentro de este apartado la relación que existe entre la violencia económica y el impago de alimentos como delito.

El caso se resume en que el progenitor deliberadamente escondía bienes y recursos económicos en especie monetaria con el afán de realizar fraude a sus acreedores y al crédito privilegiado de alimentos que representa dentro de la prelación de créditos. Ante las pruebas presentadas el tribunal determina que existe tanto el conocimiento volitivo como el conocimiento de cometer un ilícito ante los hijos; razón por la cual extiende esta idea a que hay una violencia económica. Ahora bien, es sabido que existe dentro de la teoría penal el dolo y la culpa en sus diferentes representaciones, en el Ecuador no se encuentra como tal el delito de impago de pensiones alimenticias pero se han establecido medidas cautelares como se asegurar el cumplimiento de la obligación, tanto personales como reales, ; sin embargo, se considera dentro de las medidas contra el obligado principal la boleta de apremio por deudas alimenticias que tiene tanta trascendencia que la misma carta magna ha determinado que aunque no existe apremio por deudas sólo alimentos es la materia con excepción en el ámbito pecuniario.

Propongo que, aunque no reciba el título de delito, puede considerarse casi como una contravención por los 30 días de reclusión mayor extraordinaria que se prevería en el COPINNA. Además de que en Ecuador el asunto de alimentos ha causado ya revuelo en la sala constitucional donde por sentencia se declaró inconstitucional el anterior procedimiento del 137 del Código Orgánico General de Procesos por vulnerar el derecho a la defensa además de reformar parcialmente el título referente a alimentos subsidiarios, casos como el de Cayetano Cedeño muerto en prisión a su edad de 95 años por ser deudor solidario en alimentos y varios más han obligado a la justicia a diferenciar entre estos dos; por ende, nosotros en este análisis deberíamos también realizarlo de forma correcta, ya que como es de público conocimiento la tasa de desempleo en el Ecuador ha aumentado y los índices de pobreza siguen la misma suerte y por lo mismo debe evitar criminalizarse la pobreza como tal.

Entonces, debería seguirse el ejemplo del tribunal español e intentar diferenciar la imposibilidad de pago por falta de empleo con la deliberada ausencia de interés en el pago

de la obligación moral y económica que se mantiene, para tales fines, este tema se extenderá en el apartado de recomendaciones para reforma en el antepenúltimo tema a tratar, pero por lo pronto, cabe decir que la Corte Constitucional debería especificar a fines de no crear falsos conceptos sobre la diferencia que existe entre quienes pueden aportar el pago de alimentos y no lo desean hacer con quienes no pueden cubrir esta obligación.

La obligación económica no es la única que existe para el apartado de alimentos cabe recalcar, pero es la que se considera más oportuna y a tales fines práctica, y es bien sabido que al acreedor no se le puede dar cosa ajena a la que se le debe ni so pretexto de que sea de mayor valor.

Continuidad en la vida del NNA. – Este apartado nos puede proponer que se considerará la rutina que ya mantiene el NNA dentro de su diario vivir antes de la separación, hace relación a la situación geográfica de cada progenitor pues dependiendo de esto el NNA puede mantener relación con las amistades que le circundan y no dificultar estas relaciones. Me parece correcto hacer esta consideración pues reviste nuevamente al NNA de los derechos que ya goza, estableciendo ahora que sus amistades y rutina son de igual valor que las que mantenemos los adultos.

Dedicación brindada y la relación anterior a la separación. - Este apartado tiene dos posibilidades, la primera es analizarla desde la arista del deber ser donde se verá que progenitor es aquel que ha sido para el NNA un soporte que con el perfil de cuidador de mejor aptitud. Pero la parte que puede ser contraproducente es que dentro de los roles de género ya establecidos en la sociedad podríamos encontrarnos que el machismo imperante ya ha encargado a la mujer el rol de cuidadora dentro del hogar, entonces lógicamente habrá compartido con su madre, aquí debería considerarse como tal los esfuerzos de ambos progenitores por compartir con los NNA dentro de las posibilidades, una familia que se sostenga por la fuerza laboral del padre y la madre, para esto aportar la opinión del NNA y seguida de los profesionales en la socio educación infantil deberían permitirle a la autoridad de turno elegir al progenitor idóneo para ser el cuidador.

Respetar la identidad del NNA. – Como ya se ha mencionado antes la identidad aparte de como ya ha referido la Corte del Ecuador no es sólo el nombre y apellido además de relaciones parento filiales, sino más bien como amplía la Jurisprudencia Colombiana hace referencia a la familia extendida, las relaciones que se mantienen con los abuelos, tíos y demás que permiten entender de dónde venimos o vivimos y cómo es la dinámica del grupo familiar a la que se pertenece.

