

0527-15-271

-10-

SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

I. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Farith Simon, ecuatoriano, con cédula de identidad 0501413512, domiciliado en la ciudad de Quito, abogado, Director de las Clínicas Jurídicas de la Universidad San Francisco de Quito, Daniela Salazar Marín, ecuatoriana, con cédula de identidad 171068341-6, domiciliada en la ciudad de Quito, abogada; y las ciudadanas, Andrea Muñoz Saritama, con cédula de identidad 1103777841 y Adriana Orellana Ubidia con cédula de identidad 0920814621, comparecemos respetuosamente ante ustedes, por nuestros propios derechos al amparo de lo dispuesto en el artículo 436 número 2 de la Constitución de la República y en los artículos 74, 75 número 1, letra c y 77 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC), y presentamos la siguiente demanda de inconstitucionalidad por razones de fondo en contra el artículo 106 numerales 2 y 4 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

II. INDICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES ACUSADAS COMO INCONSTITUCIONALES

1. La disposición acusada como inconstitucional es el artículo 106 numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia.

III. FUNDAMENTO DE LA PRETENSIÓN

Nociones generales

2. La Corte Constitucional del Ecuador es el órgano encargado de velar por la constitucionalidad del contenido de las leyes emitidas por la Asamblea Nacional de acuerdo al artículo 429 de la Constitución. Asimismo, la Corte está encargada de velar por el bloque de constitucionalidad.

A. Bloque de constitucionalidad, valor de los Tratados e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y jurisprudencia internacional

P.

[Handwritten signature]

3. El bloque de constitucionalidad contempla la existencia de normas supralegales que deben ser utilizadas, además de la Constitución, para analizar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico ecuatoriano. La propia Corte Constitucional del Ecuador ha resuelto que:

Una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita". El **bloque de constitucionalidad** nos permite interpretar las normas constitucionales, pero además, los tratados de derechos humanos orientan al Juez constitucional a identificar elementos esenciales que definan la fisonomía insustituible de la Constitución. En tal virtud, **para resolver un problema jurídico no sólo se debe tener presente a la Constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener relevancia para decidir esos asuntos**¹ (el destacado nos pertenece).

4. De la misma manera, la Corte ha explicado que las normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad del Ecuador. Es así como la Corte ha determinado que:

Cuando los convenios o tratados internacionales están reconocidos y ratificados por el Estado ecuatoriano, estas normas tienen el carácter de imperantes y forman parte del Bloque de Constitucionalidad.²

5. En el Ecuador, las disposiciones y principios determinados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se encuentran incorporados al bloque de constitucional, por lo que la Corte los debe tomar en consideración al momento de evaluar la impugnación sobre la constitucionalidad de una norma jurídica.

6. En este sentido, la CIDH y la Corte IDH se han referido al concepto de *corpus juris* en materia de niñez, es decir, al conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños, las niñas y adolescentes. Así, se ha señalado que el concepto de *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), así como por las decisiones adoptadas por los órganos de derechos humanos internacionales³.

¹ Corte Constitucional del Ecuador. Resolución de la Corte Constitucional 1-A, Registro Oficial Suplemento 602 de 1 de Junio del 2009.

² Corte Constitucional del Ecuador. Resolución de la Corte Constitucional 8, Registro Oficial Suplemento 97 de 29 de Diciembre del 2009.

³ Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Y Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114.

7. Esta noción propia del derecho internacional de los derechos humanos y de la interpretación de los tratados tiene una particular importancia por contribuir a avanzar sustancialmente en la protección y defensa de los derechos humanos de los niños mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que:

[T]al interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte [...] como la Corte Europea [...], han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

8. Adicionalmente, los derechos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) son parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano, por lo que a la Corte Constitucional del Ecuador le corresponde realizar un control de convencionalidad sobre todas las normas incorporadas al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

9. En este aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos observa:

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana⁴.

10. Además, el artículo 426 de la Constitución establece la obligatoriedad para los jueces de aplicar “directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución.”⁵ El legislador constituyente enuncia la obligatoriedad de aplicar directamente todo tipo de instrumentos internacionales de derechos humanos. De igual forma, se tiene que prestar especial

⁴ Corte IDH. Caso Gelman c. Uruguay de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 193. Cfr. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

⁵ Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial (Suplemento) No. 449 del 20 de octubre del 2008. Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

A,

atención a las Declaraciones de Principios, Opiniones Consultivas e Informes emitidos por los distintos organismos integrantes del sistema interamericano.

11. Es más, a través de la sentencia N 003-14-SN-CC esta Corte recalcó la importancia del control de convencionalidad difuso y la CADH, manifestándose en los siguientes términos:

En consecuencia, para garantizar de mejor forma los derechos constitucionales. el control de constitucionalidad no debe ser visto como el único mecanismo a ser implementado por la Corte sino que además se debe tener en cuenta la existencia del control de convencionalidad como el mecanismo por medio del cual los jueces nacionales pueden efectuar el análisis de una norma, tornando en consideración la Convención Americana de Derechos Humanos, las sentencias que dotan de contenido a la Convención emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y todos aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, en suma, aquello que se denomina el *ius commune* interamericano.⁶

Como se evidencia, resulta crucial que la Corte utilice el control de convencionalidad como un instrumento para garantizar la efectiva vigencia de los derechos humanos a través de un control integral de las normas infraconstitucionales.

B. Inconstitucionalidad del Código de la Niñez y Adolescencia

12. La presente demanda demostrará que el artículo 106 numerales 2 y 4 es inconstitucional por las razones que expondremos a continuación.

