

Quito, D.M., 24 de noviembre de 2021

CASO No. 28-15-IN

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR,
EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y
LEGALES, EMITE LA SIGUIENTE**

SENTENCIA

Tema: En esta sentencia, se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad presentada por Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia, en contra el artículo 106, números 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia. La Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad por el fondo de 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*” de las normas impugnadas, por ser contrarias al principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, al derecho a la igualdad, y a la corresponsabilidad parental.

Índice

1. <i>Antecedentes</i>	2
2. <i>Competencia</i>	4
3. <i>Norma impugnada</i>	4
4. <i>Fundamentos de las partes</i>	4
4.1. <i>Argumentos de los accionantes</i>	4
4.2. <i>Argumentos de Asamblea Nacional del Ecuador</i>	8
4.3. <i>Argumentos de la Procuraduría General del Estado</i>	9
4.4. <i>Argumentos de la Presidencia de la República</i>	10
4.5. <i>Argumentos de los Amici Curiae</i>	10
4.5.1. <i>Coparentalidad Ecuador</i>	10
4.5.2. <i>Santiago Palacios Cisneros</i>	11
4.5.3. <i>Serginho Paolo Vega López</i>	12
4.5.4. <i>Vanessa Samantha Morejón Obando</i>	12
4.5.5. <i>Andrea Maru Irigoyen Ponce</i>	12
4.5.6. <i>Frans Serpa Larrea</i>	13
4.5.7. <i>Gabriel Borja Etlis, Luis Raúl Puente Villa, Jorge Paul Pallares Gonzalez, Jimena Elizabeth Tapia Mindiola, Danny Alexander Puente Proaño, Jonathan Patricio Fernández Salazar</i>	13
4.5.8. <i>Diego Esteban Rivadeneira Icaza, Pedro José Freire Vallejo y Francisco Xavier Semblantes Vorbeck</i>	13
4.5.9. <i>Jaime Borja Padilla</i>	14
4.5.10. <i>Galo Javier Santana Nan</i>	14
4.5.11. <i>María José Machado Arévalo</i>	15
4.5.12. <i>María Poema Carrión Sarzosa</i>	16

4.5.13. Corporación de Estudios Decide, voluntarias de la Liga de la Leche Ecuador, María Daniela Ayala Alvarez y Sylvia Bonilla Bolaños.	17
4.5.14. Valeria Patricia Torres Espín	19
4.5.15. Carlos Andrés Isch Pérez	20
4.5.16. Edison Xavier Bayas Moposita	21
5. Problemas jurídicos identificados	23
6. Análisis	23
6.1. Consideraciones previas sobre la patria potestad, tenencia y coparentalidad.	23
6.2. ¿Los números 2 y 4 del artículo 106 del CONA son contrarios al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio de interés superior de los NNA?	28
6.2.1. Análisis del principio del interés superior de los NNA.	46
6.3. ¿El encargo preferente de la tenencia hacia la madre viola el principio de corresponsabilidad parental?	51
6.4. Sobre la violencia vicaria	54
7. Consideraciones adicionales	57
7.1. Parámetros para evaluar, caso por caso, el encargo de la tenencia de los NNA.	58
8. Decisión	60

1. Antecedentes

1. El 1 de abril de 2015, Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia (“**accionantes**”) presentaron una acción de inconstitucionalidad en contra de los números 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia de 3 de enero de 2003, expedido por el Congreso Nacional.
2. El 28 de abril de 2015, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la presente acción pública de inconstitucionalidad y se otorgó el término de quince días para que la Presidencia de la República, la Asamblea Nacional y la Procuraduría General del Estado se pronuncien.
3. El 2 de junio de 2015, Marcos Arteaga Valenzuela, Director Nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado (“**PGE**”), presentó sus descargos sobre la acción propuesta.
4. El 2 de junio de 2015, Alexis Mera Giler, Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República y delegado del Presidente de la República, presentó sus descargos sobre la acción propuesta.
5. El 16 de diciembre de 2016, Henry Santiago Villarreal Revelo, Paúl Armando Rodríguez Dávalos y Dennis Fernando Cazar Ramírez, miembros de la organización “Coparentalidad Ecuador”, presentaron un *amicus curiae*.
6. Mediante providencia de 25 de enero de 2017, el entonces juez constitucional Alfredo Ruiz Guzmán convocó a audiencia el 9 de febrero de 2017¹, donde intervinieron: Farith

¹ Fs. 90, expediente Corte Constitucional del Ecuador.