Este precepto ayuda a incrementar el concepto de identidad que ya se ha desarrollado y a su vez, aunque haya separación podría buscar el mantener las relaciones que la forjan, como se ha mencionado el separar abruptamente al NNA de sus relaciones más cercanas producirá efectos negativos tanto en el esqueleto psicológico como fragmentar conceptos que mantiene hasta el momento con la familia.

Aptitud e idoneidad para satisfacer el bienestar del NNA. - Busca precautelar la seguridad, el cuidado y protección. Pero no se establece qué buscamos específicamente, por ende; nos deja una carta blanca de forma correcta para que la autoridad encargada pueda mediante los medios probatorios aportados por las partes establecer al progenitor que cumpla con estos requisitos. Pero deja abierta muchas posibilidades: ¿es el progenitor que trabaja más de 8 horas y no puede compartir con el NNA un progenitor que no será idóneo? La primera respuesta es no, no lo es; pero hay que divisar cómo es el progenitor fuera de esas más de 8 horas, puede ser que reciba ayuda de la familia ampliada y aquí el NNA se sienta feliz, y fuera de esto analizar qué es luego de las 8 horas y más, qué relaciones se mantienen y el tiempo de calidad que se comparte.

Daño sufrido o potencial. – Este apartado puede introducirnos directamente al maltrato o la negligencia que puede sufrir el NNA en cuidado de uno de sus progenitores, si nos remitimos al apartado sobre diferenciar a las víctimas que he establecido anteriormente, cuando el NNA es la víctima y se configura el maltrato es natural pensar que la persona agresora no puede tener la tenencia del NNA; sin embargo como también mencioné corresponderá a los peritos determinar si es posible y las formas que deban llevarse las relaciones de la mejor manera entre ambos, y sobre todo escuchar si es deseo del NNA retomar dicha relación o no.

Cooperación y preservación del entorno familiar. – Abogar por la cooperación parental es abogar por mantener un niño sano con una estructura psicológica formada. Los que más resienten dentro de una separación son y serán ellos, pero es lógico que se deben establecer parámetros claros para intentar mantener las relaciones con el entorno familiar ya que hay varias relaciones que han visto su fin de maneras poco afables y han causado heridas en ambos progenitores que a su vez generan resentimientos entre sí, por eso, es lógico que este apartado es difícil de cumplir si no se cuenta con toda la voluntad de los progenitores, este se relaciona directamente con el siguiente.

Vínculo afectivo con: padres, familia ampliada. – Aquí podemos nuevamente remitirnos a que es posible por la situación machista de la sociedad actual que se encuentre bajo la situación que ya mencioné antes; por lo tanto, debe extenderse a evaluar estos vínculos en

una forma que no involucre los roles de género sino un verdadero aporte al NNA y a su crianza.

Otros factores como: Edad, pertenecer a una minoría, madurez, presencia de una situación de discapacidad, contexto social, intelectual sensorial y cultural. Esto es importantísimo si lo consideramos en los grupos de personas con culturas diferentes, se relaciona de forma directa con la identidad del NNA y el derecho del interés superior donde se debe realizar un análisis extensivo sobre las situaciones que rodean al NNA y a su mundo, establecer estos parámetros pueden permitirnos contemplarlo de una forma amplia dejando relegado su etapa irregular para que ahora como sujeto de protección integral ostente todos los derechos que le asisten.

Informes del equipo técnico. – Se establece la posibilidad de emplearlos como apoyo en aras de determinar el interés superior del NNA, pero no es el único elemento que deberá considerarse de forma natural sino servir de fundamento para reforzar las decisiones y aclarar los puntos necesarios para que se respete al NNA en su totalidad.

Motivación. – Nuevamente el tribunal ha establecido con reiterado ahínco el deseo de que se tome en cuenta el ejercicio de la motivación para las decisiones judiciales y esta conexión y garantía permite que la gente tenga confianza en el sistema judicial permitiendo a su vez el poder alcanzar un pleno convencimiento a las partes procesales sobre la decisión fundamentada en hecho y derecho; ante esto es importantísimo que ambos progenitores encuentren en los juzgados de familia soluciones y no desconfianza en el sistema, por eso la base de la motivación en las decisiones judiciales es de gran importancia.

Estas conforman el nuevo paradigma hasta que se expida el Código Orgánico de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, sin embargo, a la fecha al encontrarse disuelto la Asamblea Nacional, no es posible avanzar, y esperamos a que se retome su discusión cuando sea posible, el tiempo transcurrido no denota un tratamiento que materialice los principios que gobiernan esta materia.