1. Vulneración al principio de igualdad

13. La Constitución consagra el principio de igualdad como rector del ejercicio de los derechos. Así se establece que: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. **Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo (...)** (el resaltado nos pertenece)”⁷. De igual forma, el artículo 66 numeral 4 señala que: “se reconoce y garantizará a las personas: 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y a la no discriminación”⁸. Este mismo derecho se encuentra reconocido en los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁹.

14. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que:

⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N 003-14-SN CC de 17 de septiembre de 2014.

⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11 número 2. Registro Oficial 449 de 20 octubre de 2008.

⁸ *Ibíd.* Artículo 66 número 4.

⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Registro Auténtico de 1948 de 10 de diciembre de 1948.

Artículo 1.- 1. Los Estados Partes en 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**¹⁰ (el destacado nos pertenece).

Artículo 24.- Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

- 15. Resulta evidente la obligación de los Estados de no incluir en sus disposiciones internas normas discriminatorias. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que cualquier distinción realizada en el ordenamiento jurídico debe ser legítima y razonable, pues los Estados conservan la potestad de establecer distinciones objetivas en la legislación.¹¹ De ahí que:

Esta distinción debe partir de supuestos de hechos sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia de la razón¹².

- 16. Siguiendo la misma línea de pensamiento, la Corte Constitucional ha establecido los criterios para diferenciar entre una distinción legítima y una discriminación. En este sentido, ha mencionado que:

Los beneficios o el goce de un derecho civil que recibe un ciudadano de manera diferenciada con otro, deben ser examinados según "el criterio de racionalidad", que se aplica en general para distinguir entre discriminación y diferencias de trato justificadas. Prohibiéndose la discriminación fundada en otra condición. Esta Magistratura definió que solo es discriminación una distinción cuando (...) "carece de justificación objetiva y razonable", y que no habrá discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conducen a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas¹³.

- 17. Ahora bien, el Artículo 106 numerales 2 y 4 del CNA, cuya inconstitucionalidad se pretende, establece que:

Art. 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:

¹⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 1. Registro Oficial 801 de 6 de agosto de 1984. Véase también los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Decreto Ejecutivo 37. Registro Oficial 101 de 24 de enero de 1969.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC 4/84 de 19 de enero de 1984. Párr. 54.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC 4/84 de 19 de enero de 1984. Párr. 57.

¹³ Corte Constitucional. Acción de inconstitucionalidad. Sentencia No. 0002-10-SIN-CC. Registro Oficial Suplemento No. 188 de 07 de mayo de 2010, p.10.

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 menores de doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija.
 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo a hija.

18. Esta norma, que como veremos es injustificada, hace una distinción entre padre y madre (hombre y mujer) basándose en el sexo para la atribución de la patria potestad y tenencia. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las distinciones previstas en la ley y basadas en criterios relativos a la condición, como por ejemplo, la raza o el sexo, necesariamente dan lugar a un examen minucioso en el cual se tendrían que esgrimir razones de peso para justificar una distinción basada en el sexo.¹⁴
19. De ahí que, para determinar si esta disposición conlleva una distinción legítima o configura un acto de discriminación sea necesario acudir al test de razonabilidad, el cual exige que una distinción sea:
 - i) Adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido;
 - ii) Necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y
 - iii) Proporcionada, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.¹⁵
20. Por lo tanto, el régimen de preferencia materna establecido por el CNA debe cumplir con los tres requisitos antes mencionados para que sea admisible dentro de nuestro bloque constitucional. Es decir, basta con que una distinción no cumpla con uno de estos requisitos, para que resulte discriminatoria y por lo tanto vulnere el principio de igualdad.
21. Respecto del primer elemento de análisis, el régimen de preferencia materna no es adecuado para precautelar el bienestar del niño. Lejos de lograr un fin constitucionalmente válido, una distinción de este tipo viola varios derechos reconocidos en los artículos 11 numeral 2, 19, 44, 45, 69 numeral 5, 83 numeral 16 y 333 de la Constitución, los cuales corresponden al derecho de igualdad, de corresponsabilidad parental, de no discriminación y de interés superior del niño.
22. En segundo lugar, la distinción realizada por el artículo 106 numerales 2 y 4 de la CNA no es necesaria. Al contrario, para lograr el bienestar del niño existe otro medio, distinto a la

¹⁴ Informe Anual de la CIDH 1999, OEA/Ser.L/V/II.106, dic. 3 rev., 13 de abril de 2000, capítulo VI, sección II, punto B.

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-022/96 de 23 de enero de 1996.

[<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-022-96.htm>] (Acceso: 05/11/2014).

A.

preferencia materna, que implica un análisis caso por caso. Así, eliminando esta regla automática, el juez podrá decidir con base en el interés superior del niño lo que resulte más favorable de acuerdo a su situación. Por ello, esta distinción es innecesaria y su aplicación obstaculiza el cumplimiento del fin pretendido.

- 23. Por último, la preferencia materna no es proporcional ya que este trato desigual sacrifica valores y principios de mayor peso que los que se pretende satisfacer por medio de esta distinción. Aparentemente, esta disposición gira en torno a la protección del menor ya que se ha entendido que la madre es la persona idónea para cuidar al niño. No obstante, el hecho de que siempre se deba atribuir la tenencia a la madre, perpetúa un estereotipo discriminatorio a las mujeres, a la vez que resulta incompatible con el principio del interés superior del niño.
- 24. Por ende, al no cumplirse con ninguno de los requisitos del test de razonabilidad, la distinción efectuada por el artículo 106 numerales 2 y 4 del CNA es discriminatoria y consecuentemente inconstitucional, como se demostrará a continuación.

