

DOCUMENTO DE INFORME TÉCNICO CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA No. 28-15-IN/21

1. ANTECEDENTES

El 24 de noviembre de 2021 la Corte Constitucional mediante Sentencia No. 28-15-IN/21, declaró la inconstitucionalidad por el fondo de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, en las frases “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”, por ser contrarias al principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, al derecho a la igualdad y no discriminación y, a la corresponsabilidad parental.

la Corte señala que la norma contempla un trato diferenciado que supone que la mujer es más idónea para criar a los hijos que el hombre. Los elementos que fueron analizados son a) favorecer a NNA, al mantener el vínculo maternal y presuntamente beneficiar el interés superior de NNA; b) encargar la tenencia a la madre por sus “aptitudes, conaturales”, su “función social” y por ser “dadora principal de cuidado”; c) agilizar procesos de tenencia, por razón práctica en la que los jueces puedan resolver con mayor rapidez dichas causas; d) garantizar la autonomía de la mujer, tomando en cuenta la dependencia económica que usualmente tienen con respecto a los progenitores y lo propensas que se encuentran a la pobreza; y, la eliminación y tolerancia de situaciones de violencia contra la mujer.

La sentencia estableció que el interés superior de las niñas, niños y adolescentes es la base sobre la cual se decide sobre sus derechos, en ese sentido asumir la preferencia materna como una norma rompe la posibilidad de analizar lo que efectivamente más favorece a las hijas e hijos. La vigencia del principio de interés superior se complementa con la aplicación de los principios de prioridad absoluta, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, todos éstos que hacen parte de la doctrina de la protección integral de niñas, niños y adolescentes, vigente en el Ecuador.

Otros aspectos importantes tienen que ver con que la tenencia debe estar mediada por un análisis interdisciplinario que considere la opinión del NNA, su edad y momento de desarrollo, su sexo y otras consideraciones de género, así como otras características propias de cada NNA relativas a su diversidad, a su origen étnico y cultural, su origen nacional, sus necesidades especiales de educación, necesidades médicas, etc. La decisión sobre la tenencia no puede estar aislada del reconocimiento del rol del Estado, la comunidad, la familia ampliada, y la familia nuclear del NNA en la garantía y protección del derecho de las NNA a mantener vínculos saludables y positivos con ambos progenitores que aseguren el desarrollo integral de hijas e hijos.

2. LOS DERECHOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN

A raíz de los principios constitucionales establecidos desde el año 2008, el Estado ecuatoriano ha elaborado estrategias estructurales que buscan garantizar el respeto a los derechos frente a cualquier tipo de discriminación, tanto en la vida pública como privada.

El artículo 35 de la norma constitucional establece como uno de los grupos de atención prioritaria a los niños, niñas y adolescentes quienes recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en concordancia con el artículo 44, en la que señala que sus derechos prevalecen sobre los de las demás personas, recogiendo el principio de interés superior.

El artículo 45 establece que las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad, reconoce entre otros el 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. Una buena decisión sobre la tenencia asegurará la materialización de estos derechos

El artículo 46, señala que el Estado debe adoptar entre otras medidas que aseguren: - atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos; - protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica; - atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad; - protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones; - atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias; - protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género.; - protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad; - protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.

Los literales a, b y c del artículo 66 determina derechos a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual; b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado; y c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.

El artículo 341 de la norma constitucional, señala que el Estado debe generar las condiciones que aseguren la protección integral de sus habitantes a lo largo de su vida. La protección integral funcionará a través de sistemas especializados, que se guiarán por los principios del Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social. Particularmente, indica que el Sistema Nacional descentralizado de protección integral de niñez y adolescencia, será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes; y, a su vez los sistemas de protección a nivel local que lo contempla el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

3. ENFOQUES

El enfoque de derechos humanos, es el método de análisis que permite identificar las desigualdades, sociales, culturales, económicas y políticas, que viven los sujetos y que limitan o impiden el ejercicio pleno de los derechos humanos, y adoptar medidas y acciones orientadas a corregir dichas desigualdades (ANII, 2018, pág. 32). A través de la aplicación de los enfoques, la actividad de construcción de normas jurídicas pasa por un tamiz que permite determinar con mayor objetividad a los sujetos de derechos y sus necesidades, para el caso de determinar la tenencia, las y los sujetos son los niños, niñas y adolescentes a quienes se debe asegurar el mayor nivel posible de bienestar y seguridad en la convivencia familiar.