3.3 Adulto Centricidad y la necesidad de que se transforme la escucha de pasiva a activa con los NNA.

La adultocentricidad es un término compuesto de dos vocablos, adulto que hace referencia lógicamente a las personas que han superado la edad legal para considerarse como tales y son plenamente responsables de sus actos en el marco normativo de un estado. Si bien la edad difiere en algunas legislaciones quedarse con la idea de que se adquiere dicha

capacidad legal y se acompaña con el derecho de ejercicio; y el concepto de Centricidad hace referencia a considerar algo como el punto central del pensamiento y que los demás conceptos circunden alrededor del mismo como orbitando el punto focal; esta idea la acuña Ortiz Lemos y se usa en aras de demostrar que, como en el renacimiento el hombre empezó a desplazar el pensamiento religioso y a ocupar la mente de los pensadores del momento y ser la base de la belleza y el desarrollo humano, el adulto es en nuestros tiempos quien ostenta la calidad de considerarse el centro de la sociedad humana y sobre él se construyen las normas de convivencia social, legal y la estructura organizativa. Para cambiar la visión por una que realmente encaje con la plena protección debe considerarse en primer lugar y sin tipo de discusión alguna al interés superior del NNA en la causa, por eso, cuando analizamos el acto de proposición y la sentencia hago exclusivo hincapié en que se debe materializar de forma eficaz a los NNA los derechos que ya poseen como ya se ha mencionado antes en el capítulo I.

El acto de oír y escuchar son claramente diferentes, el prestar atención a la niñez y adolescencia y sus necesidades propias de la edad, y no generalizarlas por compartir únicamente un dígito relacionado al paso del tiempo, las infancias son diferentes, desde la clase social hasta la comunidad, por no mencionar que si bien los derechos como vida digna, alimentación, derecho al ocio y recreación son inherentes a la categoría de derechos fundamentales pero la niñez y el contexto social de cada ser nos impulsan a no generalizar estas necesidades, como se ha mencionado a lo largo del presente trabajo la opinión del NNA debe escucharse con atención, de ella nace la expresión clara del interés superior, el compensarlo con la madurez y el grado de edad permite deslumbrar que cada etapa del ser humano hay necesidades diferentes.

Lo curioso es cuando hay niños que no pueden comunicarse, pues en ese caso tiene que hacerse un ejercicio probo de litigio donde conseguir exponer las cualidades del cuidador idóneo, y cuando haya la capacidad de escuchar al NNA dentro del proceso permitirle hablar, es decir; darle igual valor a su opinión cuando crezca y a medida que vaya creciendo tomarlo en cuenta cuando se someta la causa a revisión. De este razonamiento surge la idea de transformar el oír en escuchar, prestar atención a lo que expone el NNA, un ejercicio que debería tomarse muy en cuenta para superar su etapa irregular y darle su plena protección. Infravalorar esta opinión es ser negligente, pues dentro de ella por más infantil que suene se encuentra un núcleo duro de un derecho, y en caso de que dicha decisión u opinión pudiere resultar perjudicial sirve de base para el razonamiento de la autoridad sobre el por qué dicha opinión puede causarle problemas al interés superior.

3.3 Reflexiones sobre el Código Orgánico de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes como una posible solución al actual CONA.

Dentro de la decisión judicial se hace mención al Código Orgánico de la Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes que se encontraba en proyecto con el afán de suplir al CONA y actualizar el contenido de la legislación en materia de niñez, debido al devenir nacional y al encontrarse al momento de la presente disuelta la Asamblea Nacional y sus respectivas comisiones deberemos someramente realizar el análisis dentro de los parámetros que marca la decisión judicial. Aquí encontramos que la Corte Constitucional ha ordenado que las reglas que ya se han expuesto, basado en el informe que remite la defensoría pública debería expedirse la nueva normativa que corresponda dentro del cuerpo normativo mencionado, y a su vez, podría suponerse que este derogaría expresamente al CONA o a su vez sería complementario al mismo.

La idea del COPINNA (Código Orgánico de Protección Integral de los niños, niñas y adolescentes) como un avance frente al CONA en materia de legislación para que se encuentre a la vanguardia y con una mejor estructura en el modelo actual. Pero, esto no demerita que el CONA en la actualidad ha regido durante ya dos décadas y las lecciones que deja en la aplicación del derecho de niñez a través de la jurisprudencia deben considerarse antes de elaborar una nueva norma. Por eso, como ordenan los magistrados, la tenencia se regirá al tenor de lo decidido sin alejarse de estos parámetros; para lo cual debe, como es conocido expedirse por un legislador que no caiga en la inconstitucionalidad, pero sobre todo que responda a la realidad nacional y a las necesidades que encuentra la población en la materia.

Entonces, el fin de dejar de considerar al adulto el centro de la materia donde debe primar el interés superior de la niñez, y la forma de hacerlo como ya se ha mencionado es que las autoridades judiciales y administrativas desarrollen la capacidad de escuchar con atención al sujeto de protección y en esa escucha poder encontrar una solución creativa y correcta tanto en derechos como en hechos, todo esto a través de la formación académica y contando con la capacidad de expandir el área del derecho a la psicología infantil a través de las respectivas capacitaciones y con el apoyo del personal técnico correspondiente, bien hace mención en los parámetros para determinar la tenencia que se puede contar con los respectivos informes de los profesionales en la materia.

