

OF 140

SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL (Juez ponente: Enrique Herrera):

Frans Serpa Larrea, portador de la cédula de ciudadanía No. 0102246410, de profesión médico cirujano, dentro del **proceso de control abstracto de constitucionalidad No. 0028-15-IN**, iniciado por demanda de acción pública inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez propuesta por Farith Simon, Daniela Salazar, Andrea Muñoz Saritama, Adriana Orellana Ubidia, presentada el 1 de abril de 2015, por tener interés en la causa, ante ustedes comparezco con el siguiente amicus curiae amparado en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

La preferencia a favor de la madre en dos circunstancias: para la tenencia de hijos menores de doce años y "si ambos progenitores demuestran iguales condiciones" que consta en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia es inconstitucional porque atenta contra el interés superior del niño (art. 44 de la Constitución) contra el principio y derecho de igualdad (Art. 11.2 y 66.4 de la Constitución) y contra el principio de la corresponsabilidad parental (Art. 69 números 1 y 5 y art. 83 número 16 de la Constitución).

Entendemos que mantener un régimen de preferencia legal es necesaria por una razón práctica: no es posible sobrecargar de causas a las Unidades de Familia y, aunque sea lo óptimo, no es posible analizar en todos los casos la idoneidad y comportamientos parentales de los progenitores. Sin embargo, una preferencia legal, acorde con el principio de la corresponsabilidad parental en crianza, debería ser a favor de la tenencia compartida. La tenencia uniparental debe ser subsidiaria, en caso de probarse falta de idoneidad de uno de los progenitores.

La regla del numeral dos del artículo 106 del Código de la Niñez vigente, que se aplica "a falta de acuerdo" o "si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia" contiene una diferencia de tratamiento que carece de una justificación objetiva y razonable, es discriminatoria y por tanto inconstitucional.

La regla general establece que "la patria potestad" (en realidad el legislador quiso decir tenencia) de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre. La salvedad que se introdujo se presenta en el caso en que "se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija." La salvedad ha derivado en controversias judiciales en que



abogados han recurrido al descrédito del otro progenitor en lugar de demostrar mejores aptitudes para el cuidado.

La regla del numeral cuarto es igualmente inconstitucional porque crea una situación discriminatoria al establecer una preferencia a favor de la madre sin justificación alguna. La regla prescribe que "si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija."

Estudios sobre el derecho de cuidado de los hijos y el trabajo de sus padres concluyen que "a pesar del ingreso de las mujeres al trabajo remunerado, la institucionalidad vigente refuerza el modelo de responsabilidad de cuidado de hijos y cuidado del hogar a cargo de las mujeres."¹

Lo razonable sería confiar la tenencia al progenitor que, luego de valoraciones de los profesionales que integran las oficinas técnicas, demuestre "mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que esté en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable" sin embargo esta constatación solo se exige para resolver en torno a la tenencia de los niños mayores de doce años.

La preferencia materna, en abstracto, de manera anticipada, antes de evaluar las particularidades de cada caso en concreto, ha sido objeto de señalamientos y preocupaciones, a nivel nacional e internacional.

Así, en el marco del Sistema de Naciones Unidas, se han hecho algunos señalamientos, curiosamente, no solamente en foros de niñez, sino también en espacios de deliberación de los derechos de las mujeres. El Comité de los Derechos del Niño "considera 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."²

¹ Sonia Montañó Virreira y Coral Calcedón Magaña, coord., *El cuidado en acción: entre el derecho y el trabajo*. (Santiago, CEPAL y Fondo de Naciones Unidas para el Desarrollo de la Mujer, 2010), 74.

² Organización de las Naciones Unidas, Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, Observación general Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 2013, párr. 67.

La demanda propuesta por Farith Simon, Daniela Salazar, Andrea Muñoz Saritama, Adriana Orellana Ubidia se encuentra muy bien argumentada. Divide el análisis en: la violación al principio de igualdad, la trasgresión del principio constitucional de corresponsabilidad parental, la discriminación al perpetuarse estereotipos en los roles de las mujeres.

El artículo 106 numerales 2 y 4 es inconstitucional ya que es contrario al principio del interés superior del niño, preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones familiares.

En cuanto a la vulneración al principio de igualdad, los proponentes reclaman por "una distinción entre padre y madre (hombre y mujer) basándose en el sexo para la atribución de la patria potestad y tenencia."³ Para evaluar si la distinción es discriminatoria, los demandantes recurrieron al test de razonabilidad:

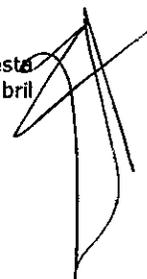
- La preferencia materna no es adecuada para precautelar el bienestar del niño, por el contrario, viola varios derechos reconocidos en los artículos 11 numeral 2, 19, 44, 45, 69 numeral 5, 83 numeral 16 y 333 de la Constitución.
- No es necesaria, porque para lograr el bienestar del niño existe otro medio, distinto a la 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.
- No es proporcional ya que 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.⁴

La demanda señala que "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."⁵ La demanda agrega que "es posible evidenciar que si bien existen normas

³ Demanda de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez, propuesta por Farith Simon, Daniela Salazar, Andrea Muñoz Saritama, Adriana Orellana Ubidia, presentada el 1 de abril de 2015, párr. 18.

