

**JUEZ SUSTANCIADOR: PABLO ENRIQUE HERRERIA BONET**

**JUEZAS Y JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR:**

La CORPORACIÓN DE ESTUDIOS DECIDE legalmente representada por RUTH ELIZABETH GARCÍA ALARCÓN y las voluntarias de la LIGA DE LA LECHE ECUADOR representadas por JENNY ALEXANDRA ZAMBRANO ROJAS, en calidad de organizaciones de la sociedad civil; MARÍA DANIELA AYALA ALVAREZ y SYLVIA BONILLA BOLAÑOS, en calidad de abogadas en libre ejercicio y especialistas en derecho de familia, género y derechos humanos; comparecemos dentro de la Causa No. 0028-15-IN correspondiente a la Acción Pública de Inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia-CONA; y en calidad de **AMIGAS DE LA CORTE**, decimos:

A pesar de que el análisis con el que se plantea la demanda presentada por los accionantes en principio se encuentra apegada a los principios de derechos humanos y derecho constitucional; se evidencia que el mismo es absolutamente superficial en cuanto se refiere al interés superior de los niños, niñas y adolescentes; y carece definitivamente de enfoque de género; esto podría conducir a la Corte a declarar de manera errónea la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA.

En tal sentido, nos permitimos poner en consideración de la Corte algunos elementos que no deben ser omitidos en el análisis de la Constitucionalidad de las Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad<sup>1</sup>; por ser de relevancia:

**I. BREVE ANÁLISIS HISTÓRICO NORMATIVO – LA CALIDAD DE ACCIÓN AFIRMATIVA DE LOS NUMERALES 2 Y 4 DEL ARTÍCULO 106 DEL CONA:**

El Código Civil Ecuatoriano de 1860<sup>2</sup>, en relación al domicilio en cuanto depende de la condición de la persona, establecía tajantemente que:

*“Art. 68.- El que vive bajo patria potestad sigue el domicilio paterno, y el que se halla bajo tutela o curaduría, el de su tutor o curador.”*

Norma que evidentemente implicaba para las mujeres que caso que su cónyuge decidiese cambiar su domicilio, para estar con sus hijos debía seguirle. Así como también implicaba que si decidía la madre separarse del padre, era este quien se quedaba con ellos.

---

<sup>1</sup> A pesar de que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se refiere a patria potestad en este artículo, la misma norma prevé que la patria potestad se continúa ejerciendo por ambos progenitores, salvo suspensión o pérdida de la misma; por lo que se entiende que las reglas del artículo 106 se aplican en cuanto se refiere al cuidado y crianza, denominada en el Título III de esta norma como tenencia. Aclaración que como se analizará en el texto, tiene una relevancia sustancial.

<sup>2</sup> Registro Auténtico No 1860, de 3 de diciembre de 1860, Codificación 0, Registro Oficial Suplemento No. 352, de 1930.

Evidenciándose que en un momento en que los roles de cuidado para las mujeres y de proveedores para los hombres era casi incuestionado, los hijos no seguían el domicilio de la madre. Esto es, la figura del *pater familias* concebida en el derecho romano no se había alterado en cuanto a la persona que ejercía la *patria potestas*.

Esta norma implicaba, como es de suponerse, que en caso de que la mujer quería separarse del padre de sus hijos, en especial cuando existía violencia intrafamiliar, era obligada a quedarse como mecanismo para proteger a sus hijos e hijas de la violencia. Es decir, no solo limitaba la autonomía de la mujer ya que amenazas (que a día de hoy siguen escuchando las mujeres) como “*si me dejas te quito a tus hijos*” tenían base legal que la respaldaba; sino que además mantenía en situaciones de riesgo a la mujer y los hijos.

Por esta razón, vemos que esta regulación ha cambiado en sucesivas reformas normativas para garantizar que la madre en caso de separación, mantenga el cuidado y crianza de sus hijos. Es decir, el cambio en los posteriores reformas al Código Civil y luego en las normas especiales, responde a una lucha por el ejercicio de derechos que entre 1860 y 1930 no se reconocían.

Así, en el Código Civil de 1930<sup>3</sup>, a pesar de que en su artículo 212 establece la norma especial sometimiento al padre<sup>4</sup>, prevé ya un esbozo de corresponsabilidad parental determinando que les “Corresponde de consuno a los padres (...) el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos”; y, establece reglas por las que el cuidado le corresponde a la madre durante toda la niñez y adolescencia de sus hijas y al padre a partir de los 5 años a sus hijos:

*“Art. 216.- A la madre divorciada, haya dado o no motivo al divorcio, toca el cuidar personalmente de los hijos menores de cinco años, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad. Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos de cualquiera edad o sexo, cuando, por la depravación de la madre, sea de temer que se perviertan; lo que siempre se presumirá, si ha sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio.*

*En estos casos, o en el de hallarse inhabilitada por otra causa, podrá confiarse el cuidado personal de todos los hijos de uno y otro sexo al padre.*

*Art. 217.- Toca al padre, durante el divorcio, el cuidado personal de los hijos varones, desde que han cumplido cinco años; salvo que, por la depravación del padre, o por otras causas de inhabilidad, prefiera el juez confiarlos a la madre.”*

Con lo cual y, a pesar de los reparos que se puedan dar al analizar este artículo al año 2021, observamos que existe un avance en el ejercicio de derechos, por el que la madre tiene ya la posibilidad de cuidar y criar a sus hijos e hijas durante su niñez. Aunque, como es de esperarse, no se elimina del todo la posibilidad de la amenaza de quitarles a los hijos, ya que si bien la norma se refería al adulterio de la madre como presunción de depravación, es evidente que no es la única causa de depravación que se podría haber alegado para impedir que una madre se quede a cargo del cuidado de sus hijos e hijas. De lo que además se debe considerar que la norma tenía previsto que pasados los 5 años de edad al padre le correspondía el cuidado de los hijos; por tanto, de existir algún riesgo para ellos, el avance normativo presentado en 1930 no es tal.