Todo esto con la respectiva formación permite que el juzgado de niñez deje de ser un lugar de problemas y se vuelva un sitio de soluciones.

3.4. - Conclusiones y recomendaciones.

Luego del recorrido que se ha realizado de la mano con el lector, podemos llegar al final del temario con las siguientes conclusiones que, en base a la lectura de la literatura empleada, la jurisprudencia y la legislación consultada sobre la presente sentencia me permite concluir:

El interés superior en la niñez y adolescencia es un principio rector en la materia y consagra en él las esferas de la protección en la integridad con todas sus aristas, así como la representación tanto civil como en actos no civiles, dicese de estos ante centros educativos, firma de documentos de autorización, entre otros que como indica la ley es responsabilidad de los progenitores ante los niños y adolescentes. Pero, debe impulsarse al punto en que sea lo primero en considerar para establecer si existe una vulneración o no como nos han demostrado casos como *Atala Riffo vs Chile*, *Escobar Ramírez Vs Guatemala*, y la jurisprudencia nacional que nos expone el mandato imperativo de salvaguardar este principio que goza de ser un fin constitucional imperioso que requiere una medida diseñada de forma perfecta y sujeta a la razonabilidad que no lesione un derecho más de lo que protege otro dentro de la teoría del examen de proporcionalidad.

Los *amicus curiae* nos permiten comprender desde varias aristas cómo las personas divisan los problemas que circundan a la materia de familia, niñez, adolescencia, violencia de género y demás dentro las diversas posturas. Es relevante el deseo de establecer la tenencia compartida como figura prominente en el futuro COPINNA, o al menos abogar para reconocer que el encargo matemáticamente dividido de los hijos en los centros de mediación no es la tenencia compartida, y que esta figura requiere un amplio desarrollo jurisprudencial y legislativo para acoplarla a la realidad, como ya se mencionó las posibilidades que nos enseña Fabiola Lathrop pueden alcanzar un mejor desarrollo en la niñez para formar adultos con un esqueleto psicológico sano y por ende, ciudadanos establece dentro de la esfera privada y pública.

Si consideramos la arista de la violencia de género que es realmente el argumento más relevante dentro del proceso, es justo también concluir que la misma CEDAW ha establecido que los hijos priman sobre los protocolos de erradicación de la violencia; esto a su vez no vuelve a las víctimas de violencia en personas que no deban contar con el apoyo del patrocinio gratuito, el acompañamiento a víctimas, y las medidas cautelares y administrativas; pero deberíamos empezar a diferenciar a la víctima, siendo que fue el siglo anterior el siglo de determinar al victimario en sus esferas de participación, grados de autoría entre varias formas más; es justo también empezar a diferenciar si la víctima fue la pareja, pareja e hijo, hijo; y en base a esto empezar con el punto de partida de oír al NNA si es su deseo retomar

las relaciones parento filiales con el progenitor agresor y los medios para que se realicen de forma segura; recordar que nadie puede ser discriminado por su pasado judicial y compaginarlo con el interés superior es de por sí fundamental, por no decir imperativo a falta de mejor término. Considerar la primitiva clasificación que he realizado es fundamental para poder establecer cuándo un NNA puede y no acercarse hacia su progenitor, casos como el de la sentencia T-262 -22 del Supremo Tribunal Constitucional de Colombia que como antecedentes ha determinado en la situación de la muerte de la madre y ante el abuso sexual que sufrió N.N por parte de su progenitor, era un riesgo que los hizo separarse, siendo que su abuela y a través de la agencia oficiosa de la Comisaría de la Familia de Pereira para que los seguros de vida que mantenía su madre se cambiaran a la cuenta de su actual cuidadora, haciendo especial énfasis en cuidadora porque nunca se ha establecido como curadora del NNA y ante la existencia de un progenitor vivo tampoco se ha establecido una tutoría a su favor, razón también por la que parte de la agencia oficiosa en vez de una acción directa.

Dentro del apartado de la lectura fácil como he mencionado extraigo el párrafo 127:

“No te preocupes, nadie te obligará a ver a tu papá. Solo si tú lo deseas. Y puedes estar tranquilo porque, en cualquier momento, podrás decirle al juez, a tus abuelos o a la comisaría lo que quieres y lo que no quieres”

Siendo que el apartado se dirige directamente al niño o adolescente, para que se informe del proceso en palabras que él entienda, es justo recoger lo que establece cuándo él desee, podrá retomar ese contacto.

Cuando hay violencia hacia la mujer es justo mencionar que el estado tiene la responsabilidad de garantizar una vida libre de violencia a todas las personas, con especial enfoque hacia las mujeres que han sufrido durante muchos años el sistema hetero patriarcal, razón por la cual debe considerarse su respaldo ante el sistema normativo. Pero, el Ecuador deja mucho que desear en este espacio, los femicidios han aumentado con los años, es la máxima expresión de la violencia de género y la última escala de la misma. Deja mucho que desear que el último estudio que haya realizado el INEC haya sido en 2017, siendo que es la única forma de monitorear si las medidas adoptadas avanzan o no, no se han establecido cifras de violencia de género que pueden sufrir hombres en el Ecuador para lo cual debería considerarse como relevante, a fin de que las políticas públicas permitan a las personas encontrar una correcta armonía dentro de las diversidades que afrontamos como seres humanos.

