

Señores Jueces de la Corte Constitucional del Ecuador

Edison Xavier Bayas Moposita, portador de la C.I. N° 0201976768, ecuatoriano y domiciliado en la ciudad de Quito, por mis propios derechos y de forma personal comparezco ante ustedes al amparo del artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, mediante un amicus curiae dentro de la acción inconstitucionalidad signada con el numero **0028-15-AI**, al tenor siguiente:

Naturaleza e importancia de la familia

Desde el punto de vista natural, la familia es la estructura fundamental de la sociedad y los estudios que han profundizado en la misma han demostrado que el núcleo familiar y las relaciones parentales han sido clave para dar forma al ser humano de hoy en día. Hasta nuestros tiempos, aún existen incógnitas acerca de esta pieza importante de la civilización moderna de la cual, tanto instituciones como individuos profundizan día a día para darnos una mejor perspectiva.

Según el informe (adjunto) realizado por el alto comisionado de los derechos humanos de la ONU, textualmente señala que "...la familia estable (**padre, madre, hijos**) arroja los mejores resultados en los más diversos indicadores relacionados con la educación, el bienestar físico y psíquico, la salud, las adicciones, la economía, la seguridad física, las relaciones padres-hijos, etc."¹ (el énfasis es de mi autoría). En ese mismo sentido, el informe elaborado por Aldeas Infantiles (adjunto) es claro al señalar que "El rol y la responsabilidad del cuidado no son opcionales" y particularmente respecto al tema que nos atañe, menciona que "el crecimiento y el desarrollo infantil no está determinado únicamente por una buena alimentación, vestimenta y salud física, sino que la **vivencia de relaciones emocionales y afectivas positivas tiene un rol protagónico**"² (el énfasis es de mi autoría).

Esto, consecuentemente nos invita a repensar acerca de la filosofía materialista que últimamente va cobrando fuerza y que concibe el desarrollo integral como el aprovisionamiento de recursos, fácilmente obtenibles mediante el intercambio monetario, que sin dejar de ser importantes no son lo único para alcanzar el ansiado desarrollo integral; se están dejando a un lado las relaciones afectivas y emocionales entre los menores de edad y los progenitores y sus correspondientes grupos familiares. El desarrollo mental también es importante.

El núcleo familiar es el primer círculo de contacto con el que el ser humano tratará de establecer empatía y las buenas relaciones con el mismo le permitirá desarrollar la confianza para crear vínculos cada vez más amplios, pero, sobre todo vínculos con conciencia de ser humano responsable. Como lo refiere Fernando Alban, "...del cuidado y la convivencia nace el afecto, cariño y amor; la relación interpersonal genera lazos de confraternidad y solidaridad...Los padres biológicos

¹ Informe sobre "Protección de la familia: contribución de la familia a la realización del derecho a un nivel de vida adecuado para sus miembros, en particular a través del papel que desempeña en la erradicación de la pobreza y en el logro del desarrollo sostenible". Recuperado de:

<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/ProtectionFamily/CivilSociety/InstituteFamilyPolicy.docx>

² El niño y su derecho a vivir en familia en Latinoamérica. Recuperado de:

https://www.aldeasinfantiles.org.ec/getmedia/bf7fbd68-17da-46fe-88c1-3dde390a5c5e/El-nino-y-su-derecho-a-vivir-en-familia-en-latinoamerica_estudio-regional.pdf

y demás parientes, cuando están ausentes de la vida de los niños, niñas y adolescentes no desarrollan el afecto necesario sobre ellos”³.

Estudios científicos de alto impacto, como el realizado por Alyssa S.Meuwissen y Michelle M.Englund del Institute of Child Development (adjunto), concluyen que “la calidad de apoyo de la figura paterna puede ser beneficiosas para el desarrollo de las funciones de ejecución, ya que estas relaciones proveen experiencias únicas al niño” y que lejos de la errada tradición, “tanto la figura materna como la paterna son importantes, especialmente en las etapas preescolar y escolar ... la figura paterna se convierte en elemento clave en el niño, para lograr adultos exitosos” (la traducción me pertenece)⁴.

De forma similar y congruente, en otro estudio (adjunto) liderado por José María Martín se demuestra que en situaciones consideradas como traumáticas como cuando los padres se separan y dependiendo de la afinidad con los progenitores, se generan escenarios nocivos que pueden “conllevar consecuencias en la salud mental y física a lo largo de todo el proceso vital”⁵. En esta misma cita, se describen las consecuencias de salud a las cuales se exponen los menores en este tipo de situación. Como conclusión, la probabilidad de desarrollar enfermedades “es significativamente superior, aproximadamente el doble (...), entre los menores expuestos a la ruptura parental”.