3.1 El enfoque intergeneracional o de edad, propone reconocer las relaciones de exclusión y discriminación que se presentan entre niños, niñas, personas adolescentes, personas jóvenes, personas adultas y personas adultas mayores y que se asientan sobre la base del adultocentrismo como único poder legítimo. En este contexto, este enfoque propone formular mecanismos para superar las diferencias y alcanzar una igualdad intergeneracional (Duarte, 2006). A través de la aplicación de este enfoque se pueden entender los procesos de escucha a niñas, niños y adolescentes que son obligatorios cuando los asuntos que se discuten tienen que ver con la vigencia y garantía de sus derechos.

3.2 El enfoque de género; en sociedades androcéntricas como la ecuatoriana, el patriarcado, no solo que ha negado los derechos de las mujeres, también ha sido garante de la negación de la posibilidad del hombre de ejercer sus actividades que socialmente no le han sido permitidas debido a que han sido exclusivas y naturales de las mujeres tales como la tenencia, cuidado y crianza de sus hijas e hijos.

La construcción de la masculinidad y la femineidad, sienta sus bases en las sociedades patriarcales que se han encargado de anular y subordinar a las mujeres y a todo lo que se considera femenino, estableciendo al orden jerárquico y de superioridad como elementos constitutivos de la masculinidad. De tal forma que los

primeros rasgos de violencia empiezan a surgir, en el entendido común de que ser mujer constituye una suerte de predestinación a la invalidación de su construcción personal y, consecuentemente, a su subordinación.

En este sentido, es necesario indicar que el 92% de quienes mantienen la tenencia de sus hijos e hijas después de las separaciones de pareja son mujeres. Una cuarta parte de los hogares en el Ecuador está dirigida por una mujer, 1'069.988 mujeres son jefas de hogar. 7 de cada 10 mujeres han vivido violencia en nuestro país, el porcentaje más alto lo han experimentado las mujeres divorciadas, en un 81%. Ecuador registra más de 300 juicios de alimentos por día (Machado 2021).

Como lo hemos señalado anteriormente, la violencia de género en términos generales, parte de “una situación desigual donde el poderoso utiliza su superioridad para el placer que le proporciona su víctima aniquilada y sometida” (Garaventa 2015, 106). En el caso de niños, niñas, adolescentes y mujeres, este sometimiento provoca intimidación y silencio, es así que: “La impronta del patriarcado hace que las familias se organicen de acuerdo a las jerarquías de poder, que son absolutamente desiguales y a partir de las cuales en muchas ocasiones se naturalizan las situaciones de violencia, dominación, la creencia de que los hijos son propiedad privada de los progenitores, lo cual implica que cada uno hace con esa propiedad privada lo que cree que puede y tiene ganas de hacer” (Garaventa 2015, 107).

La tenencia compartida, de acuerdo con algunos discursos, cambiaría la distribución desigual de roles domésticos que como lo ha señalado Facio y Fries (2005), estaba destinada exclusiva a la mujer, considerándose una institución favorable en ruptura con el sistema patriarcal. Sin embargo, cabe mencionar que los análisis que se realizan para aplicar el interés superior de los NNA y saber si la custodia compartida es lo más adecuado para el desarrollo integral del niño o de la niña, cruzan por una evaluación de los comportamientos parentales específicos, hecho que necesariamente terminaría por reconocer los imaginarios que se han incorporado en la sociedad sobre los roles y estereotipos de género característicos de una sociedad patriarcal que define al hombre y a su masculinidad como necesaria y normalmente violenta, competitiva, protectora, mantenedora, fuerte e independiente, con el poder suficiente para gobernar su empresa, su país o su familia, de la misma forma que define a las mujeres como femeninas, pasivas, débiles, dependientes, obedientes y prudentes, con misiones claras para mantener la institución familiar y cercanas a ella.