La Corte Constitucional ha establecido la inconstitucionalidad de la normativa impugnada en base a que no supera el examen de constitucionalidad de la protección de las mujeres contra

la violencia, cuando lo correcto hubiese sido someter primero la norma al primer examen de razonabilidad frente al interés superior como derecho fundamental de la niñez; pues es una normativa que afecta directamente al régimen jurídico de la tenencia del NNA y a sus relaciones tanto como progenitores como su futuro.

La declaratoria de inconstitucionalidad ha permitido que la Corte establezca nuevos parámetros para la figura de la tenencia del NNA y las nuevas reglas parten de la no discriminación ni por el ámbito económico relacionado con el poder adquisitivo ni por la condición de género de los progenitores, siendo que parten de una base de igualdad para lo cual deberá contemplarse primero la opinión del NNA, ante esto; el interés superior se extiende en las reglas de cuidar su identidad, la rutina que ha mantenido, las relaciones relevantes que ha forjado, y sobre todo prever sobre los posibles peligros que puede presentar cualquiera de los progenitores. Siendo entonces que se busca establecer siempre un cuidador idóneo que sea emocionalmente disponible y maduro; encontrarlo tiene un fin hasta social si me atrevo a decir, forjar un adulto sano con un esqueleto psicológico fuerte y que sea un ciudadano para la sociedad en beneficio de la misma y con respeto a la constitución y la ley, pero también debe entreverse de crear infancias libres de violencia, y que dentro del proceso traumático que es afrontar la ruptura y separación.

El exhortar a los padres a colaborar entre sí en este aspecto es muy relativo al caso de la separación, cuando se encuentran heridas emocionales no curadas estas pueden preverse dentro del proceso evitando que se logre alcanzar un espacio de diálogo; sin embargo, las autoridades deben velar por que el proceso sea llevado por el interés superior y con rumbo hacia precautelar al NNA.

La obligación de escuchar la opinión del NNA debe comprenderse desde la posibilidad que brinda la edad, la madurez y cada condición como ha mencionado la CIDH, si pertenece a una minoría, si ha sido víctima de algún tipo de violencia, etc. Entender el contexto completo que nos circunda y respetar estas diferencias permitirá el establecer de forma correcta una decisión en torno al NNA, pero su opinión no puede simplemente ser ignorada, ya que la obligación y el derecho a la motivación imponen que el ejercicio en torno a la resolución que debe irradiar hacia las partes que en base al aporte realizado y a los derechos y normas existentes que llevaron a la administración de justicia a la misma.

Finalmente, los roles de género en el Ecuador son persistentes, y hay mucho camino para recorrer sobre ellos y con ellos a fines de generar una sociedad equitativa en aras de dejar de lado lo que relaciona a lo masculino con lo femenino y que a su vez lo define para permitir que las esferas de roles de género permitan a las y los seres humanos alcanzar un pleno

desarrollo en base a sus cualidades y deseos personales. La tesis de Hegel nos presenta el concepto de tesis con una antítesis que al juntarse producen una síntesis de ideas y cuando ésta alcanza mayor libertad y protección en cualquiera de los ámbitos que se aplique se habrá avanzado, puede que este sea nuestro caso donde el impacto será directo y busca alcanzar un espacio donde los NNA se desarrollen de mejor manera y a su vez asegure la corresponsabilidad parental y les permita a las mujeres un mejor desarrollo profesional y fuera del hogar.

Para tales fines, recomiendo que se inserte al COPINNA el siguiente texto o similar:

Libro (...)

Título (...) De la TENENCIA.

Art (...). – **Tenencia.** – Además de lo que establece el código civil, la tenencia es el encargo judicial o de facto, del cuidado de un NNA en caso de separación entre los progenitores o de éste con sus padres.

Art (...). – **De las modalidades de la tenencia.** – Existen:

La tenencia de facto misma que por el devenir de los hechos a configurado la necesidad de que el NNA pase a cuidado y resguardo de alguien, ya fuere un progenitor o quien no lo sea

Tenencia judicial es la que realiza la autoridad competente sobre el cuidado del NNA hacia uno de sus progenitores o un encargado en caso de separación de los progenitores o del NNA con los mismos a través de resolución judicial y en ninguno de los casos de divorcio o separación donde existan niños, niñas y adolescentes la autoridad judicial dejará sin resolver este apartado.