Estas consecuencias, evidentemente son irreparables y de forma lamentable, recaen en inocentes mientras los responsables divagan en medir fuerzas o simplemente, se desentienden.

En general, tras las rupturas parentales los menores suelen pasar más tiempo con la madre y sin embargo de ello, esto no contribuye a un mejor desarrollo integral. Por el contrario, como se evidencia con la investigación (adjunto) liderada por Francisca Fariña, “la custodia compartida muestra ventajas frente a la exclusiva en diferentes ámbitos: psicológico y emocional, escolar académico, en la salud física y en la relación con ambos progenitores”, además se “demuestra empíricamente que, tras el divorcio, lo mejor para los hijos es la custodia compartida y el contacto sustancial con el padre no custodio. Además, existen también evidencias de que la custodia compartida es beneficiosa para los progenitores”⁶.

Si lugar a dudas, el ser humano al ser un individuo de naturaleza social, tiende desde sus inicios a buscar a sus progenitores, dentro de su grupo familiar, en busca de cobijo ante las adversidades y como apoyo en su desarrollo, aunque de forma inconsciente. Un criterio social que muestra cierto sesgo no podrá cambiar ni el estado natural de las cosas ni su orden. Decir que el ser humano está mejor “protegido” por la madre que por el padre, evidentemente obedece a un criterio sesgado.

Si bien la figura patriarcal se remonta a los inicios de las civilizaciones y en donde la figura materna por tradición tenía el rol de criar a los hijos, esto no quiere decir que esta figura se haya mantenido

³ Derecho de la niñez y adolescencia, Fernando Albán Escobar, Quito – Ecuador, 2003.

⁴ Executive function in at-risk children: Importance of father-figure support and mother parenting. Recuperado de <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0193397316300223>

⁵ Impacto de la ruptura de los progenitores en el estado de salud física de los hijos. Recuperado de: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1888899216300204>

⁶ Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma. Recuperado de: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1133074017300016>

inmutable en el tiempo pues, como en todos los campos, han existido cambios. Para este asunto en concreto, en la actualizada la paternidad se la asume de forma más responsable y es lógico pensar en una sociedad más justa y con condiciones de igualdad. Sin embargo, las llamadas “conquistas” de derechos no pueden ser obtenidas en detrimento de otros. El concepto de familia fue y seguirá siendo de suma importancia.

Considerar la igualdad entre los seres humanos es el único camino para lograr una sociedad más justa y en el caso de los menores de edad, proporcionará una mejor relación con sus progenitores, luego de atravesar rupturas parentales, al compartir sus mejores momentos en igualdad de condiciones con ellos.

Análisis jurídico

El ordenamiento jurídico vigente en el país prioriza tanto a la Constitución de la República como los Tratados y Convenios Internacionales. Es así que los lineamientos de los organismos internacionales a los que el país está adscrito son de necesario cumplimiento dentro de la estructura legal.

Haciendo referencia a los tratados internacionales, podemos entonces citar a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que en su artículo 7 clara y textualmente proclama que “**Todos son iguales ante la ley** y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”⁷ (el énfasis me pertenece). Efectivamente, el espíritu de esta Declaración es proteger a todos los seres humanos, contra toda forma de discriminación con origen en su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

En la misma línea y recordando que Ecuador también es parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es conveniente citar a la Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos que, en su parte pertinente, el artículo 24 indica que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”⁸ siendo de esta forma coherente con la Declaración Universal en esta materia, por supuesto,

En cuanto al ordenamiento legal interno, la Constitución de la República del Ecuador, siendo el cuerpo legal de naturaleza imperativa, respecto a la consecución de la igualdad y la protección de la población menor de edad, considerados a la vez como población vulnerable, indica:

- El artículo 424 dispone la supremacía del texto constitucional y textualmente menciona que “Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.
- El artículo 11, en su numeral 2 insta al Estado a adoptar “medidas de acción afirmativa que **promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos** que se encuentren en situación de desigualdad” (el énfasis me pertenece).

⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de:

https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

⁸ Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos. Recuperado de:

<https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/456/1/Convenci%C3%B3n%20Interamericana%20sobre%20Derechos%20Humanos.pdf>

- El artículo 66, en el correspondiente numeral 4, garantiza el “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.
- El artículo 67, respecto a la familia manifiesta que “Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes”.
- De formar literal, el artículo 70 manifiesta que “El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres...”.
- El artículo 44 obliga al Estado, la sociedad y la familia a crear las condiciones que garanticen de goce de los derechos de las niñas, niños y adolescente.
- El artículo 45, en su parte pertinente establece el derecho de los menores de edad a tener una familia y, sobre todo, disfrutarla.

En el desarrollo de los citados artículos y en el contexto mismo de la Constitución, es clara la naturaleza garantista de derechos y el afán de instituir la igualdad y, precisamente en ese sentido, no se habla de “privilegios”, ni por cuestiones de género ni por cualquier otra justificación. Dicho garantismo está alineado justamente a los Tratados y Convenios internacionales, como los ya mencionados.

Por otro lado, se garantiza de forma prioritaria el bienestar del menor de edad y se establece como un derecho el deleite pleno de la familia, misma que por cuestiones obvias y sin necesidad de ser plasmada en un cuerpo legal, se entiende que tiene orígenes maternos y paternos, salvo excepciones.

Sin embargo, el Código de la Niñez y Adolescencia, dispone lo siguiente:

- El artículo 106, referente al ejercicio de la patria potestad, en su numeral 4 menciona “...se **preferirá a la madre**” (el énfasis me pertenece) a pesar de la igualdad de condiciones entre la madre y el padre. En su numeral 2 establece que la “patria potestad de los que no han cumplido doce años se **confiará a la madre**” (el énfasis me pertenece), salvo criterio del juez.

Aquel “salvo criterio de juez” se ha usado más bien como última “herramienta” y poco usada, sobre todo. Cuando debería ser lo contrario; la preferencia debe ser la igualdad conforme a Derecho, y salvo excepciones debidamente fundamentadas y verificadas por el juez, se resuelva lo contrario para garantizar la integridad, tanto física como mental de los menores de edad.

Siendo la definición del verbo preferir “anteponer [una persona o cosa] a otra” y considerando que “el verbo, al expresar preferencia, exige la comparación entre dos términos”⁹, queda en evidencia que el artículo en cuestión de esta norma de carácter infra constitucional, en sus numerales 2 y 4, estimula actos de discriminación que contrarían a los mandatos de la norma suprema vigente que en su artículo 82 garantiza la Seguridad Jurídica disponiendo el respecto a la Constitución; el artículo 424 ibidem claramente exige que el ordenamiento jurídico se alinee a lo dispuesto por la constitución para gozar de eficacia jurídica, a la vez que obliga a considerar a los Derechos Humanos como la norma de jerarquía superior en caso de que estos sean más favorables que los garantizados en la Constitución.

⁹ Diccionario panhispánico de dudas. Recuperado de <https://www.rae.es/dpd/preferir>

Entonces, si tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y de forma concordante la Constitución de la República del Ecuador garantizan la igualdad del ser humano y condenan cualquier tipo de discriminación, es claro que el Artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, en sus numerales 2 y 4 no se ajusta a estas disposiciones y dada su jerarquía infra constitucional, aludiendo al artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador, es INCONSTITUCIONAL.

Conclusión

De las citas realizadas en el presente desarrollo, pero sobre cualquier otra cosa, la razón o raciocinio humanos, al menos en su sano juicio, nos dan a entender que el ser humano adquiera su valía por el mero hecho de serlo, independientemente de su género, rol, sistema e incluso, época.

Lamentablemente aun vivimos en un medio en donde los estereotipos son parte de la cotidianidad y es acertado considerar que los mismos se desarrollan en detrimento de los derechos de los más vulnerables. Sin embargo, combatir este abuso a expensas de los derechos de otros, aduciendo "empoderamiento y reivindicación" no solucionará las consecuencias de una tradición que predefine las tareas masculinas y femeninas. Tampoco hallaremos solución únicamente al agregar, reemplazar o retirar letras de un vocabulario. Se debe más bien trabajar en la verdadera concientización de la igualdad desde muy temprana edad, ejemplificando actos de igualdad y libre de prejuicios.

La posición radical, ejercida por ciertos "bandos" que han aparecido en los últimos años, a criterio personal, están creando una falsa imagen de avance en cuanto a una sociedad más inclusiva pues, desde esas posiciones únicamente buscan objetivos particulares que se alejan del bien común y este último, es justamente el fin y objetivo del Derecho.