Violación al principio constitucional de corresponsabilidad parental

- 25. El artículo 106 numerales 2 y 4 del CNA es contrario al principio de corresponsabilidad parental ya que al mantenerse un régimen de preferencia materna en la tenencia del niño se impide que los padres y las madres gocen de los mismos derechos y obligaciones frente a sus hijos. El principio de corresponsabilidad se encuentra reconocido por nuestra Constitución y en distintos instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.
- 26. La Constitución, en su artículo 69, establece que el Estado “promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos”¹⁶. Asimismo, señala que es corresponsabilidad de madres y padres, en igual proporción, el asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos¹⁷. Igualmente, se dispone que se impulsará la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares¹⁸.
- 27. Por su parte, los instrumentos internacionales también han incluido disposiciones en relación con el principio de corresponsabilidad. Es así que, a partir de la Declaración de Derechos Humanos, ya se dispone que los hombres y mujeres disfrutarán de iguales derechos en cuanto al

¹⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 69. Registro Oficial 449 de 20 octubre de 2008.

¹⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 83. Registro Oficial 449 de 20 octubre de 2008.

¹⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 333. Registro Oficial 449 de 20 octubre de 2008.

A.

matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo¹⁹. De igual forma, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23 numeral 4, reconoce que es deber de los estados parte tomar las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos cónyuges en cuanto al matrimonio y, añade que en caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos²⁰. Esta misma disposición se encuentra recogida en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 17 numeral 4, haciéndose hincapié en que en caso de disolución del matrimonio, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de aquellos²¹.

28. El CDN, en sus artículos 5 y 14 numeral 2, establece la obligación de los Estados de prestar el apoyo y la asistencia adecuada a los padres y a las familias en el cumplimiento de sus responsabilidades parentales. Así, específicamente, en su artículo 18, establece que:

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 niño²² (el destacado es propio).

29. En el mismo sentido, la doctrina ha resaltado que:

“La corresponsabilidad parental implica, en términos simples, el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos, tanto en el plano personal como en el patrimonial. Cuando los padres viven juntos esa responsabilidad se da en el ámbito de sus acuerdos implícitos; cuando se separan puede modificarse la forma de ejercer ciertos derechos, deberes o facultades, pero siguen siendo igual y conjuntamente responsables. Por ello, el **principio de corresponsabilidad es un criterio que servirá para modelar las conductas de los padres y su ejercicio del cuidado personal, especialmente en el caso de los padres que se encuentran separados**”²³.

¹⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Registro Auténtico de 1948 de 10 de diciembre de 1948.

²⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A 1966. Artículo 23 numeral 4.

²¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 17 numeral 4. Registro Oficial 801 de 6 de agosto de 1984.

²² Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 17 numeral 4. Registro Oficial 801 de 6 de agosto de 1984.

²³ LATHROP GÓMEZ, (2008) 22; LÓPEZ SAN LUIS, Rocío (2011): "Recientes Criterios Legislativos y Jurisprudenciales sobre la custodia compartida", en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Rosalía (coordinadora) Experiencias Jurídicas e identidades femeninas, Madrid: Dykinson, p. 275

30. La regla arbitraria de la preferencia materna, contenida en el artículo 106 numerales 2 y 4 del CNA, data del año 1860. Sin lugar a dudas, la asignación automática de la tenencia a la madre es una disposición desactualizada que no obedece a la realidad actual. Por ello, los ordenamientos jurídicos de diferentes países latinoamericanos y europeos han superado ya normas de este tipo y han adaptado progresivamente otros mecanismos de custodia que van acorde al contexto contemporáneo.
31. Por ejemplo, en Chile, la custodia compartida fue consagrada en el año 2005 por la Ley 15/2005.²⁴ España, avanza en nuevas regulaciones: el Consejo de Ministros aprobó el 19 de julio del 2013 el Anteproyecto de Ley sobre ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio. En él, aparece la patria potestad como corresponsabilidad parental y por regla será ejercida conjuntamente por ambos progenitores, eliminándose la excepcionalidad de la custodia compartida y las expresiones “visitas” para sustituirlas por régimen de estancias, relación y comunicación.²⁵ De igual forma, en Argentina, el Código Civil fue modificado por la Ley 26.061, promulgada el 26 de octubre de 2005, en la que se adopta el régimen de custodia compartida en virtud del principio de corresponsabilidad²⁶.
32. Por otro lado, en Perú, ley n° 29269 modificó los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes incorporando la tenencia compartida. En Uruguay existe un fuerte activismo de grupos de padres que reclaman cambios legales que les permitan ver con frecuencia a sus hijos, y en especial la tenencia compartida de los niños.²⁷ Colombia, por su parte, no posee una ley que permita la custodia compartida, sin embargo, los jueces colombianos han fallado a favor de este régimen de tenencia, empezando a eliminar así el antiguo sistema monoparental.