---

<sup>3</sup> Registro Oficial Suplemento No. 352, de 20 de agosto de 1960.

<sup>4</sup> Art. 212.- Los hijos legítimos deben respeto y obediencia a su padre y madre; pero estarán especialmente sometidos al padre.

Es así que en los códigos de 1960<sup>5</sup> (Art. 130) y 1970<sup>6</sup> (Art. 107) se modifica esta regla estableciéndose que “A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad”<sup>7</sup>, es decir, el cuidado de los hijos hasta los 14 años. Pasando en la primera norma al cuidado del padre al cumplir los 14 años; mientras en 1970, esto es, apenas 10 años después, se agrega que “Los hijos púberes estarán al cuidado de aquél de los padres que ellos elijan”<sup>8</sup>.

Evidenciándose así dos elementos que deben ser considerados por la Corte: el primero, que mientras las mujeres luchaban por derechos para tener mayor autonomía, se introducían normas relativas al cuidado de sus hijos por los que se fortalecía la posibilidad de que sus hijos e hijas se queden con ellas al momento de una separación del padre de esos hijos e hijas; es decir, que la preferencia materna no puede ser interpretada como una norma que les resta autonomía sino que le da más autonomía; y, segundo, que la preferencia de la tenencia al momento de la separación no se encuentra relacionada con la concepción social de a quien le corresponde dar ese cuidado, ya que en 1860 cuando los roles de género eran absolutamente incuestionados, son los hombres a quienes se quedan con los hijos al momento de la separación, modificándose esta regla para que la tenencia corresponda a la madre mientras se deconstruye la concepción de que las labores de cuidado le pertenezcan exclusivamente a ella.

Es decir, el análisis histórico normativo nos pone en evidencia, que la preferencia materna constituye una ACCIÓN AFIRMATIVA que cierra las brechas de desigualdad y garantiza la autonomía de la mujer, no la coarta, al permitirle decidir dejar una relación sin tener miedo de perder el cuidado y crianza de sus hijos e hijas por esta decisión; acción afirmativa que además constituye una medida de protección en los casos en que existe violencia intrafamiliar.

Tanto en el Código de 1960 como en el de 1970, observamos además que, conforme se conserva en la norma vigente, la preferencia se aplica solamente cuando no existiera acuerdo entre los progenitores. Es decir, no se coartan derechos de ninguno de los progenitores, ya que existe la posibilidad desde hace más de cuatro décadas de llegar a acuerdos sobre la tenencia de las y los hijos al momento de la separación.

Ahora bien, resulta interesante señalar que en 1992 se expide el Código de Menores<sup>9</sup> que pasa a ser la norma especial en cuanto se refiere a los asuntos relativos a las personas que hoy la norma reconoce como niños, niñas y adolescentes (a pesar de no derogarse las reglas previstas en el Código Civil)<sup>10</sup>, se evidencia que se modifica el camino que venía transitando nuestros legisladores estableciendo ya no “reglas” sino “recomendaciones” para confiar el cuidado ante la falta de acuerdo:

*“Art. 52.- Respecto de la tenencia de los hijos, se estará al acuerdo de los padres, cuando estos no vivan juntos, de sus ascendientes, hermanos o tíos, en orden de prelación, siempre que el acuerdo beneficie al menor y se establezcan las medidas necesarias para su cumplimiento.*

---

<sup>5</sup> Registro Oficial Suplemento No. 1202, de 20 de noviembre de 1970.

<sup>6</sup> Registro Oficial Suplemento No. 104, de 20 de noviembre de 1970.

<sup>7</sup> En relación a las edades de las y los hijos, este Código establecía: Art. 21.- Llámanse infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.

<sup>8</sup> Norma que en la última reforma del año 2005 continúa en el Código.

<sup>9</sup> Registro Oficial Suplemento No. 995, de 7 de agosto de 1992

<sup>10</sup> En el Código Civil publicado en el año 2005 las reglas previstas en el Código de 1970 se mantienen prácticamente inalteradas

**Art. 53.-** Si no existe acuerdo de los padres o de ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales del menor, el tribunal resolverá el asunto guiándose por el interés superior del menor y por las recomendaciones siguientes:

a) Si el menor ha convivido por un período largo de tiempo con uno de los progenitores, se analizará la conveniencia de que permanezca con él;

b) Se preferirá a la madre divorciada o separada del marido o del padre el cuidado de los infantes, en caso de los impúberes y púberes, se tomará en cuenta su opinión.”

Este último nos pone en evidencia una mayor flexibilidad y campo de acción para la sana crítica de la autoridad judicial ante la falta de acuerdo de los progenitores, además de establecer como consideración para la decisión la situación de la convivencia. Con esto en mente, la pregunta inevitable que aparece es ¿por qué si en 1992 la regla se modifica a recomendación, se vuelve a establecer como regla la preferencia materna en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia?

La respuesta, más allá del proceso participativo que precedió al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, la podemos encontrar en la norma aprobada apenas 3 años más tarde de la fecha de expedición Código de Menores, esto es la Ley Contra la Violencia de la Mujer y la Familia, Ley 103<sup>11</sup>, que entre las formas violencia intrafamiliar, incluía en su artículo 4 la violencia psicológica, definiéndola como:

“[T]oda acción u omisión que cause daño dolor, perturbación emocional, alteración psicológica o disminución de la autoestima de la mujer o el familiar agredido. Es también la intimidación o amenaza mediante la utilización de apremio moral sobre otro miembro de familia infundiendo miedo o temor a sufrir un mal grave e inminente en su persona o en la de sus ascendientes, descendientes o afines hasta el segundo grado;” (Énfasis añadido)

Es decir, que existía una gran preocupación de las mujeres respecto de la figura que hoy conocemos como violencia vicaria, lo cual nos pone de manifiesto que el paso de la tenencia de las y los hijos por parte del hombre a las normas por las que se establece, de manera progresiva como regla la preferencia materna respecto de la tenencia es, sin lugar a dudas una medida de ACCIÓN AFIRMATIVA tendiente a permitir que la mujer madre, pueda separarse de su pareja, sin importar las razones que generen esa separación, sin temor a ser amenazada con la pérdida de sus hijos e hijas.