⁴ Ibid, párr. 21 a 23.

⁵ Demanda de Inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez, propuesta por Farith Simon, Daniela Salazar, Andrea Muñoz Saritama, Adriana Orellana Ubidia, presentada el 1 de abril de 2015, párr. 36.



que aparentemente otorgan un beneficio a las mujeres, lo que realmente provocan es discriminación."⁶

El análisis que plantea la demanda deja en evidencia las inconsistencias en que incurrió el órgano legislativo que realizó una ponderación en abstracto, sin ofrecer razones técnicas, científicas para la preferencia a favor de la madre. Para este análisis no solo se ha examinado la situación del hijo, sino la situación de la supuesta beneficiaria de la medida preferente.

En la argumentación constante en la demanda se establece que la preferencia materna no es necesaria, porque se excluye el análisis caso por caso y la decisión en base al interés superior del niño. Este argumento podía ser ampliado, pues la interpretación de la regla del Código de la Niñez nos plantea una regla y una excepción.

La disposición debería estar orientada a eliminar la preferencia a favor de la madre, preferir la tenencia compartida o, si existe prueba en contrario que demuestre falta de aptitud y comportamientos parentales que pongan en riesgo al hijo, proceder a evaluar las circunstancias específicas de cada caso para elegir al custodio más apto y con equilibrio para el cuidado.

Es acertada la apreciación de que "a medida que nuestra comprensión sobre la asignación de estereotipos evoluciona, se ha hecho evidente que los estereotipos de género tanto sobre hombres como sobre mujeres pueden ir en detrimento de las mujeres"⁷ por lo que adhiero al criterio expuesto en la demanda de que la preferencia materna perpetúa un estereotipo discriminatorio en perjuicio de las mujeres.

Desde la perspectiva de la madre, una creencia generalizada sobre la maternidad puede dificultar su reincorporación al mercado laboral y su realización en otros ámbitos, pues se ha normalizado esa sobrecarga en la responsabilidad de los cuidados, marginándola del ámbito laboral:

"una mujer puede verse lesionada cuando se le niega un beneficio a causa de la aplicación, imposición, o perpetuación de un estereotipo de género en una ley, política o práctica que no corresponde con sus necesidades, habilidades y circunstancias reales. En tal caso, será tratada de acuerdo con una creencia generalizada e impersonal o una idea preconcebida que no la describe acertadamente."⁸

⁶ Ibid, párr. 42.

⁷ Rebecca J. Cook & Simone Cusack, Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales. (University of Pennsylvania Press, 2009), 67.

⁸ Ibid, 78.



La preferencia materna no es adecuada para precautelar el bienestar del niño, desde la perspectiva de derechos porque atenta contra el principio y derecho a la igualdad y desde la perspectiva de las obligaciones porque incumple el principio de la corresponsabilidad de los dos progenitores en igual proporción que se enuncia en la Constitución para asumir la responsabilidad de crianza de los hijos.

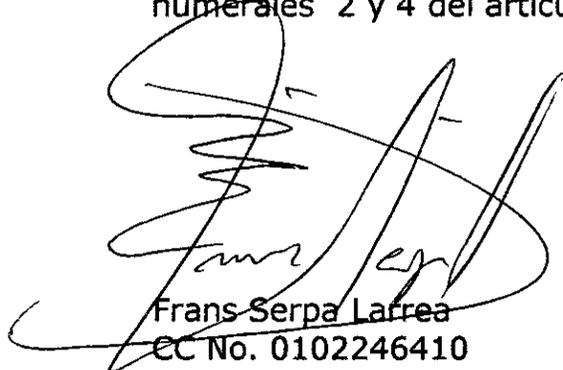
Preferir a la madre al momento de conferir la tenencia no es necesario para lograr el bienestar del niño. La decisión de conferir la tenencia exclusiva a uno de los progenitores debe estar precedida por un análisis de las circunstancias del caso en particular, debe estar respaldada en informes de la Oficina Técnica y debe estar debidamente motivada. La valoración de la prueba es fundamental en estos procesos para evaluar en cada caso las aptitudes de ambos progenitores, los comportamientos parentales y la situación del hijo.

La preferencia materna para la tenencia de los hijos no es proporcional porque perpetúa un estereotipo discriminatorio a las mujeres y es incompatible con el principio del interés superior del niño, pero además porque discrimina al padre, al que se lo desplaza a un rol marginal en los primeros años de vida de su hijo, bajo la figura del progenitor que "apoya" en los cuidados, con una muy limitada posibilidad de asumir la tenencia exclusiva de sus hijos menores de 12 años, en casos en que se pruebe que la tenencia a cargo de la madre resulta perjudicial para el niño.

PRETENSIÓN

Solicito ser recibido en audiencia pública para exponer el presente amicus curiae.

Que se acepte la demanda propuesta por Farith Simon, Daniela Salazar, Andrea Muñoz Saritama, Adriana Orellana Ubidia, presentada el 1 de abril de 2015 y en consecuencia se declare la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia.


Frans Serpa Lafrea
CC No. 0102246410

11 MAR 2023
15:54
Anny
Sin Anexos
P