²⁴ Marcela Acuña San Martín. *El principio de corresponsabilidad parental*. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532013000200002&script=sci_arttext (acceso: 12/03/2014)

²⁵ Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en Caso de Nulidad, Separación y Divorcio. 19 de julio de 2013. Disponible en: http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292427145720?blobheader=application%2Fpdf&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_CUSTODIA_COMPARTIDA_CM_19-07-13_TEXTO_WEB_PDF.PDF (acceso: 12/03/2014)

²⁶ Ley 26.061 De Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Disponible en: <http://www.social.mendoza.gov.ar/discapacidad/Leyes/Ley%2026061%20Ley%20Nacional%20de%20Ni%C3%B1ez.pdf>

²⁷ Eduardo Delgado. *Padres piden la tenencia compartida de sus hijos*. El País. Disponible en: <http://www.elpais.com.uy/informacion/padres-piden-tenencia-compartida-hijos.html>

- 33. Por ejemplo, uno de los casos que recurrentemente es citado en las decisiones en que se otorga la tenencia compartida²⁸, es el de la Corte Suprema de Justicia colombiana en sentencia de 25 de octubre de 1984, donde se puntualizó que las facultades de los padres en relación con los hijos han de ser ejercidas de consuno o conjuntamente de común acuerdo. Así, concluye la Corte Suprema de Colombia, que no son derechos o facultades que correspondan a un padre con prescindencia del otro, o cuyo ejercicio pueda ser impedido por el otro, dado que son facultades que están reguladas por la ley como función que ha de ser ejercida en interés de los hijos.²⁹
- 34. Es evidente que el avance legislativo se dirige a eliminar toda pre asignación de la tenencia ya sea al padre o a la madre ya que estas reglas no permiten que el juez tome una decisión basada en la situación particular del niño. Precisamente, la observación general N° 14, realizada por el Comité de los Derechos del Niño, expresa claramente que:

Las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. **Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso** (el destacado nos pertenece).³⁰

- 35. Es innegable que la ley no deba realizar ningún tipo de preferencia respecto del otorgamiento de la tenencia por ser contraria al derecho de igualdad y de corresponsabilidad parental garantizados por la Constitución. En consecuencia, el artículo 106 numerales 2 y 4 del CNA debe ser declarado inconstitucional para así permitir la posibilidad de que al ser ambos padres igualmente aptos para el cuidado y crianza de sus hijos, puedan ambos compartir la tenencia y evitar que uno de ellos sea un mero visitador. Sólo de esta manera, el Estado podrá garantizar el cumplimiento del principio de corresponsabilidad parental.

²⁸ Sentencia Juzgado Tercero De Familia - Bogota - 16 de Julio de 2009. Disponible en: <https://plus.google.com/photos/113866853010120566309/albums/5365091932334000385?banner=pwa>
 Sentencia Juzgado Tercero De Familia - Cali - 18 de Mayo de 2010. Disponible en: <https://plus.google.com/photos/113866853010120566309/albums/5575796601261057889?banner=pwa>
 Sentencia Juzgado Primero De Familia - Bucaramanga - 1 de Febrero de 2011. Disponible en: https://drive.google.com/folderview?id=0BznzLZxQDVtENmNmZDdjZTgtNDcwNi00M2IxLTk0YzctMjZlNzJkZGFm&usp=drive_web&ddrp=1&hl=en#

²⁹ Corte Suprema de Justicia colombiana. 25 de octubre de 1984. Doctor Hernando Tapias Rocha

³⁰ Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) párrafo 67.

T.

[Handwritten signature]

Discriminación al perpetuarse estereotipos en los roles de las mujeres

- 36. Por otro lado, el artículo 106 del CNA es discriminatorio con las mujeres ya que al establecer una preferencia injustificada hacia la madre se está perpetuando en la sociedad la idea tradicional de que el cuidado de los niños le corresponde exclusivamente a aquella. De esta forma, se impone a la mujer expectativas específicas en relación con la vida familiar, limitando sus opciones en el mercado laboral. En consecuencia, esta norma genera situaciones que violan el derecho a la no discriminación de las mujeres.
- 37. El artículo 106 numerales 2 y 4 del CNA dispone una diferenciación entre la madre y el padre al preferir de forma arbitraria a la madre para que se le otorgue la tenencia de los hijos. Aquella preferencia que realiza la ley respecto de la mujer se funda en una idea estereotipada de que esta es la más idónea para el cuidado de los hijos. Los papeles sociales de la mujer a través de la historia han estado contaminados de estereotipos y de tareas específicas que se han reducido, la mayoría de las veces, al ámbito doméstico.³¹ No cabe duda que una diferenciación de este tipo no es ni legítima ni razonable, por lo que la distinción realizada por el artículo 106 numerales 2 y 4 del CNA resulta discriminatoria.
- 38. Justamente, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CETFDM)³² señala en su preámbulo que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres.
- 39. En virtud de lo anterior, el artículo 5 letra b) de la CETFDM establece que los Estados partes tomarán las medidas apropiadas para garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.
- 40. El artículo 16 de la CETFDM impone a los Estados la obligación de adoptar todas las medidas tendientes a asegurar en condiciones de igualdad los mismos derechos y responsabilidades como progenitores a hombres y mujeres, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos. Asimismo, establece que los Estados Partes asegurarán en condiciones de igualdad

³¹ Sindo Froufe Quintas. *La mujer ante el Tercer Milenio*. Pedagogía social, 1997 JUN-DIC; (15-16), p. 87.

³² Ratificado por el Ecuador el 5 de febrero de 2002.