En ese sentido estamos de acuerdo con los accionantes, ya que efectivamente la preferencia materna constituye una diferencia que se va en contra del principio de igualdad formal; sin embargo, nuestra constitución al igual que las normas internacionales de derechos humanos nos llaman a no limitar el análisis a la igualdad formal, sino ir más y establecer medidas idóneas y adecuadas para alcanzar la igualdad material.

Siguiendo las normas internacionales de derechos humanos que han sido ratificadas por el Ecuador, el Art. 11 de la Constitución prevé que principios por los que se regirá el ejercicio de los derechos, estableciendo sobre el principio de igualdad que:

“2. 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, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-

---

<sup>11</sup> Registro Oficial No. 839, de 11 de diciembre de 1995.

*económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.*

*El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.”*

Reconociendo así que las acciones afirmativas promueven la igualdad real; por lo que a pesar de constituir un trato diferenciado no constituyen trato discriminatorio.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer–CEDAW (por sus siglas en inglés) define en la “discriminación contra la mujer” estableciendo en su Artículo 1:

*“A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”*

Estableciendo en los posteriores artículos las medidas de orden legislativo y de otro carácter que los Estados deben adoptar para eliminar la discriminación contra la mujer; entre las que se encuentra lo previsto en el Artículo 4, esto es:

*“1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.*

*2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.”*

Del análisis histórico normativo, resulta evidente que la preferencia materna prevista en los numerales 2 y 4 del Artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia-CONA constituye una medida de acción afirmativa, por tanto, a pesar de generar una diferencia entre hombres y mujeres, esta no se puede considerar discriminatoria, dado que no se han modificado los patrones socio culturales que la originaron.

Dicho esto, vale la pena hacer énfasis en el hecho que la preferencia materna, en su calidad de medida de acción afirmativa, no se encuentra encaminada a modificar los patrones socio-culturales por los que las mujeres en el Ecuador siguen siendo las dadoras principales de cuidado en nuestra sociedad; ya que esta norma no destruye el presupuesto por el cuidado sería el rol natural de las mujeres. Para ello se deben implementar políticas públicas y otras medidas normativas (como la Licencia por paternidad prevista en la normativa laboral), que prácticamente no han sido implementadas.

Para lo que si se encuentra dirigida la preferencia materna es para garantizar la autonomía de las mujeres, en relación con su sometimiento histórico al *pater*; permitiendo que las mujeres puedan salir de una relación, sea esta violenta o no; con la certeza de que ante la falta de acuerdo, el cuidado y protección de sus hijos va a quedar a su cargo, que no los va a perder, que no van a quedar bajo el cuidado de quien no ha realizado estas tareas de cuidado en la relación y que, en los casos en que existe violencia intrafamiliar,

que sus hijos no se queden en una situación de riesgo; ya que todas estas consideraciones impiden a las mujeres terminar las relaciones y por tanto, afectan a su autonomía.

En este sentido, no se puede interpretar que la preferencia materna restringe la autonomía de las mujeres y limita de alguna forma sus derechos, mucho menos que esta acción afirmativa afecte el interés superior de los niños, niñas y adolescentes; ya que a tal conclusión únicamente se puede llegar a través de una interpretación parcializada del artículo 106, es decir, a través de una interpretación manifiestamente inconstitucional; ya que esta misma norma prevé que la preferencia solamente ocurre si no existe acuerdo entre los progenitores y si esta preferencia no “perjudica los derechos del hijo o de la hija”, conforme expresamente lo prevé al final del numeral 2, cuya inconstitucionalidad se pretende.

Por tanto, en contraposición con lo planteado en la demanda, se puede evidenciar que incorporando al análisis los elementos antedichos, esta disposición si conlleva una distinción legítima y no configura un acto de discriminación, ya que cumple con los tres parámetros que los accionantes plantean: i) Adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido, que como hemos dicho corresponde a la autonomía de la mujer, sin afectar el interés superior que debe garantizarse en todo momento; ii) Necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; ya que su sola eliminación implicaría para las mujeres un detrimento en su autonomía, dando paso a que los y las hijas se conviertan en moneda de cambio; 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, el cual de igual forma se garantiza ya que, por un lado existe la posibilidad de que los progenitores lleguen a un acuerdo y, la prioridad materna se da cuando 1) ambos progenitores demuestren iguales capacidades para el cuidado; 2) no implique una afectación al interés superior; y, 3) no suspende el ejercicio de la patria potestad a quien no se le encarga el cuidado; por tanto cumple con la proporcionalidad. Por lo que la conservación de la preferencia materna, en cuanto su calidad de medida de acción afirmativa, está plenamente justificada.

Con lo que se ha manifestado, la pregunta que la Corte Constitucional debe realizarse para definir si la Acción Afirmativa por la que se establece la preferencia materna (ante la falta de acuerdo y siempre que esta preferencia no afecte el interés superior de los niños, niñas y adolescentes) es una diferencia injustificada y por tanto discriminatoria, debe ser, conforme lo establece la CEDAW, si ¿se han alcanzado los objetivos de autonomía de las mujeres que buscaba la preferencia materna? o más expresamente ¿Los avances respecto de la autonomía de las mujeres para decidir terminar una relación, alcanzados por esta medida de acción afirmativa, se mantendrá en el caso de eliminarse esta preferencia materna, o ocurrirá regresión en los derechos de las mujeres, generando condiciones para que se incremente la violencia vicaria limitando la autonomía de las mujeres para separarse de sus parejas?

## **II. LA TENENCIA NO ES LA PATRIA POTESTAD:**

A pesar de que el artículo 106 del CONA establece expresamente que regula las “Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad”, es evidente que lo que establece son las reglas para confiar la tenencia, esto es el cuidado y crianza.