Simon Campaña, en calidad de director de la clínica jurídica de la Universidad San Francisco de Quito; Erick Pineda, por parte de la Presidencia de la República; Francis Abad, a nombre de la Asamblea Nacional; y, Jenny Veintimilla Endara por parte de la PGE. Además, intervinieron Henry Santiago Villareal, como miembro de la organización “Coparentalidad Ecuador”, en conjunto con sus abogados, Fabián Hernández y Santiago Palacios Cisneros.

7. En escrito de 3 de febrero de 2017, Santiago Palacios Cisneros presentó un *amicus curiae*.
8. El 5 de febrero de 2019, se posesionaron ante el Pleno de la Asamblea Nacional los jueces constitucionales que conforman la actual Corte Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 432 y 434 de la Constitución de la República del Ecuador.
9. En virtud del sorteo de fecha 9 de julio de 2019, se designó al juez constitucional Enrique Herrería Bonnet para la continuación del trámite de esta causa, quien avocó conocimiento el 21 de julio de 2021.
10. El 23 de agosto de 2019, Serginho Paolo Vega López presentó un *amicus curiae*.
11. El 11 de marzo de 2020, Frans Serpa Larrea, Andrea Maru Irigoyen Ponce, Vanessa Samantha Morejón Obando presentaron, por separado, *amici curiae*.
12. El 17 de junio de 2021, se presentaron *amici curiae* por parte de Gabriel Borja Etlis; Luis Raúl Puente Villa, en representación de la Asociación ecuatoriana de Abuelos que no pueden ver a sus Nietos-sede Pichincha; Jaime Borja Padilla; Jorge Paúl Pallares González, en representación de la organización Comprometidos por Nuestros Hijos; Galo Javier Santana Nan, en representación de Coparentalidad Puyo; Danny Alexander Puente Proaño, Jonathan Patricio Fernández Salazar y Jimena Elizabeth Tapia Mindiola, en representación de la organización Corresponsabilidad e Igualdad; Diego Esteban Rivadeneira Icaza, Pedro José Freile Vallejo y Francisco Xavier Semblantes Vorbeck, en representación de la Fundación Padres por Justicia.
13. El 23 de agosto de 2021, María José Machado Arévalo presentó un *amicus curiae*.
14. El 27 de agosto de 2021, María Poema Carrión Sarzosa presentó un *amicus curiae*.
15. El 30 de agosto de 2021, la Corporación de Estudios Decide, 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; y, María Daniela Ayala Álvarez y Sylvia Bonilla Bolaños, en calidad de abogadas en libre ejercicio y especialistas en derecho de familia, género y derechos humanos presentaron un *amicus curiae*.

16. El 31 de agosto de 2021, Valeria Patricia Torres Espín presentó un *amicus curiae*.
17. El 1 de septiembre de 2021, María Cristina Almeida, en calidad de Presidenta de la Fundación Nina Warimi presentó un escrito.
18. El 7 de septiembre de 2021, Carlos Andrés Isch Pérez presentó un *amicus curiae*.
19. El 18 de octubre de 2021, Edison Xavier Bayas Moposita presentó un *amicus curiae*.

2. Competencia

20. El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver la presente acción de inconstitucionalidad de conformidad con lo previsto por el artículo 436 números 2, 3 y 4 de la Constitución de la República del Ecuador (“CRE”), en concordancia con los artículos 75 y 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”).

3. Norma impugnada

21. La presente acción de inconstitucionalidad fue planteada en contra de los números 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (“CONA”), que prescriben:

Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (actual 307) del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

[...] 2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija; [...].

4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija; [...].²

4. Fundamentos de las partes

4.1. Argumentos de los accionantes

22. Fundamentan la presente acción de inconstitucionalidad pues, a su criterio, la norma impugnada: (i) vulnera el principio de igualdad y perpetúa estereotipos sobre el rol cultural de la mujer en una sociedad patriarcal; y, (ii) contradice el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes (“NNA”).