Tenencia compartida es aquella donde ambos progenitores han acordado compartir la tenencia del NNA, para tales fines, se establecerá los horarios, el sitio donde permanecerá el NNA y las respectivas rotaciones; pueden ambos de mutuo acuerdo modificar este apartado, y serán ambos responsables de dotar al NNA de los recursos económicos, emocionales y demás que requiera su formación, además de fijar un aporte mensual para ambos progenitores en una cuenta aperturada para el NNA, cada retiro deberá constatar de la respectiva justificación y la razón de su empleo cuando sea solicitado dentro del proceso y con debida motivación.

El juez exhortará a las partes por ésta siempre que no sea perjudicial para el NNA.

Art (...). – **De la tenencia de facto.** – La tenencia de facto constituye un hecho jurídico del cual surgen obligaciones conexas de salvaguardar el interés superior del NNA, el trámite para su judicialización será voluntario, con previa notificación a los progenitores, y en caso de haber oposición, se transformará en procedimiento sumario al tenor de lo que contempla el Código Orgánico General de Procesos.

Se estará a lo que manifieste el NNA de acuerdo a su edad, madurez e interés en la causa, se lo escuchará en audiencia reservada y se practicarán las diligencias necesarias para asegurarse que la judicialización de esta tenencia no es perjudicial para la integridad del NNA o fuere imposible realizar lo que ha manifestado.

Esta resolución es susceptible de modificación, y para hacerlo se tramitará en el mismo proceso volviéndolo o retomándolo como sumario, se prohíbe la reconvencción.

Art (...). – **Tenencia Judicial.** – Las reglas a aplicar para la tenencia judicial en el caso de separación de los progenitores serán:

1.- Respetar y hacer prevalecer el interés superior del NNA dentro de la causa, así como su derecho a la identidad, relaciones que ha formado y rutina que ha establecido; también escucharlo dentro de la causa de acuerdo a su edad y madurez. En el caso de adolescentes será imperativo que se los escuche en primer lugar.

2.- Bajo ningún concepto el juez tomará la decisión basada en el rol de género y sus estereotipos o la capacidad económica expresada en la dimensión adquisitiva. No se juzgará a ninguno de los progenitores por su pasado judicial, preferencia sexual, discapacidad o cualquier otra característica.

3.- Se buscará la idoneidad en el progenitor custodio expresado en el ser presente emocionalmente, y aportar el cuidado requerido por el NNA a través de un comportamiento maduro y activamente participativo dentro de la vida del NNA.

4.- Se analizará si el NNA ha sufrido daño en cualquiera de las esferas de su integridad o si existe el riesgo de tal daño. De ser el caso, se escuchará al NNA y se contará con el apoyo de las unidades técnicas a que determinen si existe o no un posible daño o riesgo a futuro o presente.

Esta resolución no es susceptible de recurso de apelación.

En el trámite voluntario se escuchará al NNA y el acuerdo de los progenitores, de contraponerse entre sí; será la autoridad judicial quien decida.

(.....)

Art (...). – **Impedimento del régimen de visitas.** – Cuando el progenitor custodio impida deliberadamente las visitas al progenitor no custodio, se podrá, previa notificación al juzgado, llevar a un agente de la DINAPEN quien sentará razón de que se niega la entrega del NNA y se impondrá de multa el valor de un aporte mensual, dos en caso de reincidencia y así en aumento en caso de prolongarse la situación, misma que será depositada en la cuenta del NNA y bajo ningún precepto podrá ser retirado hasta que el NNA alcance la edad adulta o se encuentre emancipado.

En caso de negativa reiterativa y falta de pago, se podrá solicitar el cambio de progenitor custodio.

Art (...). – **De la Agencia Oficiosa.** – La agencia oficiosa en materia de familia es la obligación que se tiene con la niñez y adolescencia de actuar en defensa de sus derechos, se aplicará cuando el o los progenitores llamados a la representación legal no pueden realizarlo o se encuentran impedidos de hacerlo, en la tenencia de facto previa judicialización y en todos los casos donde se encuentre una vulneración de derechos de la niñez y adolescencia y no se haya actuado en defensa de éstos.

Será la defensoría pública quien podrá actuar como agente oficioso a través de sus dependencias correspondientes. Se velará siempre por encontrar a la familia directa del NNA y se les instará para que puedan comparecer al proceso en cualquier etapa del mismo.

Mi idea al establecer 3 tipos de tenencia es, primero, reconocer la tenencia de facto que existe en el Ecuador donde un NNA queda a cargo de un familiar o un conocido de sus padres cuando existen razones como migración o la separación de facto dentro de los hogares donde un progenitor abandona el hogar prevaleciendo el vínculo jurídico que los une. Ante tales situaciones el solicitar la tenencia por trámite voluntario tiene por fin el reconocer como cuidador a quien tendrá bajo su cuidado al NNA, notificar a los padres como legítimos contradictores actúa como una formalidad de la defensa y permite a su vez el trámite volverse sumario en caso de haber contradicción con los progenitores.

