

## **SEÑORES MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.-**

**Diego Esteban Rivadeneira Icaza**, portador de cédula de ciudadanía Nro. 1711246213; **Pedro José Freire Vallejo**, portador de cédula de ciudadanía 1707321707; **Francisco Xavier Semblantes Vorbeck**, portador de cédula de ciudadanía Nro. 1706860341, dentro del caso No. 0028-15-IN, en representación de la **Fundación Padres por Justicia**, ante ustedes comparecemos respetuosamente para presentar el siguiente **Amicus Curiae**, al tenor de los siguientes términos:

### **VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD FORMAL Y MATERIAL Y NO DISCRIMINACIÓN.-**

**a.-** Sin duda alguna el derecho (o principio) a la igualdad es consustancial al valor justicia. Es una relación de género-especie. En este caso, la especie es el valor justicia y el género, el derecho a la igualdad. Esto es lo que la iusfilosofía denomina como justicia conmutativa. *“Por tanto, en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se dan por establecidas definitivamente.”*<sup>1</sup>

Al ser un principio de rango constitucional, su valor supremo debe prevalecer en virtud del principio de supremacía constitucional. El principio de supremacía constitucional establece que la Constitución es la norma suprema que predomina sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las disposiciones normativas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, ya que caso contrario carecerán de eficacia jurídica. Así lo señala el artículo 424 de la norma constitucional.

**b.-** Este concepto de justicia conmutativa en el año 2008 fue recogido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, al haberse además decidido constituir un estado constitucional de derechos y justicia. Dentro de la Constitución de la República en su artículo 66, numeral 4 se garantiza el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, la cual tiene su fundamento en la dignidad humana, tal como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *“se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”*<sup>2</sup>, y el Preámbulo de nuestra Constitución al haber

---

<sup>1</sup> Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, pág. 17.

<sup>2</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 79.



decidido constituir el soberano ecuatoriano “una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas (...)”. Ergo, las personas no somos medios y objetos, sino sujetos y fin (CRE, art. 283);<sup>3</sup> por ello, toda persona tiene derecho “(...) al reconocimiento de su dignidad” (CADH, art. 11.1).

**c.-** El derecho a la igualdad y no discriminación es un “derecho-principio” fundamental. La Corte IDH lo ha reconocido como “101. (...) un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”<sup>4</sup>, por ello “184. (...) el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.”<sup>5</sup>

**d.-** La Corte Constitucional del Ecuador, dentro del marco de sus atribuciones establecidas en nuestra Carta Magna, artículo 436, numeral 6, ha desarrollado precedentes jurisprudenciales, estableciendo claros conceptos respecto a las dos facetas del derecho a la igualdad: la formal y la material.

**e.-** Respecto a la igualdad formal, la define también como “igualdad ante la ley” e “*implica la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del derecho – igualdad en el tratamiento hacia determinadas personas en situaciones paritarias o idénticas*”.<sup>6</sup> Así se encuentra positivizado en el artículo 24 de la CADH: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Los magistrados, teniendo la obligación de practicar control de convencionalidad, deben considerar la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), la cual forma parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano.

---

<sup>3</sup> Kant, Immanuel en su obra “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres” define a la dignidad humana como: “Cada cual debe tratarse a sí mismo y a los demás, nunca simplemente como medio, sino siempre como **un fin** en sí mismo (...) Sin embargo, lo que constituye la única condición bajo la cual puede algo ser fin en sí mismo, no posee simplemente un valor relativo, o sea, un precio, sino un valor intrínseco: **la dignidad**” (págs. 42 y 48).

<sup>4</sup> Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

<sup>5</sup> Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005.

<sup>6</sup> Desarrollo Jurisprudencial de la Primera Corte Constitucional Noviembre 2012 – Noviembre 2015, pág. 76.





La Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 expresa lo siguiente:

*"83. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos (...)*

*(...) 101. (...) En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico."* (Subrayado añadido)

En el caso que nos compete, los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (en adelante CONA), están vulnerando además el principio de supremacía constitucional, ya que son incompatibles en primer lugar, con el derecho a la igualdad formal.

No existe paridad de trato en la legislación, por cuanto justamente el objeto de la Acción de Inconstitucionalidad *sub judice* aborda una normas contempladas en el CONA que no observan paridad de trato entre la madre y el padre.

Asimismo, no existe paridad en la aplicación del derecho, ya que existe una injustificada preferencia materna respecto a la custodia de los hijos.