² Código de la Niñez y la Adolescencia. Registro Oficial N°. 737 de 3 de enero de 2003, artículo 106.

23. Para argumentar la vulneración al principio de igualdad, transcriben el número 4 del artículo 66 de la CRE³, y los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴. A su criterio, la distinción entre hombre y mujer para atribuir la patria potestad y la tenencia es injustificada. Así, realizan un test de razonabilidad para valorar si esta distinción deviene en un acto de discriminación.⁵
24. Sobre si la norma es adecuada, manifiestan que “*el régimen de preferencia materna no es adecuado para precautelar el bienestar del niño*”⁶, pues no se logra un fin constitucionalmente válido. Afirman, incluso, que se violan derechos reconocidos en la CRE como la igualdad, corresponsabilidad parental, no discriminación e interés superior de NNA.
25. En lo referente a la necesidad, mantienen que la distinción entre padre y madre no es la única medida que existe, pues para decidir de conformidad con el interés superior de NNA se debería llevar un análisis caso por caso, “*distinto a la preferencia materna*”⁷.
26. En relación a la proporcionalidad en sentido estricto, aseveran que:

*la preferencia materna no es proporcional ya que este trato desigual sacrifica valores y principios de mayor peso que los que se pretende satisfacer por medio de esta distinción. Aparentemente, esta disposición gira en torno a la protección del menor ya que se ha entendido que la madre es la persona idónea para cuidar al niño. No obstante, 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.*⁸

27. Concluyen que la distinción contenida en la norma impugnada es discriminatoria e inconstitucional, pues no se cumple ninguno de los requisitos del test.

³ El número 4 del artículo 66 de la CRE señala que: “*se reconoce y garantizará a las personas: 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y a la no discriminación*”. Los accionantes indican que los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos también reconocen el mismo derecho.

⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículos 1 y 24, respectivamente: “*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*” y “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.*”

⁵ Los accionantes utilizan el estándar de la sentencia N°. C-022/96 de 23 de enero de 1996 de la Corte Constitucional de Colombia, en la que se señala que debe existir una distinción legítima bajo estos tres requisitos o se convertiría en discriminación: (i) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (ii) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; 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.

⁶ Fs. 15, expediente Corte Constitucional del Ecuador.

⁷ Fs. 15, expediente Corte Constitucional del Ecuador.

⁸ Fs. 16, expediente Corte Constitucional del Ecuador.

28. Sostienen que la norma impugnada viola el principio de corresponsabilidad parental, pues al mantener “*un régimen de preferencia materna en la tenencia del niño, se impide que los padres y las madres gocen de los mismos derechos y obligaciones frente a sus hijos*”.⁹
29. Con base en los artículos de la CRE que contienen el principio *ibídem* y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recalcan que, en caso de que se disuelva el matrimonio, debe primar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en la toma de decisiones sobre la vida de NNA.
30. A su entender, la norma impugnada también es contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño, específicamente el artículo 5, número 2 del artículo 14 y artículo 18, que se relacionan a las obligaciones comunes que tienen hombre y mujer respecto a la crianza de los hijos y su desarrollo.
31. En este sentido, consideran que la norma impugnada estaría desactualizada y no responde a la realidad actual. Presentan ejemplos de los ordenamientos jurídicos de Chile, España, Argentina, Uruguay, Perú y Colombia para mostrar que la ley no debe realizar ningún tipo de preferencia entre padre y madre para otorgar la tenencia.
32. Para justificar sus pretensiones, emplean la observación general N°. 14, expedida por el Comité de los Derechos del Niño, la cual prescribe:

*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.*¹⁰ (énfasis pertenece a la demanda).

33. Por otro lado, afirman que la norma impugnada es discriminatoria para las mujeres, ya que, sin ningún sustento, considera como cierto un estereotipo referente a que son “*más idónea[s] para el cuidado de los hijos*”¹¹ por su sola condición de ser mujer. Así, mencionan el preámbulo y los artículos 5 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (“CETFDM”), para recalcar la responsabilidad compartida de hombres y mujeres en cuanto a la crianza de los hijos.