Es importante indicar que se reconoce que las normas no resuelven todos los problemas del núcleo familiar, pero su regulación requiere de un examen minucioso y crítico para eliminar todo rezago de discriminación, sobre todo contra las mujeres,

no solo para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, sino para garantizar el desarrollo individual y social de NNA en sus respectivos núcleos familiares.

3.3 El enfoque interseccional, permite reconocer la complejidad de los procesos que generan desigualdades sociales, por las interacciones entre los diferentes sistemas de subordinación que se constituyen unos a otros de forma dinámica: género, orientación sexual, etnia, edad, religión, discapacidad, origen nacional, situación socio económica, entre otros. Pone su atención en la persona que se encuentra en el cruce entre distintos sistemas de discriminación, cuya experiencia de discriminación no puede ser explicada usando las categorías de clasificación social de forma aislada (ANII, 2018, pág. 32 y 33).

4. REGULACIÓN DE LA COPARENTALIDAD o CUSTODIA COMPARTIDA

Existe la oportunidad de actualización de conceptos, lo que sugiere el cambio del término tenencia por custodia y una actualización del uso que este término tiene en la actualidad. En el latín es donde se encuentra el origen etimológico del término custodia que significa “guarda” y que, a su vez, emana, de “custos”, que puede traducirse como “guardián”.

La custodia es la institución jurídica del derecho de niñas, niños y adolescentes y su relación con la familia que establece el régimen de convivencia y cuidado de las y los progenitores con sus hijas e hijos cuando estos progenitores se separan. La protección y garantía de derechos son obligaciones que permanecen para ambos progenitores, independientemente del régimen de custodia.

La custodia no supone la separación, física, afectiva y emocional de las hijas e hijos de aquel o aquella progenitora que no convive de forma permanente. Por esta razón el régimen debe facilitar y asegurar la posibilidad de mantener las relaciones parento-filiales en cuanto sean de beneficio para las y los hijos.

La custodia supone el cumplimiento de una responsabilidad relacionada con el desarrollo integral de las hijas e hijos y no puede reducirse a un tema de capacidad de provisión de recursos materiales. Por lo que la decisión del juez o jueza sobre la custodia debe tomar en consideración las mejores perspectivas de crecimiento y desarrollo integral para las y los hijos.

Siguiendo el criterio de norma especializada, el COPINNA debe organizarse de tal manera de dar un tratamiento integral, detallando la naturaleza de cada institución jurídica, así, se evitarán las confusiones al remitir a la aplicación de las reglas de otra norma (Código Civil) para definir la tenencia (custodia).

El COPINNA debe formular criterios claros de modo de evitar referencias al Código Civil en materia de derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes.

La custodia o tenencia una vez que se ha producido la separación de las y los progenitores está destinada a asegurar el desarrollo integral de las hijas e hijos en un entorno familiar de afectividad, seguridad y satisfacción de todas sus necesidades, por tanto, el enfoque se debe fijar en los derechos de ellas y ellos. Lo que es un derecho de hijas e hijos es una obligación de las y los progenitores, la familia, la sociedad y el Estado.

Cuando la custodia no pueda ser compartida ésta se debe definir desde criterios objetivos y desde el análisis de cada caso. Para esa determinación deberá definirse técnicamente lo que es mejor para el desarrollo de las hijas e hijos. El bienestar no es un tema de provisión de recursos materiales únicamente, por lo que se debe privilegiar las posibilidades de desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes y no excluir de esta responsabilidad de cuidado a priori a ninguno de los dos progenitores.

Para decidir sobre la custodia en caso de que ésta no pueda ser compartida, el juez o jueza deberá analizar y decidir con fundamento técnico, quien está en mejores condiciones físicas, psíquicas y emocionales para asegurar el desarrollo integral de las hijas e hijos en un entorno familiar de afectividad, seguridad y satisfacción de todas sus necesidades, además de asegurar una plena relación con la o el progenitor que no ejerce la custodia.