Por lo expuesto, sabiendo que nuestra Constitución y el bloque de constitucionalidad protegen el derecho a la igualdad formal, por pertenecer al *ius cogens*, es necesario que el estado ecuatoriano adopte medidas legislativas que garanticen el goce efectivo del derecho mencionado. Así lo determinó la Corte IDH dentro del caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012:

*"279. (...) los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen."* (Énfasis añadido)



Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones respecto a su estabilidad emocional, económica, madurez psicológica, condiciones de prestar a las hijas e hijos la dedicación que necesitan y un ambiente estable para su desarrollo integral, ¿por qué existe una ley que segrega al padre?, ¿cuál es la justificación objetiva y razonable para preferir a la madre?, ¿existe algún fin constitucional válido para realizar esa limitación al goce del derecho a la igualdad que también tiene el padre? De no tener una justificación objetiva y razonable, y de no tener un fin constitucional válido para dicha segregación, nos encontraríamos frente a una norma sospechosa de discriminación.

Entonces, se infiere que el derecho a la igualdad formal, es decir la igualdad ante la ley, pese a que existe normativa que dispone la adopción de medidas legislativas que busquen derogar leyes que impidan el goce efectivo de los derechos fundamentales, se vulnera a través de las disposiciones establecidas en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA.

En ese sentido, si ambos padres se encuentran en igualdad de condiciones para criar a sus hijos, ¿por qué la legislación ecuatoriana realiza una clara discriminación? Antes bien se debería garantizar "(...) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas"<sup>7</sup>, por ser lo más justo; si una ley no garantiza el derecho a la igualdad, puede considerarse una ley inconstitucional e injusta.

Por lo tanto, "88. *El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.*"<sup>8</sup> (Subrayado añadido).

**f.-** Respecto a la igualdad material, la Corte Constitucional la ha definido como "igualdad de oportunidades"<sup>9</sup>. Este concepto Rawlsiano ha sido desarrollado en nuestro ordenamiento jurídico, a tal punto que se encuentra impregnado dentro de los principios de aplicación de los derechos: "Todas

---

<sup>7</sup> Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los Derechos*, pág. 257.

<sup>8</sup> Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

<sup>9</sup> Desarrollo Jurisprudencial de la Primera Corte Constitucional Noviembre 2012 – Noviembre 2015, pág. 77.





las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades" (CRE, art. 11.2).

John Rawls comprende que el valor justicia no puede divorciarse de la igualdad de oportunidades cuando señala que *"un sistema social justo define el ámbito dentro del cual los individuos tienen que desarrollar sus objetivos, proporcionando un marco de derechos y oportunidades así como los medios de satisfacción dentro de los cuales estos fines pueden ser perseguidos equitativamente"*<sup>10</sup> (Subrayado añadido).

Siguiendo la misma línea argumental, la Corte Constitucional manifiesta que la igualdad material o real no tiene que ver con cuestiones formales sino con la real posición social del individuo a quien va a ser aplicada la ley, con la finalidad de evitar injusticias y ésta es relativa a las consecuencias, es decir, apunta a la igualdad de resultado.

En el caso que compete, la norma establecida en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA es un obstáculo para que la igualdad material, traducida en igualdad de oportunidades se cristalice en resultados, puesto que la realidad evidencia que el padre, en lugar de poder participar como agente activo en el desarrollo integral de sus hijos, se ha reducido en un *"personaje al que se le permitirá visitar a sus niños unas pocas horas cada dos semanas y, en el peor de los casos, se le impedirá el contacto con ellos de manera completa y de forma indefinida"*<sup>11</sup>.

Como se puede observar, no existen garantías normativas de carácter legal que tutelen la aplicación de la igualdad material respecto a la crianza compartida de los hijos en igualdad de derechos, deberes y oportunidades.

Nuestra Constitución consagra garantías para la protección de derechos; una de ellas corresponde a las garantías normativas, ésta es la *"regulación y tienen que ver con el desarrollo del derecho secundario, con la reforma legal y con la limitación de las potestades legislativas a los derechos"*<sup>12</sup>. Estas garantías normativas *"constituyen una primera garantía para las personas"*<sup>13</sup>; por ello, *"el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas"* (CRE art. 11.8); sin embargo, en el presente caso, las garantías normativas de índole legal no están cumpliendo su telos: tutelar el derecho a la igualdad, y como veremos más adelante, "derecho-deber" a la corresponsabilidad parental y el interés superior del niño.

---

<sup>10</sup> John, Rawls, pág. 42.

<sup>11</sup> Ortiz Lemos, Andrés. *Cuando nos Volvamos a Ver*, pág. 33.