El mismo CONA establece en el artículo inmediato anterior el concepto y contenidos de la patria potestad:

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

Es decir que, el cuidado es solamente uno de esos elementos, agregando el Código las causas por las que se suspende (Art. 112) o se pierde (Art. 113) la patria potestad; ninguna de las cuales corresponde a la separación de los progenitores.

Tanto más que el Título III que se refiere expresamente a la Tenencia, establece en su artículo 118 que:

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

Con lo cual se desprende claramente que las reglas previstas en el artículo 106 son reglas para confiar la Tenencia; reglas que en ningún caso alteran el ejercicio conjunto de la patria potestad.

Esto es importante si además consideramos que el Código de Menores si modificaba el ejercicio de la patria potestad, en caso de separación de los progenitores:

*“Art. 48.- Ejercerán la patria potestad:*

- a) Respecto a los hijos de padres divorciados, el progenitor que la autoridad competente decida;*
- b) El progenitor a cuyo cargo se encuentra el menor, en el caso de separación de sus padres, sin perjuicio de que el juez o Tribunal decida lo más conveniente para el menor;*
- c) El progenitor que, habiendo reconocido al menor como hijo, lo tenga bajo su cuidado.”*

Siendo así evidente que cuando el CONA se refiere a la patria potestad en su artículo 106, no está estableciendo reglas para confiar la patria potestad sino la tenencia; por lo que, a diferencia de lo que sucedía en el Código de Menores, la patria potestad no se confía a la persona a cuyo cargo se encuentren las y los hijos, sino que se ejerce conjuntamente.

Esto es importante señalar ya que la pretensión de los accionantes es que las reglas contenidas en los numerales 2 y 4 del artículo 106 son contrarias a algunos derechos y principios como el de la igualdad y el interés superior; a pesar de que la patria potestad se ejerce conjuntamente por los progenitores en todos los casos, excepto en aquellos en que por las razones previstas en los artículos 112 y 113 se suspende o se pierde.

Es decir, bajo las normas previstas en el CONA, ambos progenitores ejercen la patria potestad de manera conjunta, incluso después de la separación, por lo que ambos deben prestarles cuidado, educación promover su desarrollo integral y defender sus derechos en todo momento; sea que tengan a su cargo la tenencia o que tengan fijadas visitas.

Por lo que existe corresponsabilidad parental en todo momento; razón por la cual, en caso de que no se garanticen los derechos de las y los hijos por parte de uno de los progenitores, la patria potestad puede suspenderse o perderse. Esto significa que la carga del cuidado no recae exclusivamente en las mujeres ni aun cuando se les hubiese asignado la tenencia ante la falta de acuerdo. Tanto más si se considera que en los casos en que no existe antecedentes de violencia u otros conflictos que lleven a las madres a solicitar un régimen de visita cerrado; se establecen regímenes de visita abiertos.

Es así que existen casos en que con regímenes de visita abiertos, los padres que no tienen a su cargo la tenencia, pero que realmente quieren cuidar a sus hijos buscan formas de mantener relación con ellos, existiendo casos en que los retiran de sus casas por la mañana y llevan al colegio o reciben del bus escolar por las tardes y acompañan en las tareas o recogen para cenar; mientras que existen otros casos en que ni siquiera los llaman a saber cómo están o de plano llegan tarde, no llegan los días en que tienen asignadas visitas o los llevan a sus casas donde no es el padre el que ejerce las tareas de cuidado, sino otra mujer, como las nuevas parejas, las abuelas o tías de los niños, niñas y adolescentes. Por lo que resulta evidente que la relación que un padre que no tiene a su cargo la tenencia depende del padre y el interés real que tenga en sus hijos. Es decir, la corresponsabilidad del padre no se termina con la resolución por la que se encarga la tenencia a la madre.

Por tanto, siendo que única aplicación de las reglas del Art. 106 corresponde al momento en que se encarga la tenencia; y considerando que el Art. 118 prevé expresamente la tenencia se establece “sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad” deviene evidente que los numerales 2 y 4 del Art. 106 no vulneran el principio de corresponsabilidad parental, siendo que no existe nada que les impida preocuparse por el bienestar de sus hijos, llevándolos al médico, acudiendo a las actividades escolares o yendo a conversar con sus docentes para conocer como les va en su proceso escolar, buscando formas de reforzar sus conocimientos, etc. Siendo así que si los padres dejan de cumplir con la corresponsabilidad cuando no se les encarga la tenencia no es porque no tengan mecanismos para ser igualmente responsables, sino porque o no ejercían estas actividades previo a la separación o porque de plano no tienen interés en ejercerlas. Afirmación categórica que la realizamos en razón que de manera sistemática se observa que los padres que si tienen interés en el bienestar de sus hijos buscan permanentemente mecanismos para cumplir con esta corresponsabilidad.

Por lo que el argumento relativo a la vulneración del principio de corresponsabilidad debe ser desechado por parte de la Corte, tanto más que la realidad país nos evidencia que aun en el caso que se encargase la tenencia a los padres, las tareas de cuidado se dejarían a cargo de otra mujer, como la nueva pareja, madre o hermanas; ya que lo que no se ha modificado es la estructura por la que las mujeres seguimos siendo las dadoras principales de cuidado o realizamos actividades de cuidado de manera desproporcionada. Es decir, el eliminar la regla no modifica la realidad social y no transforma a los hombres en dadores de cuidado, para lo cual necesitamos de otros mecanismos que modifiquen estos patrones socio culturales profundamente arraigados en el Ecuador.

### **III. INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS: LA LACTANCIA MATERNA COMO PARÁMETRO PARA LA PRIORIZACIÓN**

De manera general se desprende de las líneas que anteceden que nos encontramos frente a circunstancias en las que la autoridad judicial cuenta con elementos para valorar el interés superior, como vendría a ser el hecho de quien se encontraba a cargo de las actividades de cuidado previo a la separación. Sin embargo, debemos preguntarnos también si es que existen elementos para que exista preferencia materna antes incluso de que los progenitores hayan tenido la oportunidad de demostrar sus capacidades para el cuidado y establecer dinámicas familiares. Es decir, si es que existen razones por las que deba existir preferencia materna para los primeros años de vida de los niños y niñas.