⁹ Fs. 16, expediente Corte Constitucional del Ecuador. Al respecto, mantienen que al declarar la inconstitucionalidad de los números 2 y 4 del artículo 106 del CONA, se logrará que “*puedan ambos compartir la tenencia y evitar que uno de ellos sea un mero visitador*”.

¹⁰ Fs. 19, expediente Corte Constitucional del Ecuador.

¹¹ Asimismo, en audiencia uno de los legitimados activos mencionó que se genera un estereotipo pues se considera que la madre siempre será la mejor cuidadora y que ello conllevaría a encontrarse en una situación de inferioridad con respecto a la obtención del encargo de la tenencia.

34. Aluden también a la obligación del Estado de adoptar medidas para asegurar condiciones de igualdad entre padres y madres en lo referente al cuidado y crianza de NNA. Advierten que en caso de seguir perpetuando el estereotipo respecto al rol de la mujer en la familia, se continuará afectando la situación de las mujeres en el campo laboral.¹²
35. A su criterio, la norma impugnada es violatoria al principio de igualdad por dos motivos: (i) por la preasignación materna que impide el ejercicio equitativo de derechos y obligaciones entre padres y madres; y, (ii) por reforzar los estereotipos del rol de la mujer en la familia.
36. Con sustento en el caso María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recuerdan que una de las consecuencias de asignar roles a cada género, es que estos patrones llegan a institucionalizarse, generando un desequilibrio entre los derechos y deberes de los progenitores.
37. Su fundamento para sostener que la norma impugnada es contraria al principio de interés superior de NNA, se sustenta en el análisis de tres elementos del principio *ibídem*: opinión, identidad y preservación del entorno familiar de NNA.
38. Recalcan que de conformidad con la observación general N° 14¹³, el interés superior de NNA es prioritario frente a otros intereses, por lo que se debe evaluar cada caso para decidir sobre la tenencia. Consideran que la asignación automática a la madre, a falta de acuerdo sobre la tenencia, presupone una rigidez en la toma de decisiones que se convierte en una acción discriminatoria.
39. Afirman que la norma impugnada es inconstitucional, específicamente el número 2, porque asigna automáticamente la tenencia a la madre, a falta de acuerdo sobre la misma, sin considerar la opinión de NNA.
40. En lo referente a la opinión de NNA, sostienen que deben ser consultados sobre los asuntos que les afecten y su opinión debe ser tomada en consideración, en función de la edad y madurez.
41. En cuanto a la identidad, mantienen que existe incompatibilidad respecto a ésta y la norma impugnada. A pesar del divorcio de los progenitores, para NNA los padres siguen

¹² Afirman que, “*el rol reproductivo de las mujeres no se debe convertir en una variable excluyente y discriminatoria de ellas en su acceso al trabajo*” y que la norma impugnada “*podría parecer que reconoce un derecho para las madres pero, en realidad, al imponer la idea de que es siempre la mujer quien debe cuidar de los hijos se está limitando su mercado laboral*”. Para fundamentar aquello, citan el informe sobre “*El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*” (2011), Washington: OEA, p. 59; así como el Informe N° 28/98, caso N° 11.625, María Eugenia Morales de Sierra c. Guatemala, 6 de marzo de 1998.

¹³ Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N° 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Doc. CRC/C/GC/14, 2013.

constituyendo una familia. Por ende, la preferencia materna “*obstaculiza al niño o adolescente cuyos padres son divorciados, a mantener un vínculo directo con el padre al que no se le ha conferido la tenencia del menor*”¹⁴.