<sup>12</sup> Ávila Santamaría, Ramiro. *Los Derechos y sus Garantías*, pág. 189.

<sup>13</sup> *Ibid*, pág. 187.



**g.-** Como consecuencia de lo mencionado en líneas anteriores, se puede colegir que la ausencia de igualdad formal y material constituye la presencia ineludible de discriminación, pues *"83. el elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación (...)"*<sup>14</sup>.

Respecto a la discriminación, la Corte Constitucional ecuatoriana la ha definido como:

*"(...) el acto de hacer una distinción o segregación que atenta contra la igualdad de oportunidades (...) se genera cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable (...) se concreta cuando se realiza un perjuicio (...)"*<sup>15</sup>

De lo expuesto, se desprende que un trato desigual, para que no sea considerado discriminatorio, como en el presente caso, la custodia monoparental materna, debe estar debidamente fundamentado, ya que *"si no hay una razón suficiente para la permisión de un trato desigual, entonces lo ordenado sería un trato igual."*<sup>16</sup> Además, es necesario considerar que la carga de la prueba recae sobre quien realiza la norma o acto distintivo, y debe justificar las razones por las cuales da preferencia a la madre en vez de que el derecho a la igualdad y corresponsabilidad parental sea gozado tanto por la madre como por el padre en beneficio del interés superior del niño.

La Corte IDH ha sido clara: *"57. No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia (...)"*<sup>17</sup> (Subrayado añadido). Caso contrario, nos encontraríamos ante una medida (ley) injusta.

Hasta la actualidad se desconoce los motivos que condujeron a concluir que la exclusividad de la custodia de los hijos debe darse a la madre, pese a que ambos progenitores pueda que se encuentren en igualdad de condiciones para ejercer corresponsabilidad parental (lo lógico sería la denominada custodia compartida), vulnerándose de esa forma derechos y principios fundamentales consagrados en el bloque de constitucionalidad. Al respecto, la Corte IDH se ha pronunciado: *"83. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas*

---

<sup>14</sup> Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

<sup>15</sup> Desarrollo Jurisprudencial de la Primera Corte Constitucional Noviembre 2012 – Noviembre 2015, pág. 35.

<sup>16</sup> Ibid, pág. 38.

<sup>17</sup> Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984.





las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos."<sup>18</sup>

Entonces, si no existe una razón justificable y objetiva para realizar la mencionada distinción, nos encontraríamos frente a un acto flagrante injusto y discriminatorio, transgresor de derechos y principios fundamentales.

### **SOLICITUD DE PARTICIPACIÓN EN AUDIENCIA.-**

Solicito con el debido respeto, se nos permita comparecer en audiencia oral, pública y contradictoria, a fin de exponer con mayor claridad los criterios jurídicos desarrollados en el presente escrito de Amicus Curiae.

### **NOTIFICACIONES.-**

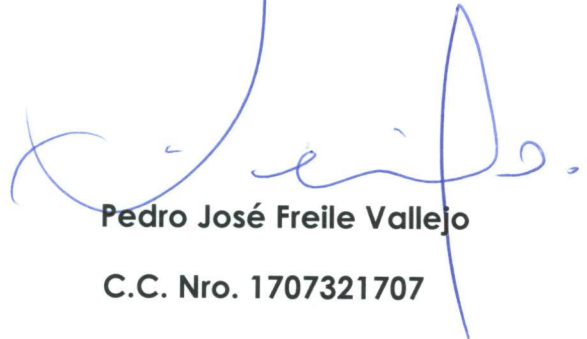
Recibiremos notificaciones a los correos electrónicos [panchosemblantes@yahoo.com](mailto:panchosemblantes@yahoo.com) y [diego.rivadeneiraicaza@gmail.com](mailto:diego.rivadeneiraicaza@gmail.com).

Atentamente,




**Diego Esteban Rivadeneira Icaza**


**C.C. Nro. 1711246213**



**Pedro José Freile Vallejo**

**C.C. Nro. 1707321707**



	<b>SECRETARÍA GENERAL</b>
	<b>DOCUMENTOLOGÍA</b>
Recibido el día de hoy...	17 JUN 2021
Por...	a las... 15:47
Por...	JAE
Anexos...	3 folios
	FIRMA RESPONSABLE

**Francisco Xavier Semblantes Vorbeck**

**C.C. Nro. 1706860341**

<sup>18</sup> Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

PHYSICS DEPARTMENT

PHYSICS 551

LECTURE 10

STATISTICAL MECHANICS

ENTROPY

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...