La tenencia compartida busca establecer obligaciones conexas, pero no libera del aporte económico mensual a ninguno de los progenitores, para lo cual deberá considerarse la posibilidad de fiscalizar a ambos en este apartado. Sería justo establecer en el título relativo

a alimentos una forma de aportación común dependiendo de la rotación, pero, en todo caso, es la figura que debería considerarse idónea para tales fines.

La inclusión del agente oficioso busca facultar a aquellas personas que tengan bajo su cuidado al NNA y por alguna razón no hayan podido judicializarse como tutores, además asegura el apoyo de la gratuidad del defensor público y considero que usar esta figura dentro del derecho ecuatoriano haciendo un símil a la justicia colombiana permitirá velar de mejor manera por el NNA.

Las sanciones para el impedimento de visitas tienen una visión, evitar que se lesione el derecho del NNA a tener contacto con su familia, y el poder confirmar que se tendrá una multa a tal infracción, permite evitar esta violación sistemática del derecho al NNA.

Por último, siempre se busca dejar al NNA protegido, la niñez es el futuro y en ella debemos concentrarnos, no como objetos moldeables sino como personas que sienten, sufren, lloran; y que desean jugar, aprender, comprender el mundo. Si no logramos anteponer a la niñez y adolescencia estamos condenados, y deberíamos pues al seguir esa suerte colocar en el ingreso de cada juzgado de niñez y adolescencia la misma frase que Julio Verne escribió cuando viajaban sus personajes al centro de la tierra:

“Mientras el corazón lata, mientras la carne palpita, no me explico que un ser dotado de voluntad se deje dominar por la desesperación”.

Referencias

- Bustelos, E. (2007). *El Recreo de la Infancia*. Buenos Aires: Siglo Veintuno Editores.
- Farith Campaña, S. (2014). *Interés Superior del Niño: Técnicas de Reducción de la discrecionalidad abusiva*. Quito: Universidad San Francisco de Quito: Colegio de Jurisprudencia Iuris Dicto.
- Instituto Nacional de Censos y Estadísticas. (2019). *Ecuador en Datos*. Obtenido de <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/violencia-de-genero/>
- La Convención sobre los Derechos del Niño del Niño en la Experiencia Latinoamericana: Reflexiones a 30 años de vigencia. (2021). Quito: EditorialAzul S.A.
- Lathrop, F. (2007). Algunas Consideraciones del derecho chileno de familia. En *Revista de Derecho Chileno* (págs. 9-37). Santiago: UCE.
- Noboa Cruz, D. M., Alcarás Panchi, E., Machado Granda, C., Rodríguez Ayala, M., Chiriboga Mosquera, G., & Arguello Egas, J. (2016). *Tratado de Codificación*. Quito: Unidad Técnica Legislativa de la Asamblea Nacional.
- Organización Panamericana de la Salud. (2020). OPS: Organización Panamericana de la Salud. Obtenido de <https://www.paho.org/es/temas/lactancia-materna-alimentacion-complementaria#:~:text=La%20Organizaci%C3%B3n%20Mundial%20de%20la,a%C3%B1os%20de%20edad%20o%20m%C3%A1s>.
- Ortíz Lemos, A. (2018). *Cuando nos volvamos a ver: Se discute a alienación parental*. Quito: Facultad de Ciencias Sociales y humanas.
- Perez Cortés, F., & Ruiz Celis, R. (2021). Scielo. Obtenido de https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-22282021000200107&script=sci_arttext#:~:text=La%20coparentalidad%20hace%20referencia%20a,legales%20que%20no%20se%20relacionen
- Real Academia de la Lengua Española. (01 de Julio de 2023). Real Academia de la Lengua. Obtenido de <https://dle.rae.es/inter%C3%A9s>
- Storini, C., Ortiz Ortiz, R., Escudero Soliz, J., Verdugo Silva, J. T., Rodríguez Ayala, M., Carrillo Espín, W., . . . Svetaz, M. A. (2016). *II Compendio de Derecho Parlamentario, Ciencia Política y Técnica Legislativa*. Quito: Unidad de Técnica Legislativa.
- Torres Perea, J. (2002). Interés del Menor y... En I. Lázaro González, *Los menores en el Derecho Español* (pág. 107). Madrid: Tecnos.
- Torres Perea, J. (2006). Tratamiento del Interés del menor en el derecho Alemán. En *Revista Anuario de Derecho Civil* (pág. 684). Madrid: Fascículo II.
- Yurari, Y. N. (2022). *Homo Deus: Breviario de la Historia de la Humanidad*. Bogotá: Debate.

Legislación usada:

Constitución de la República del Ecuador del año 2008 expedida por la Asamblea Nacional Constituyente y publicado en el registro oficial 449 del 20 de octubre del 2008.

Convención sobre los Derechos del Niño del año suscrito por el Ecuador el 20 de noviembre de 1989 y publicado en el Registro oficial 31 del 22 de octubre del 1992.