42. En lo referente a la preservación del entorno familiar de NNA, argumentan que la norma es contraria pues:

*el otorgamiento de la tenencia de forma exclusiva y arbitraria a la madre cuando ambos padres son igualmente aptos, impide que el niño tenga este contacto continuo con su núcleo familiar. Es así que, no se permite que todos los integrantes puedan cumplir con sus obligaciones respecto del menor. Además, la regla de preferencia materna impide preservar la unidad familiar ya que, al contrario, refuerza la separación familiar e impide que exista un verdadero fortalecimiento del núcleo familiar.*¹⁵

43. Con sustento en la falta de cumplimiento de los tres elementos mencionados *ut supra*, aseveran que la norma impugnada es contraria al interés superior de NNA.
44. Dentro de la audiencia, establecieron que la norma viola obligaciones internacionales, por lo que se debe evaluar caso por caso la tenencia y establecer parámetros para evaluar el interés superior de NNA. Cuestionaron lo que ocurre con “*los niños más pequeños [que] no se pueden dar a entender de manera adecuada*” y afirman que, el hecho de “*que sean niños no les priva de dar su expresión*”.
45. Finalmente, en su demanda expresan que la visión adultocéntrica genera la existencia de una preferencia materna; y, en consecuencia, no se considera el interés superior de NNA.
46. Con base en los argumentos reproducidos, los accionantes pretenden que se admita a trámite la demanda y se declare la inconstitucionalidad de los números 2 y 4 del artículo 106 del CONA.

4.2. Argumentos de Asamblea Nacional del Ecuador

47. El 20 de mayo de 2015, César Pólit, en representación de la Asamblea Nacional remitió las actas del primer y segundo debate del CONA.
48. En la audiencia de 9 de febrero de 2017, Francis Abad, en representación del legislativo, planteó que la demanda afecta “*un elemento fundamental de la sociedad (...) considerar la maternidad como función social*”. En este sentido, afirmó que la norma impugnada “*se justifica por las necesidades de la propia naturaleza*”, pues “*la ley es sabia*” y “*es cuestión del abogado (...) demostrar qué es lo que más conviene, pero en litigio*”.
49. Argumentó que:

¹⁴ Fs. 25, expediente Corte Constitucional del Ecuador.

¹⁵ Fs. 31, expediente Corte Constitucional del Ecuador.

por ley, por naturaleza, estarán con la madre ya que el padre no concibe, el padre no fecunda, el padre no es responsable de la gestación, el padre no alimenta –mientras es feto–, el padre no pare, el padre no amamanta, ese vínculo que genera la naturaleza porque así se ha preservado la especie.

50. Consideró que la ley protege el vínculo generado por la “maternidad” y que éste es “fuerte muy por encima del vínculo que puede existir con el padre por más excelentes padres que existan. A no ser que el ejemplo sea con una madre desnaturalizada, que hasta allá no llega la ley” [sic].
51. Por las razones expuestas, concluyó expresando “¿Quién mejor para criar al hijo que la madre?”; manifestó que la norma impugnada es adecuada, necesaria y proporcional, y solicitó que se ratifique su constitucionalidad con el fin de que prevalezca el interés de NNA.
52. El 8 de agosto de 2021, Santiago Salazar Armijos, en calidad de procurador judicial de la Presidenta de la Asamblea Nacional del Ecuador, presentó un escrito en el que manifiesta que la demanda no contiene una argumentación constitucional válida.
53. Establece que la preferencia materna es necesaria ya que “durante el contexto histórico social, se ha demostrado que por motivos antropológicos, culturales, biológicos, y jurídicos, la madre responde de mejor manera al lazo parental”. Considera que la norma ha buscado tutelar de mejor manera el principio de interés superior de NNA.
54. Solicita que se deseche la demanda, en virtud de la aplicación de los principios de control integral, de constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, de permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico, de configuración de la unidad normativa y de *in dubio pro legislatore*.

4.3. Argumentos de la Procuraduría General del Estado

55. El 2 de junio de 2015, Marcos Edison Arteaga Valenzuela, Director Nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado, presentó un escrito de descargo.
56. En lo referente a las alegaciones sobre el principio de igualdad, afirma que: “el principio de igualdad entre hombres y mujeres y el ejercicio del derecho a la igualdad, encuentran limitaciones sobre todo en el principio de interés superior del niño”¹⁶. A su criterio, la norma impugnada no es absoluta porque se debe tomar en cuenta los derechos de los NNA. En este sentido, señala que “al perseguir un fin legítimo, la limitación del principio de igualdad entre hombres y mujeres es justificado”¹⁷.

¹⁶ Fs. 53, expediente Corte Constitucional del Ecuador.