Sobre el interés superior, la Constitución establece:



*“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.”*

Y aunque la norma constitucional se refiere únicamente al derecho a la lactancia en relación al derecho al trabajo de la mujer que amamanta si nos refiere expresamente a que el aseguramiento de la salud y alimentación constituye un deber primordial del Estado (Art. 3). En el ejercicio del derecho a la lactancia materna o humana existen dos sujetos de derechos, la madre y su hijo.

El CONA por su parte de manera expresa establece sobre este derecho:

*“Art. 24.- Derecho a la lactancia materna.- Los niños y niñas tienen derecho a la lactancia materna para asegurarle el vínculo afectivo con su madre, adecuada nutrición, crecimiento y desarrollo.*

*Es obligación de los establecimientos de salud públicos y privados desarrollar programas de estimulación de la lactancia materna.”*

En su estudio doctoral<sup>12</sup> Elizabeth García nos refiere que:

*“Las Naciones Unidas en noviembre de 2016, a través de un grupo de expertos relatores en derechos humanos emitió en Ginebra la Declaración según la cual la lactancia o el amamantamiento debe considerarse una cuestión de derechos humanos tanto para los niños y niñas como para sus madres, y como derecho debe ser protegido de las acciones u omisiones que buscan impedir su ejercicio”(119)*

Además agrega que:

*“Desde una visión biológica, se puede aseverar que la etapa final de la gestación no es el parto sino la lactancia como un acto natural, actualmente también reconocida por algunos autores como parte de la exterogestación. Se acepta -sin necesidad de fundamento doctrinario-, que toda mujer gestante va a parir, y se menciona el derecho al parto, en la medida en que se añade un calificativo como “parto respetado”. No es concebible que se lo pueda limitar, prohibir o negar, agendar o negociar.” (120)*

Contexto en el cual el Comité de los Derechos Niño, en el párrafo 44 de la Observación General No. 15, establece:

*“La lactancia natural exclusiva debe protegerse y promoverse durante los 6 primeros meses de vida y, en combinación con alimentación complementaria, debe proseguir, preferentemente hasta los 2 años de edad, de ser viable. Las obligaciones de los Estados en este ámbito se definen en el marco de “proteger, promover y apoyar”, adoptado por unanimidad por la Asamblea Mundial de la Salud. Los Estados han de incorporar en su derecho interno, aplicar y hacer cumplir normas acordadas internacionalmente en el ámbito del derecho del niño a la salud, (...)Deben adoptarse medidas especiales para promover el apoyo a las madres en las comunidades y el lugar de trabajo en el contexto del embarazo y la lactancia natural y establecerse*

---

<sup>12</sup> TESIS DOCTORAL “El ejercicio del derecho a la lactancia por parte de mujeres trabajadoras en relación de dependencia en el sector privado”, URJC, 2020.

*servicios de guardería viables y asequibles; también debe promoverse el cumplimiento del Convenio N° 183 (2000) de la Organización Internacional del Trabajo”.*

Evidenciándose que el derecho a la lactancia materna es un derecho humano que garantiza otros derechos, pero que no solamente es derecho de las y los niños, hasta que superen la necesidad física y psicológica de hacerlo, sino también de la madre lactante. Por lo tanto, no se puede aceptar que los padres presionen para un destete abrupto y anticipado, bajo criterios erróneos de una autonomía que solo favorece su interés y no el del niño.

En este sentido, la prioridad para la tenencia materna en los primeros años de vida constituye un mecanismo de garantía de derechos para las niñas y niños lactantes, en especial en sus primeros 6 meses de vida e idealmente al menos hasta sus primeros dos años de vida, salvo que la misma se mantenga, como bien puede suceder, por el propio beneficio en su desarrollo integral. No puede olvidarse que la práctica de la lactancia además garantiza el pleno ejercicio de otros derechos humanos, especialmente el de la salud.

Por lo que se evidencia que la acción afirmativa por la que se da prioridad a la madre respecto de la tenencia de las y los hijos, resulta esencial para garantizar el interés superior de las y los niños lactantes, ya que con ello se viabiliza la lactancia materna y consecuentemente su alimentación sana, saludable y completa, al igual que su salud y otros derechos derivados de la lactancia como los vínculos afectivos que esta genera.

#### **IV. LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE GARANTIZAR UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA- LA VIOLENCIA VICARIA:**

Constituye mandato constitucional la obligación del Estado de garantizar una vida libre de violencia. Encontramos por un lado la obligación de garantizar este derecho a los niños, niñas y adolescentes, estableciéndose en el Art. 46 que:

*“El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: (...)”*

*4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones. (...)”*

Así como establece en el Art. 66 que:

*“Se reconoce y garantizará a las personas: (...)”*

*3. El derecho 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. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual. (...)” (énfasis añadido)*

A pesar de que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce de manera expresa a la violencia vicaria; resulta evidente que ha estado incorporada en nuestro ordenamiento jurídico como parte una

manifestación de la violencia psicológica que sucede en relaciones en que las mujeres somos víctimas de violencia de género.