P.

entre hombres y mujeres los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas y en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

- 41. De no eliminarse este estereotipo, se seguirá promoviendo situaciones discriminatorias contra las mujeres, como por ejemplo, dentro del campo laboral. Precisamente, el rol reproductivo de las mujeres no se debe convertir en una variable excluyente y discriminatoria de ellas en su acceso al trabajo.³³ Incluso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que disposiciones tendientes a buscar una supuesta protección a las mujeres dentro de su rol materno provocan discriminación:

Disposiciones prohibitivas y categóricas – por ejemplo, de trabajo considerado insalubre, nocturno, o estimado como peligroso en todos los casos - pueden ser usadas para relegar a las mujeres a una posición de inferioridad durante su embarazo y post-parto en el ámbito laboral. Igualmente pueden incrementar su situación de pobreza, y limitar su acceso a recursos económicos necesarios en un momento vital de su vida y su familia. **Tanto la OIT como la Corte Constitucional de Colombia se han pronunciado sobre la lógica paternalista, protectora, y discriminatoria de este tipo de disposición, en contravención con los principios de igualdad y la no discriminación** (el resaltado es propio).³⁴

- 42. Así, es posible evidenciar que si bien existen normas que aparentemente otorgan un beneficio a las mujeres, lo que realmente provocan es discriminación. El artículo 106 numerales 2 y 4 del CNA podría parecer que reconoce un derecho para las madres pero, en realidad, al imponer la idea de que es siempre la mujer quien debe cuidar de los hijos se está limitando su mercado laboral.
- 43. Dentro del caso Maria Eugenia Morales de Sierra c. Guatemala, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos encontró violaciones a los artículos 1, 2, 17 y 24 de la Convención Americana, dado que las disposiciones del Código Civil de Guatemala asignaban responsabilidades y obligaciones exclusivamente al cónyuge, en virtud de su papel como generador de ingresos y, en el caso de la mujer, por su papel como esposa, madre y ama de casa. La Comisión concluyó que, lejos de asegurar la “igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades” dentro del matrimonio, las disposiciones citadas

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales* (2011). Washington: OEA, p. 59.

³⁴ *Ibíd.* p. 61.

institucionalizan desequilibrios en los derechos y deberes de los cónyuges, con un efecto continuo y directo en la víctima.³⁵

- 44. Por todo lo expuesto, el artículo 106 numerales 2 y 4 es violatorio al principio de igualdad ya que la pre-asignación materna impide que tanto el padre como la madre puedan ejercer de manera equitativa sus derechos y obligaciones frente al niño. Más aún, esta disposición resulta discriminatoria al reforzar estereotipos respecto del rol de la mujer en la familia. Por ello, es imperante que se declare inconstitucional el artículo en mención.

2. El artículo 106 numerales 2 y 4 es inconstitucional ya que es contrario al principio del interés superior del niño

- 45. El artículo 106 numerales 2 y 4 del CNA es contrario al principio del interés superior del niño ya que no asegura la efectiva realización de sus derechos pues menoscaba el derecho a la opinión del niño, el derecho a la identidad del niño y el derecho a la preservación del entorno familiar. El principio de interés superior del niño se encuentra recogido en el artículo 3 de la CDN, siendo este considerado como uno de los principios generales de dicho instrumento:

Artículo 3

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.³⁶

- 46. Dicho interés encuentra su fundamento en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de los derechos contenidos en la CDN.³⁷
- 47. En la Observación General No. 14, realizada por el Comité de los Derechos del Niño, se señala que el interés superior del niño posee una posición prioritaria frente a otros intereses y derechos. Esta posición se justifica por la situación particularmente especial de los menores, ya que ellos se encuentran en un estado de dependencia, que a menudo, conlleva a una carencia de voz. Por esta razón, los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender sus propios intereses,

³⁵ Informe N° 28/98. Caso 11.625. María Eugenia Morales De Sierra C. Guatemala. 6 De Marzo De 1998

³⁶ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 3. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

³⁷ CIDH, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

razón por la cual las personas que intervienen en decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses.³⁸

48. Inclusive, el Comité de los Derechos del Niño reconoce la posibilidad de que, ante el conflicto entre el interés superior del niño y otros derechos o intereses, las autoridades y responsables de la toma de decisiones deberán tomar en cuenta que el interés superior del niño tiene máxima prioridad.³⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Atala Riffo y niñas c. Chile ha ratificado que el objetivo general de proteger el interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo e imperioso que además funciona como un principio regulador de la normativa de los derechos del niño.⁴⁰
49. Asimismo, en la Opinión Consultiva OC-21/14, del 19 de agosto de 2014, sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que cuando se trata de la protección de los derechos de los niños y la adopción de medidas para lograr dicha protección, el principio de interés superior del niño debe inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral⁴¹. Es así que, es elemental que se evalúe de forma individualizada el interés superior del niño en cada caso concreto, pues las medidas de protección a adoptarse deben ser acorde con este principio⁴².
50. De igual forma, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer contempla en su artículo 5 que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño⁴³.
51. Adicionalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 17.4 establece que:

Artículo 17. Protección a la Familia

³⁸ Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 37.

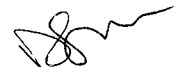
³⁹ Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 38.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C No. 239.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Párr. 69.

⁴² *Ibíd.* Párr. 104.

⁴³ Observación general N° 5 (2003) sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 12; y Observación general N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, párr. 2.



4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.⁴⁴

52. El interés superior del niño tiene que ser forzosamente analizado en la elaboración de todas las medidas de aplicación adoptadas por los gobiernos y en las decisiones individuales tomadas por autoridades judiciales o administrativas. Es así que, una de las obligaciones de un Estado a partir de la aplicación del artículo 3 de la CDN es:

El deber de velar por que todas las decisiones judiciales, políticas y **legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior** de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño y la importancia que se le ha atribuido en la decisión [...].

Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, los Estados partes deben adoptar una serie de medidas, entre estas: a) Examinar y, en su caso, **modificar la legislación nacional y otras fuentes del derecho** y, velar por que el requisito de que se tenga en cuenta el interés superior del niño se recoja y aplique en todas las leyes y reglamentos nacionales, la legislación provincial o territorial, las normas que rigen el funcionamiento de las instituciones públicas y privadas [...] ⁴⁵ (el destacado nos pertenece).