¹⁷ *Ibid.*

57. Con respecto al principio de corresponsabilidad parental, arguye que los accionantes confunden este principio con el “*cuidado personal*”, por lo que las alegaciones realizadas por los accionantes no se justifican.
58. En audiencia de 9 de febrero de 2017, Jenny Veintimilla Endara, por parte de la Procuraduría General del Estado, consideró que “*las normas impugnadas tratan sobre la patria potestad mas no sobre la tenencia*” y requirió que se dicte una sentencia moduladora.

4.4. Argumentos de la Presidencia de la República

59. El 2 de junio de 2015, Alexis Mera Giler, en calidad de secretario general jurídico de la Presidencia de la República, presentó un informe en el que señala que:
1. El CONA fue expedido en el 2003, por lo que este cuerpo normativo es anterior a la vigencia de la CRE del 2008.
 2. Se allanan a la demanda de inconstitucionalidad, ya que el interés superior de los NNA debe ser precautelado. No obstante, consideran que:

dado el desarrollo psico-senso-motriz de los niños y niñas en temprana edad, consideramos pertinente que aquellos sean confiados a la madre al menos hasta los 2 años de edad, por lo cual, en tal sentido, estimamos pertinente se expida por parte de la Corte Constitucional una sentencia moduladora.

60. En la audiencia, Erick Pineda, en representación de la Presidencia de la República, afirmó que la norma impugnada no constituye un estereotipo ya que la madre debería estar a cargo del cuidado hasta el primer año, por lactancia. Indicó que los criterios que se expidan deben sustentarse en estudios técnicos, psicológicos y sociales.
61. Finalmente, sostuvo que la Organización Mundial de la Salud establece que NNA deben estar con su madre, por lo menos hasta el año. Cuestionó: “*¿Quién o cómo se harán las visitas de los niños? ¿cuáles son los criterios para que un juez adopte el mejor criterio con respecto a la patria potestad?*”.

4.5. Argumentos de los Amici Curiae

62. De conformidad con el artículo 12 de la LOGJCC se presentaron los siguientes escritos y alegaciones en calidad de *amicus curiae* dentro del caso N°. 28-15-IN:

4.5.1. Coparentalidad Ecuador

63. El 16 de diciembre de 2016, Henry Santiago Villarreal, Paúl Armando Rodríguez Dávalos y Dennis Fernando Cazar Ramírez, miembros de la comunidad de

Coparentalidad Ecuador (“**Coparentalidad Ecuador**”), presentaron un escrito en el que exponen que:

1. Su interés radica en que los padres, en caso de separación, mantengan el contacto con NNA, basado en un acuerdo proporcional de derechos y obligaciones.
 2. Buscan evitar situaciones de alienación parental y estigma hacia la figura paterna.
 3. Sugieren la incorporación de la figura de la tenencia compartida.
 4. Determinan que la norma impugnada es contraria al artículo 11 del CONA, ya que refuerza el sistema monoparental y viola los principios de igualdad entre padre y madre.
 5. A su entender, la norma impugnada es contraria a la corresponsabilidad parental y al interés superior de NNA, “*beneficiando*” solo a la madre en lo referente a la tenencia de los hijos.
64. Así, cuestionan “¿*acaso los derechos y obligaciones [de la tenencia] le corresponden solo a la madre?*”¹⁸.

4.5.2. Santiago Palacios Cisneros

65. El 3 de febrero de 2017, Santiago Palacios Cisneros por sus propios derechos, presentó un escrito en el que argumenta que el Ecuador suscribió y ratificó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, por lo que, al no reformar el artículo 106 del CONA, el país sería el único que no está honrando su compromiso.
66. Reconoce que en varios países¹⁹ existe jurisprudencia vinculante y normativa que regula la tenencia compartida y reconoce que el hombre y la mujer tienen “*la misma capacidad para precautelar sobre el cuidado del menor*”.
67. Asevera que:

*en el fondo debemos ver desde los ojos de nuestros hijos. Que ven ellos cuando están frente a un proceso de separación. Es una lucha de amor, y lucha para erradicar el machismo. Vernos iguales, acabará la violencia. Que nuestros hijos no crezcan huérfanos emocionales.*²⁰

¹⁸ Fs. 69. expediente Corte Constitucional del Ecuador.