Maria del Carmen Peral López<sup>13</sup> nos define a la violencia vicaria como:

*“[U]n tipo de violencia intrafamiliar que incluye toda aquella conducta realizada de manera consciente para generar un daño a otra persona, ejerciéndose de forma secundaria a la principal. Dicha violencia es una forma de maltrato infantil que puede ir de la visualización por parte del menor de agresiones por parte de uno de sus familiares a otro o por el padecimiento de agresiones directas como método para causarle perjuicio no sólo a él sino también a su madre.” (36)*

Y agrega que:

*“Los maltratadores, frente a los obstáculos que las leyes y la justicia ponen a su afán de ejercer violencia sobre la que consideran “su” propiedad privada, han encontrado el modo de continuar ejerciendo violencia y maltrato a través de la parte más vulnerable para ella: sus hijas/os. Hombres que durante el matrimonio no se preocuparon ni interesaron por sus hijas/os, tras el cese de la convivencia de la pareja, solicitan la custodia compartida, un régimen de visitas más amplio, incluso solicitan la custodia plena, sólo por su afán de continuar en contacto con la mujer y continuar el maltrato, ahora a través de los hijos y las hijas” (37)*

A pesar de en el Ecuador no contamos con estadísticas detalladas que nos permitan poner en evidencia la realidad social relacionada con los procesos de divorcio, tenencia, visitas y otros relacionados; la experiencia profesional nos lleva a afirmar que en los casos de divorcios en los que la separación no se encuentra relacionada con temas de violencia, con quien se quedan los hijos no es un tema que se discute siquiera; es decir, se presuponen que se quedan con la mamá y en consecuencia, existe acuerdo en este aspecto y los padres no solicitan que intervenga la oficina técnica para entregar elementos a la autoridad judicial para definir que progenitor garantiza de mejor manera el interés superior.

Al contrario, en los casos en que la separación tiene que ver con violencia intrafamiliar<sup>14</sup>, y en ocasiones incluso antes del divorcio, los padres ejercen violencia hacia las madres a través de sus hijos/as e intentan obtener la tenencia de sus hijos, en casos incluso valiéndose de denuncias relacionadas con supuestas agresiones a sus hijos por parte de sus madres. También ocurre esta violencia cuando existen desacuerdo con la pensión fijada en los juicios de alimentos, sea que quieren mantener la rebaja de la pensión<sup>15</sup> o eliminarla de plano<sup>16</sup>. Esta violencia también ocurre cuando existen conflictos en relación con los bienes de la sociedad conyugal, en

---

<sup>13</sup> Peral Lopez, María del Carmen, Madres Maltratadas: violencia vicaria sobre hijas e hijos. Una Editorial.

<sup>14</sup> En el caso de Ana V. el padre se negó a dar permiso de salida a su hija para ir a Disney, como mecanismo para que se elimine la deuda existente en la cuenta SUPA, cuando no accedió le mandó un mensaje que decía: “ha por cierto NO autorizo a que se vaya mi hija de viaje”.

<sup>15</sup> En el caso de Natalia A. se denunció ante la Fiscalía abuso sexual del niño alegando que habría ocurrido por negligencia de la madre. El niño efectivamente se había referido que sus partes íntimas habían sido tocadas por otra persona, pero la persona que le había tocado era otro niño, con quien tenía meses de diferencia, nieto de la empleada, con quien jugaban las tardes al llegar ambos de su escuela. A pesar de haber ratificado esto durante el testimonio anticipado, el denunciante solicitó a la Fiscalía que se remita la causa a la Fiscalía de adolescentes infractores, alegando la participación en el hecho de otro nieto de la empleada que era adolescente. Denuncias que tenían como claro objetivo cuestionar las habilidades parentales de la madre.

<sup>16</sup> En el caso de Natalia M. mientras intentaba la rebaja de pensión alimenticia ofrecía a sus hijos regalos cuantiosos (cuadrones), renunció al trabajo para lograr la rebaja; y mientras se tramitaba esta causa, solicitó un acto urgente para que se determinen las lesiones que tenían sus hijos (quemadura de 2do grado por el sol en la playa) como violencia por parte de la madre, para quitarle la tenencia y en consecuencia eliminar la pensión. Cuando se llegó a un acuerdo de tenencia compartida, el compromiso del padre fue involucrarse en el proceso educativo de sus hijos, este involucramiento no duró más que un par de semanas.

que se presenta demandas de tenencia como mecanismo de presión para las madres, para que entreguen o renuncien a bienes que les corresponde.