53. El Comité de los Derechos del Niño ha establecido que el interés superior del niño es un concepto triple que envuelve: i) un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses; ii) un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño; iii) una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones en el niño interesado⁴⁶.

54. Por lo tanto, al ser el interés superior del niño el principio rector en toda decisión que se tome respecto del niño, es esencial que el régimen de tenencia gire en torno a este. Así, no puede existir una postura previa respecto a quien mantendrá la tenencia de los menores; al contrario, en cada caso se debe analizar lo más conveniente para proteger el interés superior del niño y con base en esto proceder a la toma de cualquier decisión.

⁴⁴ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 17.4. Entró en vigor el 22 de noviembre de 1969.

⁴⁵ Observación General N. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párrafo 14.

⁴⁶ *Ibíd.*, párrafo 6.

- 55. En este sentido, un Estado debe poder demostrar que las autoridades competentes son realmente capaces de dar prioridad al interés superior del niño, lo que presupone un cierto grado de flexibilidad en la toma de decisiones. Cualquier definición rígida del interés superior (como afirmar que un niño siempre tiene que estar con su padre o madre) es potencialmente discriminatoria y contraria a la Convención⁴⁷. Así, se demostrará que el artículo 106 numerales 2 y 4 del CNA realiza una preferencia arbitraria a la tenencia materna limitando los derechos del niño y causando un perjuicio a su desarrollo y pleno aprovechamiento de sus potencialidades.
- 56. La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso. De ahí que, el Comité de los Derechos del Niño, haya elaborado una lista no exhaustiva de elementos que informan parte de la evaluación del interés superior del niño, cuyo fin último es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la CDN y su desarrollo holístico. Como bien resalta el Comité, los elementos deben tenerse en cuenta en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate. Es así que, para analizar las reglas de patria potestad y tenencia dispuestas en el Art, 106 del CNA, son pertinentes los siguientes elementos: i) la opinión del niño; ii) la identidad del niño y, iii) preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.⁴⁸

2.1 La Opinión del Niño

- 57. La CDN establece que el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez.⁴⁹ Asimismo, el artículo 60 del CNA recoge el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser consultados en todos los asuntos que les afecten⁵⁰.
- 58. El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado ha señalado que:

(...) La legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación. Algunas jurisdicciones, por motivos de política o de legislación, prefieren indicar una edad en que el niño es considerado capaz de expresar sus propias opiniones. Sin embargo, **la Convención prevé que este asunto se**

⁴⁷ Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. UNICEF. Diciembre de 2004.

⁴⁸ Observación General N. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párrafo 52.

⁴⁹ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 12. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

⁵⁰ Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 60. Registro Oficial 737 de 03 enero de 2003.

P.

determine caso por caso, ya que se refiere a la edad y la madurez, por lo que exige una evaluación individualizada de la capacidad del niño (el resaltado es propio)⁵¹.

- 59. Siguiendo la misma línea de pensamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-21/14, ha señalado que se debe asegurar el derechos de los niños de tener la oportunidad de ser oídos en función de su edad y madurez y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta en aquellos procedimientos judiciales o administrativos en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la expulsión de uno de los progenitores⁵².
- 60. En este sentido, el respeto a la opinión del niño se erige como uno de los principios generales de la Convención ya que permite concebir al niño como individuo independiente, poseedor de opiniones propias que, en consonancia con su capacidad y madurez, deberán ser tenidas en cuenta en todos los asuntos que le afecten⁵³. Por ende, es esencial que se adopten medidas que le permitan al niño no sólo expresar su opinión, sino que además esta sea tomada en cuenta por la autoridad.
- 61. El artículo 106 del CNA establece que “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”.⁵⁴ Por su parte, el numeral 2 de dicho artículo señala que a falta de acuerdo, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre.
- 62. Al realizar un análisis lógico de estas normas se deduce que no hay una consideración como tal a la opinión del niño pues una vez que se configura el supuesto de inexistencia de acuerdo, la patria potestad del menor se confiere directamente a la madre. Consecuentemente, esta disposición carece de sentido en la práctica ya que a pesar de que se escuche al niño para confiar la patria potestad, su opinión en realidad no es considerada al existir una regla previamente establecida.
- 63. Como se mencionó con anterioridad, no basta con que el niño sea oído sino que su opinión debe ser tomada en cuenta por la autoridad, en función de la edad y madurez del menor. Por lo tanto, el numeral 2 del Artículo 106 al no asegurar el derecho a la opinión del niño, vulnera uno de los

⁵¹ Observación General N. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, párrafo 52.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Párr. 282.

⁵³ María del Rosario Carmona. *La Convención sobre los derechos del niño: Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: DYKINSON S.L., 2005.

⁵⁴ Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 106. Registro Oficial 737 de 03 enero de 2003.

A.

elementos que conforman el interés superior del niño, principio primordial que debe estar presente en toda la legislación atinente a los menores.

2.2 La Identidad del Niño

64. La CDN en su artículo 8 establece que es obligación del Estado proteger y, si es necesario, restablecer la identidad del niño si este hubiera sido privado en parte o en todo de la misma (nombre, nacionalidad y vínculos familiares).⁵⁵ Asimismo, la Constitución reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la identidad.⁵⁶ Por su parte, el CNA establece:

Artículo 33.- Derecho a la identidad.- **Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad** y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y **sus relaciones de familia**, de conformidad con la ley. Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños; niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho (el resaltado es propio).