¹⁹ A su consideración, la custodia compartida existe en Estados Unidos, México, Colombia, Perú, Chile, Argentina, Uruguay, Brasil, Venezuela, Bolivia, Panamá, España, Alemania, Francia, Reino Unido e Italia.

²⁰ Dichos argumentos fueron esgrimidos en la audiencia de 9 de febrero de 2017.

4.5.3. Serginho Paolo Vega López

68. El 23 de agosto de 2019, Serginho Paolo Vega López por sus propios derechos, presentó un escrito en el que afirma que se debe practicar un control de convencionalidad pues la norma impugnada es contraria a la igualdad formal. Además, remarca la existencia de una “*injustificada*” e “*injusta*” preferencia materna.
69. Manifiesta que la norma viola el derecho de la igualdad formal y genera discriminación en contra de las mujeres, ya que:

Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones respecto a su estabilidad emocional, económica, madurez psicológica, condiciones de prestar a las hijas e hijos la dedicación integral ¿por qué existe una ley que segrega al padre?, ¿cuál es la justificación objetiva y razonable para preferir a la madre? (...).

70. Considera que la norma impugnada es atentatoria al derecho a la igualdad material puesto que el padre, en la práctica, está imposibilitado de ser un agente activo en el desarrollo integral de sus hijos.
71. Afirma que la custodia monoparental materna es contraria a los números 1 y 5 del artículo 69, y al artículo 83 numeral 16 de la CRE. Considera necesario implementar la custodia compartida, para que prime la corresponsabilidad parental y concluye que “*el padre no puede limitarse a ser un proveedor económico (...)*”.

4.5.4. Vanessa Samantha Morejón Obando

72. El 11 de marzo de 2020, Vanessa Samantha Morejón Obando por sus propios derechos, presentó un escrito en el que afirmó que, en lo referente a la tenencia monoparental materna, la norma impugnada tiene un trasfondo “*machista*” por mantener a la mujer “*dentro del rol de género heredado en una sociedad (...)*”. Considera que la norma impugnada:

es una institución que cosifica a las hijas e hijos prácticamente teniéndolos como objetos (...) es una oportunidad para que las madres tomen el control de las hijas e hijos y los usen como medio de chantaje para avasallar a los padres.

73. Establece que, a través de la custodia compartida, NNA lograrán desarrollarse de mejor manera. Por lo que, “*si aman a papá y a mamá, ¿qué nos hace pensar que lo mejor para ellos es pasar 6 días y medio a la semana con la mamá y medio día con el papá?*”. Al respecto, solicita que se declare la inconstitucionalidad por razones de fondo de la norma impugnada y que se institucionalice la custodia compartida.

4.5.5. Andrea Maru Irigoyen Ponce

74. El 11 de marzo de 2020, Andrea Maru Irigoyen Ponce por sus propios derechos, presentó un escrito en el que expuso sus argumentos a favor de la custodia compartida.

75. Indica que el número 16 del artículo 83 de la CRE, el cual versa sobre la corresponsabilidad parental es una norma imperativa. Considera que la norma no puede devenir en ineficaz, y cuestiona “¿por qué negamos la oportunidad de que nuestros hijos e hijas crezcan compartiendo igual tiempo tanto con sus padres o madres separados?”.
76. Asevera que la norma impugnada es “injusta, ya que no existe razón fundamentada para dar trato preferente hacia la madre y relegándose al padre a un segundo plano”.
77. Manifiesta que existe una incongruencia, pues en la CRE se contempla la corresponsabilidad parental y en una norma infraconstitucional la tenencia monoparental materna. Concluye que “la ineficacia de la corresponsabilidad parental traducida en custodia compartida se debe a que se encuentra vigente la inconstitucional custodia monoparental materna establecida en [la norma impugnada]”.

4.5.6. Frans Serpa Larrea

78. El 11 de marzo de 2020, Frans Serpa Larrea por sus propios derechos, presentó un escrito en el que afirma que, en caso de existir una preferencia legal, debería ser la tenencia compartida. La tenencia monoparental materna, a su criterio, crea una situación discriminatoria e injustificada.