La decisión de las y los jueces sobre la custodia no podrá generar situaciones de discriminación relacionadas con pobreza, limitaciones económicas, movilidad u otras.

Por tratarse de derechos fundamentales de las hijas e hijos, la custodia debe ser decidida siempre por un juez o jueza especializados en materia de derechos de niñez y adolescencia. En caso de juzgados multicompetentes, el Consejo de la Judicatura deberá asegurar la debida capacitación y evaluación de jueces y juezas que conozcan temas de custodia y en general de derechos de niñas, niños y adolescentes.

Respecto de los acuerdos de los progenitores siempre y cuando estén acorde con el Principio de Interés Superior el juez o jueza los tomará en cuenta para decidir el régimen de custodia. La decisión sobre la custodia puede ser revisada en cualquier momento.

El juez o jueza debe escuchar a las hijas e hijos y debe tener en consideración sus opiniones. Los NNA tienen "derecho de expresar su opinión libremente", esto significa:

- a) que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado.
- b) que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas.
- c) "Libremente" es una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva "propia" del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.

Deben crearse y optimizarse de forma periódica los espacios de escucha especializada de niñas, niños y adolescentes, del mismo modo se debe capacitar y evaluar a las y los operadores de justicia que deben cumplir esta función.

Por razones de carácter biológico y de crecimiento, los niños y las niñas deben permanecer con su madre hasta el fin del período de lactancia. De no ser posible o al demostrarse que resulta negativo para los niños y niñas, la jueza o el juez determinará de forma fundamentada una decisión en contrario.

4.1 APORTES DE LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL:

- 4.1.1 Sugiere elaborar un concepto actualizado de lo que se deberá entender por tenencia o custodia.
- 4.1.2 Sugiere remarcar que el régimen de tenencia compartida debe facilitar y asegurar la posibilidad de mantener las relaciones parento-filiales en cuanto sean de beneficio para las y los hijos.
- 4.1.3 Sugiere que para que un juez o jueza puedan tomar una correcta decisión sobre la custodia, debe tomar en consideración las mejores perspectivas de crecimiento y desarrollo integral para las y los hijos, lo que supone el establecimiento de parámetros o estándares para determinación del interés superior de NNA).
- 4.1.4 Sugiere determinar cuando la custodia no puede ser compartida
- 4.1.5 Sugiere desarrollar el concepto de la escucha como parte del ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes.
- 4.1.6 Sugiere el desarrollar el tema del poder vinculante que puede tener la escucha al NNA
- 4.1.7 El COPINNA debe incorporar de manera transversal los enfoques de derechos humanos, generacional, género y diversidad. La entrega de la tenencia debe estar mediada por un análisis interdisciplinario que considere la opinión del NNA, su edad y momento de desarrollo, su sexo y otras consideraciones de género, así como otras características propias de cada NNA relativas a su diversidad, como su origen étnico y cultural, su origen nacional, sus necesidades especiales de educación, médicas, etc.
- 4.1.8 El COPINNA debe aplicar de manera transversal los principios de interés superior del niño, prioridad absoluta, corresponsabilidad, no discriminación, entre otros. En tal sentido, la tenencia, y cualquier otra medida que se adopte a favor de una NNA, debe responder al caso específico para garantizar el conjunto de derechos de las NNA involucrados; el o la tomadora de decisiones deberá dar prioridad absoluta al derecho de las NNA, frente al derecho de sus padres u otros adultos intervinientes.
- 4.1.9 Del mismo modo, el análisis para entregar la tenencia no puede estar aislado del reconocimiento del rol del Estado, la comunidad, la familia ampliada, y la familia nuclear del NNA en la garantía y protección del derecho de las NNA a mantener vínculos saludables y positivos con ambos progenitores. En este sentido, cuando un juez o jueza entregue la tenencia a uno de los padres, podrá ordenar medidas complementarias que activen a las instituciones del Estado, la comunidad, la familia ampliada, o la familia nuclear tendientes a garantizar un contexto de protección para el NNA. Así mismo, se deberá considerar el contexto discriminatorio y desigual en

el que las mujeres (madres) desenvuelven su vida y puede limitarlas para contar con las mismas oportunidades que un hombre (padre).