65. El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N° 7 sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia, ha señalado que los padres de un niño pequeño desempeñan una función esencial en la realización de sus derechos, pues como lo establece el preámbulo de la CDN, la familia es “el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”. Normalmente, los niños pequeños forjan vínculos fuertes y mutuos con sus padres, estas relaciones ofrecen al menor seguridad física y emocional, lo que permite que estos construyan su identidad personal a la vez que adquieren aptitudes, conocimientos y conductas valoradas culturalmente. Por lo que, generalmente, los padres son el conducto principal a través del cual los niños pequeños pueden realizar sus derechos.⁵⁷ De ahí que, el Comité inste a los Estados Partes a adoptar todas las medidas para garantizar que los padres puedan asumir la responsabilidad primordial de sus hijos y ayudar a que estos cumplan con sus responsabilidades, en particular reduciendo privaciones que son dañinas para la atención que se preste al niño. Esto, dado que la responsabilidad otorgada a los padres está vinculada al requisito de que actúen con miras al interés superior del niño.⁵⁸

D.

⁵⁵ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 8. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.
⁵⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 45. Registro Oficial 449 de 20 octubre de 2008.
⁵⁷ Observación General N. 7 (2005) sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia, párrafo 16.
⁵⁸ *Ibíd.* Párrafo 18.

66. De igual forma, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe sobre “El derecho del niño y la niña a la familia” ha mencionado que la personalidad y la identidad del niño se construyen por medio de múltiple factores entre los que se destaca la creación de vínculos afectivos entre el niño y las personas cercanas a él. Consecuentemente, la influencia de las personas más próximas al niño en su proceso de crianza y en el forjamiento de su personalidad hace que se establezca un vínculo entre el derecho a la familia y el derecho a la identidad.⁵⁹

67. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado que:

El derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, **a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social**. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez⁶⁰ (el resaltado es propio).

68. En virtud de lo anteriormente mencionado, al ser las relaciones de familia un elemento que configura el derecho a la identidad, piedra angular del interés superior del niño, es esencial que las disposiciones legales sean conformes a dichos derechos. El artículo 106 del CNA dispone ciertas reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad y tenencia, las cuales resultan ser incompatibles con el derecho a la identidad, pues obstaculizan al niño o adolescente cuyos padres son divorciados, a mantener un vínculo directo con el padre al que no se le ha conferido la tenencia del menor. Al contrario, como bien lo ha resaltado el Comité de los Derechos del Niño y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se tiene que fomentar el desarrollo de las relaciones padres e hijos, objetivo que difícilmente se puede lograr bajo el sistema de tenencia actual.

2.3 Preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones familiares

69. Otro elemento para el cumplimiento del principio del interés superior del niño es la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones familiares. Justamente, existe una

⁵⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo: poniendo fin a la institucionalización en las Américas* (2013), párrafo 61.

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C No. 221, párrafo 122.

estrecha relación entre el derecho del niño a la familia y la realización de sus derechos. La Constitución del Ecuador menciona en varias de sus disposiciones la relevancia que tiene la familia en el desenvolvimiento de los derechos de los niños. Por ejemplo:

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, **en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.** Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; **a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria;** a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas. (el resaltado es propio)⁶¹

70. Dentro de los instrumentos internacionales, se tiene a la Convención Americana de Derechos Humanos que recoge el deber del Estado a proteger a la familia en su artículo 17.1:

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.⁶²

71. Asimismo, el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación del Estado de velar por la existencia de condiciones para que la protección efectiva del menor pueda darse por parte de los progenitores y su familia, considerando la realización de todos los derechos del niño y adoptando las medidas adecuadas para su protección.

72. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se han pronunciado en diversas decisiones sobre el derecho a la protección a la familia

⁶¹ Constitución del Ecuador. Arts. 26, 44 y 45. Registro Oficial 449 de 20 octubre de 2008.

⁶² Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo. 17.1. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

A.

en relación con el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁶³, para fijar los contenidos y alcances de las obligaciones de los Estados Miembros en relación a los derechos establecidos en estos artículos. La Corte se ha manifestado en los siguientes términos:

En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños (...). Y el **Estado se halla obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar**". En ese sentido, "[e]l reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (el destacado nos pertenece)⁶⁴.

73. Adicionalmente, la CDN declara el derecho del niño a vivir con sus padres y a ser cuidado por ellos, así como el deber de los Estados de apoyar a la familia para que esta pueda cumplir cabalmente con sus funciones, lo cual se encuentra en los artículos 3.2, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 18, 20, 21 y 27 de la CDN.⁶⁵

74. Por otro lado, este reconocimiento del derecho a la familia y al desarrollo de una vida familiar libre de injerencias ilegítimas se encuentra también reconocido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos en los artículos 15 del Protocolo de San Salvador,⁶⁶ 16.3 de la Declaración Universal,⁶⁷ 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁶⁸ y en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.⁶⁹

75. De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el concepto de familia no debe reducirse únicamente al vínculo matrimonial ni a un concepto unívoco e inamovible de familia.⁷⁰ Así, la Corte constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas

⁶³ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo. 19. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

⁶⁴ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 66. Ver también Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 156; Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 125.

⁶⁵ Convención sobre los Derechos del Niño. Arts. 3.2, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 18, 20, 21 y 27. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

⁶⁶ Protocolo de San Salvador. Art. 5. Entrada en vigor el 16 de noviembre de 1999.

⁶⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 16.3. Ratificada el 10 de diciembre de 1948.

⁶⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 23.1. Entrada en vigor el 25 de marzo de 1976.