Es decir, si bien pueden existir padres que tengan legítimo interés en hacerse cargo del cuidado diario de sus hijos, la realidad que nuestro sistema de justicia nos está poniendo en evidencia es que la regla es que el acuerdo de los progenitores no cuestione que sea la madre quien quede a cargo de la tenencia, lo cual nos da cuenta que el patrón socio cultural relacionado con las tareas de cuidado no ha sido modificado; pero no existen prácticamente juicios de tenencia sino cuando existen otros conflictos entre progenitores, generalmente el valor fijado como pensión alimenticia o de plano violencia intrafamiliar que pretende continuar ejerciéndose a través de la violencia vicaria<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> A pesar de que la Corte debe pronunciarse en abstracto sobre la norma, vale la pena manifestar que a pesar de que la acción se presenta con el objetivo de garantizar derechos, no necesariamente es la pretensión de quienes se encuentran apoyando la eliminación de la preferencia materna. De la revisión de la situación procesal de quienes presentan amicus en esta causa y a pesar de no poder conocer si existen antecedentes de violencia intrafamiliar, se observa la siguiente realidad procesal que si debería ser tenida en cuenta en la consideración de los amicus presentados: **1)** SERPA LARREA FRANS IVAN, a pesar de tener fijada una pensión por acuerdo en acta transaccional (01204-2018-03046) ha intentado la rebaja de la pensión a pesar de ser evidente de los autos del proceso que su situación socio económica no amerita una rebaja (ver detalle de la resolución de 12-05-2021) y registra una deuda de en la cuenta SUPA de 15 meses (26390,55USD); **2)** VILLARREAL REVELO HENRY SANTIAGO, en resolución de 26-12-2013 se fija las visitas de la hija por mutuo acuerdo, estableciéndose que la hija será retirada por la tía (lo que hace presuponer existencia de violencia intrafamiliar) (causa No. 17959-2013-0526) la causa se ha mantenido activa con incidentes, encontrándose pendiente de pago en la cuenta SUPA 1701-172701 11514USD que constan en convenio de pago. No existen demandas de tenencia, solamente de modificación de régimen de visitas (17983-2014-1003, 17204-2017-03244) y actos preparatorios para obtener información de la madre (17294201900628G); **3)** SERGINHO PAOLO VEGA LOPEZ tiene demandado el régimen de vistas (09964-2014-0847) con posterioridad a la demanda de alimentos (09201-2014-7020), es decir que la tenencia se encontraba con la madre. No existe en el sistema demanda de tenencia alguna; **4)** PUENTE VILLA LUIS RAUL, no consta la información sobre la resolución en el sistema SATJE de la causa de divorcio por causal (17203201337596), no se evidencia que existan incidentes de tenencia, aunque su organización corresponde a una de abuelos que no pueden ver a sus nietos; **5)** BORJA PADILLA JAIME RENAN, en el año 2012 se le demanda pensión alimenticia (17953-2012-1211) en enero de 2021 intenta la extinción de la pensión alimenticia a pesar de que la alimentada tiene discapacidad, por lo que se rechaza la pretensión, en 2013, esto es, después de que se le demandad la pensión alimenticia, plantea juicio de tenencia (17203-2013-2691, 17141-2013-0603-apelación) y a pesar de que el reconocimiento de la hija fue voluntario intenta también un juicio de IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD (Causa No. 17203201505008) cuya pretensión se desecha en razón de no descartar el examen de ADN su paternidad. Dentro de las actuaciones procesales de la Causa 17203-2013-2691 se transcribe un pronunciamiento del que claramente se desprende la violencia vicaria de la que la madre y la niña han sido víctimas: “Señor Juez rechazo e impugno la manipulación que el actor hace al presentar como prueba a su favor un informe psicológico emitido por el departamento técnico de la **Comisaría Tercera de la Mujer y la Familia**, en el cual solo utiliza ciertas líneas sacando de contexto el contenido total del mismo, informe en el cual menciona que la niña se encuentra expuesta a una situación de tensión relacionada a todos los problemas creados con el Padre, esto es por la denuncia que interpuse en dicha Comisaria, y que lo hice justamente para precautelar la integridad de mi hija y evitar que su padre vulnere el interés superior que los niños tienen y que estaba siendo vulnerado en forma psicológica y verbal, si la acción que inicie en contra de mi ex conviviente causo tensión y afectación emocional en mi hija, entonces podríamos asegurar hoy por hoy que el padre de mi hija le está causando una afectación emocional gravísima, por lo múltiples procesos judiciales que él ha instaurado en mi contra cuando ha sido nuestra propia hija quien ha recibido las boletas de citación de todos estos juicios, tales como juicio de

---

tenencia con el cual quiere arrancar a mi hija del amparo y cuidado de su madre, quien ha velado por ella con amor y abnegación durante los once años de su vida; **segundo un juicio de desahucio por transferencia de dominio con el cual quiere dejarnos sin un techo**, botarnos a la calle, no solo a mi si no a mi tierna hija y cree que haciendo esto, él va a conseguir la tenencia de la menor, lo que el desconoce e ignora es que para ser una buena madre no se necesita tener dinero, ni una casa propia, yo puedo seguir siendo la madre responsable, abnegada que he sido en un departamento alquilado. Y finalmente un juicio que ha instaurado en mi contra por **daño moral en la que no solamente pretende causar desestabilidad emocional en mi persona si no que pretende que le regale DOSCIENTOS MIL DOLARES**. Con esto demostramos la persecución asedio y acoso que está ejerciendo el ciudadano Borja Padilla no solo en mi contra si no en el de su propia hija para satisfacer su más anhelado y codiciado deseo que es destruirme y beneficiarse económicamente, anteponiendo su bienestar por encima del su hija.” (énfasis añadido); **6)** PALLARES GONZALEZ JORGE PAUL, en 2013 se plantea un juicio de alimentos en su contra (17203-2013-23964) en el que adeuda pensiones desde octubre de 2019 que suman el valor de 9389,68USD, en el año 2019 plantea una demanda de visitas (al igual que un incidente de rebaja de la pensión alimenticia) (Causa 15951201900704) que no la ha movido desde septiembre de 2019. No existe demanda de tenencia planteada. **7)** RIVADENEIRA ICAZA DIEGO ESTEBAN, se le demanda la fijación de pensión alimenticia en 2014 (1595120140637) en 2016 se ordena el apremio por el no pago de la pensión al igual que en 2017 que adeudaba 26.234,76USD, 2018 que ya adeudaba 31.438,61USD y 2019 que se renueva la boleta; quien días después de que la alimentada cumple 21 años presenta la solicitud de extinción de alimentos y plantea un incidente de rebaja en el que se le fija una pensión de 71,76USD, a pesar de lo cual adeuda a la fecha 26 pensiones alimenticias correspondientes al valor de 10972,49USD. En relación con este ciudadano, no solo que al momento del divorcio no discutió que la tenencia debía quedar con la madre (conciliación), sino que además, con fecha 30-04-2019 (Causa No. 15951201900128) se resuelve “privar judicialmente la patria potestad sobre el menor de edad (...) a su padre DIEGO ESTEBAN RIVADENEIRA ICAZA”; **8)** PEDRO JOSÉ FREIRÉ VALLEJO no existe información en el sistema SATJE; **9)** SEMBLANTES VORBECK FRANCISCO XAVIER tiene fijada una pensión alimenticia de 690,39USD (1795120110910) adeudando a la fecha 101265,11USD, en 2017 demanda la modificación del régimen de visitas (17204-2017-00881), demanda que es inadmitida por incompetencia del juzgador; no existe demanda de tenencia. Existe un auto de archivo definitivo por el tiempo transcurrido (17279201601073) referente a una denuncia por “AMENAZAS” planteada por la madre de la hija; **10)** BORJA ETLIS GABRIEL encontrándose separado de la madre (archivo por abandono divorcio por mutuo) demanda el régimen de visitas (09201201902940) que se archiva por retiro de la demanda, no hay demanda por alimentos; **11)** PUENTE PROAÑO DANNY ALEXANDER, en noviembre de 2020 se le presenta una demanda de recuperación del menor, en audiencia de 11-02-2021 los progenitores resuelven el conflicto con conciliación; con fecha 30-12-2020 se presenta demanda de alimentos (17204202002638) en que se rechaza el incidente de aumento de la pensión fijada en acta de mediación; el 16-03-2021 los abuelos demandan el régimen de visitas aun no resuelto (17203-2021-01398); **12)** FERNANDEZ SALAZAR JONATHAN PATRICIO, en 2014 le demandan el pago de la pensión alimenticia (17203201416583), se resuelve la acumulación y fija la pensión de mutuo acuerdo, no se ha cancelado absolutamente ningún valor desde la fecha de la audiencia, adeudándose el valor de 3981,62USD (14 pensiones); a menos de un año del acuerdo presenta incidente de rebaja que se inadmite, así como en septiembre de 2020; encontrándose en trámite un incidente de liquidación. En 2016 el ciudadano demandó el régimen de visitas (17203-2016-12588), fijándose de mutuo acuerdo el régimen de visitas cerrado (restringido), que se aumenta en resolución del incidente de fecha 11-02-202; de la lectura del proceso se desprende que existe preocupación legítima de la madre por la integridad sexual de su hija (antecedente denuncia tentativa de violación -17296201600144G); **13)** SANTANA NAN GALO JAVIER, divorcio por causal de abandono (17203201601862) en el que si bien establece que la tenencia le corresponde a la madre, no regula las visitas que se encuentran reguladas en la causa Nro. 17204-2015-07635 (conciliación-régimen cerrado), es decir, se encontraban ya bajo el cuidado de la madre, así como tampoco regula la pensión fijada en la Causa No. 17203-2016-09272, adeuda 16 pensiones que corresponden a 2114,04USD, la madre ha tenido que solicitar el apremio; **14)** No nos referimos a los procesos de Salim Zaidan, ya que los mismos han sido de público conocimiento y se encuentra altamente politizado.