Convención Interamericana de los Derechos Humanos adoptada el 22 de noviembre del año 1969 y ratificada mediante decreto supremo N.1883 en el registro oficial 452 de fecha 27 de octubre de 1977.

Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer suscrita el 18 de Julio del año 1980 y ratificado y publicado en el registro oficial 108 del 27 de octubre de 1981.

Código de la Niñez y Adolescencia del año 2003 expedido por el H. Congreso Nacional y publicado en el registro oficial 737 del 03 de enero del año 2003.

Código Civil del Ecuador expedido por la Asamblea Nacional en el año 2016 y publicado en el registro civil 684 del 04 de febrero del año 2016 última reforma.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del año 2009 expedido por la Asamblea Nacional y publicado en el registro oficial 52 del 22 de octubre del año 2009.

Ley Orgánica Para Impulsar la Economía Violeta expedida en el año 2022 por la Asamblea Nacional del Ecuador y publicada el 22 de enero del 2022 en el registro oficial 243.

Ley Para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra la Mujer expedida en el año 2018 por la Asamblea Nacional y publicado en el registro oficial 175 del 05 de febrero del 2018

Jurisprudencia Nacional

Sentencia 28 – 15/21 de fecha 24 de noviembre del 2021 de la Corte Constitucional del Ecuador recuperado de:
http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOicwNDI2ODI1NC1iYWJILTQwYWYtYmFkOS0zNjFhODImMTRmNDEucGRmJ30=

Sentencia 11-18-CN- 12 de junio del 2019 de la Corte Constitucional del Ecuador disponible en:

http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/4a2e4469-9d31-4ec9-b7d1-cd9c6022d2cc/0010-18-cn-19_sen.pdf?guest=true

Sentencia 012-17- SIN-CC de fecha 10 de mayo del 2017 de la Corte Constitucional del Ecuador disponible en:

[http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/39cedf7e-5fc3-4afe-ad54-18ec8b70e870/012-17-sin-cc_\(0026-10-in__y_acumulados\)_201742212418.pdf](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/39cedf7e-5fc3-4afe-ad54-18ec8b70e870/012-17-sin-cc_(0026-10-in__y_acumulados)_201742212418.pdf)

Sentencia 184-18-SEP-CC de fecha 29 de mayo del 2018 de la Corte Constitucional del Ecuador recuperado de: https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/07/Sentencia_CC_2018.pdf

Sentencia N202-19-JH/21 de fecha 24 de febrero del 2021 de la Corte Constitucional del Ecuador recuperado de:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidINzY5ZGRjOS0zYjMxLTRhMTMtYTFjYi01YTE4OWY0YjEyODAcGRmJ30=

Sentencia 080- 13- SEP- CC de fecha 09 de octubre del 2013 de la Corte Constitucional del Ecuador recuperado de:

<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/cc60695e-032c-4b97-ac87-279c581e2b26/0445-11--ep-sen-dam.pdf?guest=true>

Sentencia 002-13-SEP-CC de fecha 17 de abril del 2013 de la Corte Constitucional del Ecuador recuperado de:

http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/29e46614-3ced-4c6c-ac0e-93e9dfb96181/1917-11-ep_sentencia.pdf?guest=true

Sentencia 019 – 16 – SIN – CC de fecha 22 de marzo del 2016 de la Corte Constitucional del Ecuador disponible en:

<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/e34d25a5-cc11-4d06-b9d4-9d33af4c7a63/0090-15-in-sen.pdf?guest=true>

Sentencia 1290-18-EP/21 de fecha 20 de octubre del 2021 de la Corte Constitucional del Ecuador recuperado de:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1

pdGUnLCB1dWIkOic0MTYzNmU4OS0yZGQ0LTQ2YzctOGJIMC0yZGQwY2JlOTZlYzYucGRmJ30=

Jurisprudencia Internacional

1. Caso Atala Riffo Vs Chile:

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

2. Caso Escobar Ramírez Vs Guatemala:

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). Caso Escobar Ramírez Vs. Guatemala. Sentencia de 20 de noviembre de 2005. Serie C No. 136. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf

Jurisprudencia colombiana

Sentencia T-587/98 de la Corte Constitucional de Colombia recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-587-98.htm>

Sentencia T-385-18 de la Corte Constitucional de Colombia recuperado de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-384-18.htm>

Sentencia T-144-15 de la Corte Constitucional de Colombia recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-144-15.htm>

Sentencia STC 12085-2018 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia disponible en:

<https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/09/STC12085-2018.pdf>

Sentencia T-262-22 de la Corte Constitucional de Colombia recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-262-22.htm>

Jurisprudencia española

Sentencia 239/2021 del recurso 2293/2019 del Tribunal Supremo de la Sala Penal de España de fecha del 17 de marzo del 2019 disponible en: <http://www.movimientocarmona.org/archivos/2914>