Para el tema que nos atañe, la naturaleza de mamíferos nos hace buscar indudablemente a nuestras madres desde el instante mismo del nacimiento, al mismo tiempo que descubrimos la existencia de una figura complementaria llamada padre. Juntos, han llegado desde tiempos inmemorables y llegarán probablemente hasta el fin de nuestra especie, a ser el refugio y el ejemplo para moldear las vidas de este espécimen llamado humano.

La figura paterna al día de hoy, lejos de los prejuicios, puede cumplir con pertinencia respecto a sus obligaciones con los menores de edad. Por tanto, no es posible aducir que la figura materna es lo más adecuado para el desarrollo de un menor, sin previamente haberlo demostrado con un estudio individualizado. Cada familia tiene sus particularidades y no se las puede generalizar bajo un mismo modelo, únicamente su estudio individual permitirá definir las.

En adición, si bien la norma ha sido eficaz en su aplicación, no ha sido eficiente dado que por diversas circunstancias en ocasiones se generan vínculos afectivos con uno de los progenitores en particular y en una separación, que el menor se vea obligado al "capricho" de la ley no contribuye al desarrollo emocional íntegro y más bien causa graves e irreparables afecciones de orden psicológico. Pues, en muchos casos, esperar a que el menor cumpla 12 años para que recién un juez puede escucharle, no precisamente coadyuva a proteger al niño. Distinguidos Jueces, esta es una realidad lamentable al día de hoy y del que muchas personas menores de edad son víctimas, a causa de las protervas intenciones de los adultos; se requiere la pronta intervención del Estado a fin de garantizar el goce de los derechos y la igualdad.

En caso de existir comportamientos inapropiados de parte de los progenitores, es necesario recordar que estos pueden venir indistintamente, de un padre o de una madre, tal como pública y lamentablemente se han podido conocer a lo largo de los años. El género no es un condicionante para el cometimiento de un delito. En todo caso, los delitos contra los menores de edad deben ser severamente sancionados.

Al respecto, en el afán de “proteger”, con la legislación actual de la niñez se está facilitando a que personas inescrupulosas que, a razón de poseer la tenencia legal, hagan uso de ésta como una herramienta de chantaje que en nada contribuye con el desarrollo integral de los menores.

Reducir a la persona que no ejerce la tenencia a un mero visitador y aprovisionador económico, directamente viola el derecho de los menores a disfrutar de la convivencia familiar de calidad.

Ser madres y padres es una responsabilidad respecto a los menores de edad, que debe ser asumida con altura y en igualdad (de obligaciones y derechos) para incluso con ello, evitar agobiar la calidad de vida de uno u otro progenitor y permitir que los dos puedan llevar una vida digna, de realización personal, familiar, profesional, etc. Como lo demuestran los estudios científicos citados, las circunstancias de ruptura parental van a conducir a problemas emocionales y de salud en los menores de edad, y las políticas, ordenamiento jurídico y posición de la sociedad deben estar orientados a buscar el bienestar de los mismos. Sin embargo, pueden existir circunstancias muy particulares que determinen que la separación de sus progenitores conlleve a un efecto positivo; por ello se requiere un análisis muy prolijo de cada caso.

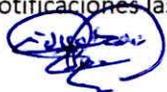
La evidencia científica demuestra que la familia, compuesta por sus progenitores y descendientes es el mejor lugar para el desarrollo integro de los niños, niñas y adolescentes. A falta de aquello, la misma evidencia demuestra que un mecanismo de custodia compartida resulta más beneficioso, tanto para los menores como para los progenitores.

Finalmente recordemos, estamos hablando de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; derechos prioritarios en orden de atención por parte del Estado.

Pretensión

- Se declare la inconstitucionalidad del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, numerales 2 y 4, conforme el espíritu garantista de derechos de Constitución de la Republica del Ecuador y los Convenios y Tratados Internacionales de los cuales Ecuador es suscriptor, conforme lo solicitado en la acción de inconstitucionalidad **0028-15-AI**.
- Se ordene la implementación de la custodia compartida, misma que garantiza la igualdad de condiciones de los progenitores y a la vez, el goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
- Ser recibido en audiencia pública a fin de poder exponer de mejor manera, estos y otros argumentos, respecto a la acción de inconstitucionalidad 0028-15-AI.

Las notificaciones las recibiré en mi dirección de correo electrónico exbm89@gmail.com.


Edison Xavier Bayas Moposita
0201976768

	SECRETARÍA GENERAL DOCUMENTOLOGÍA
Recibido el día de hoy	18 OCT. 2021
Por	Johanna
Anexos	31 folios
..... FIRMA RESPONSABLE	