En tal consideración, la violencia de género y en específico la violencia vicaria es un elemento que debe ser considerado por la Corte para resolver; al ser el Estado ecuatoriano responsable de garantizar una vida libre de violencia; siendo que la medida de acción afirmativa garantiza que al menos la tenencia no pueda ser utilizada como un mecanismo para ejercer este tipo de violencia al verse obligados a demostrar que el cuidado de la madre perjudica al interés superior de los hijos e hijas.

#### **V. CUIDADO A TRAVÉS DE OTRAS MUJERES:**

A pesar de no contar con estadísticas que nos permitan visibilizar la situación social, los testimonios de las mujeres madres que se enfrentan a procesos de visitas nos refieren a una realidad por la que en la amplia mayoría de casos, cuando sus hijos se encuentran en las visitas, las y los hijos se alimentan inadecuadamente, ya que no se cocina en casa y se les alimenta con alimentos procesados o comida chatarra; no se procura su bienestar escolar, llegando al final del periodo de visitas sin haber realizado las tareas escolares que se deben entregar el lunes o de plano se encarga el cuidado a otra mujer, sea la empleada doméstica, la nueva pareja o las abuelas, quienes se encarga de cuidarlos, cocinar, lavar su ropa, etc., mientras ellos juegan videojuegos o de plano salen con amigos durante su periodo de visitas<sup>18</sup>.

Estos son aspectos sumamente importantes, ya que si bien las normas pueden servir para modificar los patrones socio-culturales, el eliminar la preferencia materna no va a modificar necesariamente estos patrones ya que la evidencia nos dice que se encargará el cuidado a otra mujer. Es decir, que la eliminación de la preferencia materna no es el mecanismo idóneo; tanto más que los padres que se encuentran ejerciendo actividades de cuidado en igualdad de condiciones con la madre si tienen la posibilidad de mantener un vínculo fuerte con sus hijos y en la mayoría de casos se podrá llegar a un régimen de tenencia compartida por acuerdo entre los progenitores.

Acuerdo que resulta indispensable para compartir la tenencia, ya que si los progenitores no pueden acordar las reglas básicas de su tenencia compartida, una tenencia compartida que se estableciera por la autoridad judicial no puede funcionar, ya que requiere gran coordinación de parte de los progenitores para que un régimen de esa naturaleza sea viable y no afecte psicológicamente a las y los hijos.

#### **SOLICITUD:**

En consideración de los elementos expuestos SOLICITAMOS que se declare la Constitucionalidad de los numerales 2 y 4 del Artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia-CONA, al evidenciarse que se trata de una medida de acción afirmativa necesaria, cuya eliminación generaría la regresión de derechos de las mujeres, atentaría contra el derecho a la alimentación y salud de los lactantes y porque definitivamente no se han alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato de las mujeres.

---

<sup>18</sup> Gabriela E. presentaba permanentemente incidentes en el proceso de visitas porque no se cumplía con el régimen previamente acordado, el padre generalmente llegaba tarde a buscarlos, en ciertas ocasiones con olor etílico por lo que no les mandaba y por regla general durante las visitas sus hijos relataban que los dejaba encerrados en el cuarto en el que vivía con sus padres, ya que como eran mayores les molestaba la bulla que hacían, mientras él salía de la casa por las noches en el fin de semana que tenía las visitas.

Las notificaciones que nos correspondan se recibirán en los correos electrónicos: [eliza2012@hotmail.com](mailto:eliza2012@hotmail.com), [jennyzambrano@live.com](mailto:jennyzambrano@live.com), [sylviabonillab@hotmail.com](mailto:sylviabonillab@hotmail.com), [danny\\_ayala84@hotmail.com](mailto:danny_ayala84@hotmail.com) y el Casillero Judicial del Palacio de Justicia No. 2428.

Firmamos el presente *amicus curiae* en calidad de terceras personas interesadas,

RUTH ELIZABETH GARCÍA ALARCÓN

CC. 1704054814

JENNY ALEXANDRA ZAMBRANO ROJAS

CC. 1715613624

MARÍA DANIELA AYALA ÁLVAREZ

C.C. 1712434867

SYLVIA BONILLA BOLAÑOS

CC. 1714724539