⁶⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Art. 10. Entrada en vigor el 3 de enero de 1976.

⁷⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre el Derecho del Niño y la Niña a la Familia. Cuidado Alternativo. Poniendo Fin a la Institucionalización en las Américas. Aprobado el 17 de octubre de 2013.

P.

interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad.

76. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.⁷¹ Por ello, a pesar de que los padres de un niño, niña o adolescente se encuentren divorciados, siguen constituyendo una familia. En consecuencia, el Estado se encuentra obligado a garantizar la protección de este núcleo familiar.

77. Es así que, la responsabilidad primaria por el bienestar del niño y el goce de sus derechos recae en sus progenitores y en los miembros de su familia de origen, independientemente de la composición y la forma de constitución de ésta. A su vez, los progenitores tienen una serie de derechos y responsabilidades en el marco de las relaciones familiares de carácter paterno-filial, que deben ser respetados y garantizados por los Estados.

78. Por otra parte, como bien lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la reciente Opinión Consultiva OC-21/14:

(...) El niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia". Por ende, las **separaciones legales de la niña o del niño de su familia solo pueden proceder si está debidamente justificadas en su interés superior, son excepcionales y, en lo posible, temporales.** En esta línea, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé, como parte del régimen de protección integral, **la obligación de prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar (...)**⁷²

79. De esta forma, el artículo 106 numerales 2 y 4 del CNA es contrario al derecho del niño a la familia y, por ende, vulnera el interés superior del niño. Esto se debe a que el otorgamiento de la tenencia de forma exclusiva y arbitraria a la madre cuando ambos padres son igualmente aptos, impide que el niño tenga este contacto continuo con su núcleo familiar. Es así que, no se permite que todos los integrantes puedan cumplir con sus obligaciones respecto del menor. Además, la regla de preferencia materna impide preservar la unidad familiar ya que, al contrario, refuerza la separación familiar e impide que exista un verdadero fortalecimiento del núcleo familiar. Consecuentemente, el mencionado artículo resulta inconstitucional.

⁷¹ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 120.

⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Párr. 273.



80. En definitiva, la disposición cuya inconstitucionalidad se pretende viola de forma expresa el derecho de igualdad ante la ley, ya que realiza una distinción no justificada entre los derechos y obligaciones del padre y de la madre, vulnerando así el principio de corresponsabilidad parental. Además, si bien podría considerarse que este artículo beneficia a la figura materna, en la práctica implica un perjuicio pues perpetúa estereotipos del rol cultural de la mujer. Finalmente, de llegarse a considerar que esta asignación automática beneficia al niño, realmente se llega al resultado opuesto. Es así que, como bien lo establecen los instrumentos internacionales, cualquier regla que conceda automáticamente la tenencia a uno de los padres es contrario al interés superior del niño.

V. ÓRGANO EMISOR DE LA DISPOSICIÓN JURÍDICA OBJETO DEL PROCESO

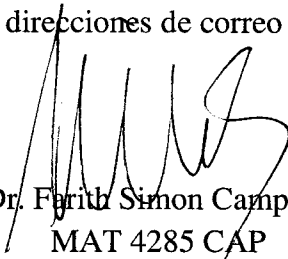
- 81. El órgano emisor del Código de la Niñez y Adolescencia (en adelante CNA) es la Asamblea Nacional. Esta fue sancionada por el Presidente de la República en el Registro Oficial No. 737 del 3 de enero de 2003.
- 82. Por lo tanto, la presente demanda deberá ser puesta en conocimiento de Gabriela Rivadeneira Burbano, Presidenta de la Asamblea Nacional; del Economista Rafael Correa Delgado, Presidente de la República del Ecuador, y del Doctor Diego García Carrión, Procurador General del Estado, de conformidad con los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.
- 83. A la Presidenta de la Asamblea Nacional, se la citará en sus oficinas ubicadas en el edificio de la Asamblea Nacional, en la Avenida 6 de Diciembre y Piedrahita de la ciudad de Quito.
- 84. Al Presidente de la República, se le citará en sus oficinas ubicadas en el Palacio de Carondelet, en la calle García Moreno N10-43 entre Chile y Espejo, de la ciudad de Quito.
- 85. Al Procurador General del Estado, se le citará en sus oficinas ubicadas en el edificio de la Procuraduría, en la calle Gral. Robles 731 y Amazonas, entre 9 de Octubre y Amazonas, de la ciudad de Quito.


VI. PRETENSIÓN


86. Con base en los argumentos expuestos solicitamos que se admita a trámite la presente demanda de inconstitucionalidad, se fije fecha de audiencia para la sustanciación de la misma y la declaratoria de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CNA.


VII. NOTIFICACIONES

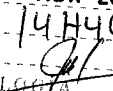
87. Notificaciones en relación a este proceso, las recibiremos en el Casillero Judicial No.13 del Palacio de Justicia de Quito y en las direcciones de correo electrónico farithsimon@yahoo.com y dsalazar@usfq.edu.ec.


Dr. Farith Simon Campaña
MAT 4285 CAP
MAT foro 17-1995-15


Daniela Salazar
MAT 8731 CAP
MAT foro 17-2004-298


Andrea Muñoz Saritama
CC: 1103777841


Adriana Orellana Ubidia
CC: 0920814621

CORTE CONSTITUCIONAL
SECRETARIA GENERAL
Recibido el día de hoy **01 ABR 2015**
A las **14 H40**
Por **JCS** f.) 
DOCUMENTOLOGIA
f.) SECRETARIO GENERAL

Anexa 8 Fojos