- 4.1.10 La aplicación del ISN también conmina a las y los tomadores de decisiones a requerir de información pericial interdisciplinaria, que analice los efectos psicológicos/emocionales de
- 4.1.11 La separación de un hijo o hija de su madre. Según estudios de psicología infantil, la permanencia en el vientre materno, así como la lactancia, crean vínculos de apego que garantizan salud, alimento y seguridad emocional en los primeros años y que tienen efectos para toda la vida. En consideración de esta realidad, algunos países de la región han legislado protegiendo el vínculo materno-filial en los primeros años y otorgando la tenencia a la madre en personas menores de 3 años (Perú) o 5 años (Argentina).
- 4.1.12 Los criterios que se mantienen en CONA son preconstitucionales, no son compatibles con la calidad de ciudadanos plenos y sujetos de derechos que tienen las niñas, niños y adolescentes como consta consagrado y garantizado en la actual Constitución de la República del Ecuador. La visión de que ellas y ellos son únicamente como objetos de protección, propiedad del pater familia o quien haga sus veces, corresponde a una visión patriarcal de la institución y estructura familiares que se fundamentó en el Derecho Romano y se mantuvo por siglos.

5. ACTIVIDADES EJECUTADAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL INFORME

5.1 Participación de reuniones convocadas por la Dirección de Normativa de la DPE

Ejecución de un taller para presentación de contenidos sobre materias a las que se refiere la sentencia, específicamente al principio de interés superior y al deber de escucha y sobre el análisis de contenidos de la sentencia enfocados en la institución de la tenencia.

5.2 Programación de reuniones con el Consejo Consultivo NNA para recabar insumos y comentarios de la sociedad civil requeridos por la sentencia como elementos para la construcción de la norma sobre la materia.

5.3 Ejecución del taller de presentación de conceptos y análisis de la institución de la tenencia.

5.4 Participación de las reuniones convocadas los días 13, 18, 21 de enero de 2022.

5.5 Preparación de insumos y productos

- 5.6** Elaboración del documento de contenidos que incluye los aportes del Mecanismo NNA y los de las personas naturales y de la sociedad civil interesadas en el tema. Se debe remarcar que el tema de la coparentalidad no está en la agenda de todas las organizaciones razón por la cual algunas de ellas se abstuvieron de participar o enviar insumos.
- 5.7** Procesamiento de aportes, construcción y envío de documento con fecha 11 de febrero de 2022.

5.8 Informe de revisión de material de formación del Consejo de la Judicatura

Esta actividad fue realizada en coordinación con el Mecanismo de Género, se adjunta informe en el que se evidencia poca especificidad sobre el tema. Los contenidos cuentan con contenidos informativos pero no son un instrumento de especialización propiamente dicho en materia de violencia.

Reuniones mantenidas con las organizaciones de la Sociedad Civil

- 5.9** Reunión de presentación del requerimiento de participación de la sociedad civil de 10 de enero de 2022, en la que se presentó la sentencia y el requerimiento de la sociedad civil y se fijó para el día 3 de febrero la reunión de recolección de insumos.
- 5.10** Reunión de discusión de contenidos y acuerdo de envío de 3 de febrero de 2022. En esta reunión se acordó que cada organización o persona comprometida con el tema remita un documento para ser procesado como aporte de la sociedad civil. El plazo de envío fue el 10 de marzo de 2022.
- 5.11 Reunión de presentación de contenidos para la Comisión de Derechos de NNA en la Asamblea Nacional.**
Reunión mantenida el día martes 08 de febrero de 2022; a esta reunión comparecieron la Directora del Mecanismo NNA y uno de los técnicos del mismo con el fin de mantener un espacio de trabajo, de presentación de contenidos y discusión de los temas que desde la Comisión se consideran relevantes para la atención a la sentencia de la Corte.