4.5.7. Gabriel Borja Etlis, Luis Raúl Puente Villa, Jorge Paul Pallares González, Jimena Elizabeth Tapia Mindiola, Danny Alexander Puente Proaño, Jonathan Patricio Fernández Salazar

79. El 17 de junio de 2021, Gabriel Borja Etlis, por sus propios derechos; Luis Raúl Puente Villa, en representación de la organización Asociación Ecuatoriana de Abuelos que no pueden ver a sus nietos-sede Pichincha; Jorge Paul Pallares González; Jimena Elizabeth Tapia Mindiola, Jonathan Patricio Fernández Salazar y Danny Alexander Puente Proaño, en representación de la organización Corresponsabilidad e Igualdad, presentaron de forma separada escritos en los que expusieron sus argumentos para que se declare la inconstitucionalidad de la norma impugnada.
80. En lo principal, citan el artículo 16 de la CETFDM y afirmaron que:

el establecimiento de una norma que disponga la custodia monoparental materna, viola el instrumento internacional de derechos humanos (...) porque no se encuentra fundamentada esa institución y es evidente el sesgo consuetudinario de roles de género: la mujer se reduce a una mera criadora y al hombre un mero proveedor.

4.5.8. Diego Esteban Rivadeneira Icaza, Pedro José Freire Vallejo y Francisco Xavier Semblantes Vorbeck

81. El 17 de junio de 2021, Diego Esteban Rivadeneira Icaza, Pedro José Freire Vallejo y Francisco Xavier Semblantes Vorbeck, por sus propios derechos, presentaron un escrito en el que indican que la norma impugnada es contraria al derecho a la igualdad formal y material y no discriminación.
82. Exponen que la norma impugnada vulnera el principio de supremacía constitucional y que es incompatible con el derecho a la igualdad formal, toda vez que no existe *“paridad de trato entre la madre y el padre”*. Sostienen que *“no existe paridad en la aplicación del derecho, ya que existe una injustificada preferencia materna (...)”*. Advierten la necesidad de adoptar medidas legislativas que garanticen el goce efectivo del derecho a la igualdad.
83. Cuestionan: *“¿por qué existe una ley que segrega al padre? ¿cuál es la justificación objetiva y razonable para preferir a la madre?, ¿existe algún fin constitucional válido para realizar esa limitación al goce del derecho a la igualdad que también tiene el padre?”*, y concluyen que la norma es sospechosa de discriminación.
84. Sobre la igualdad material, arguyen que la norma impugnada es un obstáculo debido a que el padre se convierte en *“un personaje al que se le permitirá visitar a sus niños unas pocas horas cada dos semanas y, en el peor de los casos, se le impedirá el contacto con ellos de manera completa y de forma indefinida”*.
85. Señalan que, a pesar de que ambos progenitores pueden encontrarse en igualdad de condiciones, la norma impugnada transgrede la corresponsabilidad parental y la custodia compartida.
86. Afirman que la tenencia monoparental materna no tiene una razón justificable y objetiva que permita realizar una distinción entre padre y madre, por lo que se convierte en un *“acto flagrante injusto y discriminatorio, transgresor de derechos y principios fundamentales”*.

4.5.9. Jaime Borja Padilla

87. El 17 de junio de 2021, Jaime Borja Padilla presentó un escrito alegando que la norma impugnada es contraria a la CRE. Desarrolla que la asignación materna es contraria a la corresponsabilidad parental y al derecho a la igualdad material y formal.

4.5.10. Galo Javier Santana Nan

88. El 17 de junio de 2021, Galo Javier Santana Nan, en representación de la organización Coparentalidad Puyo, expuso que la norma impugnada es inconstitucional porque *“discrimina de manera formal y material a los padres”*. También sostiene que:

La preferencia de la custodia materna no tiene fundamento jurídico, ya que si se realiza el examen de proporcionalidad respectivo, no se justifica que esa norma persiga un fin

constitucionalmente válido. Simplemente se mantienen estereotipos de género superados, porque a la mamá se la condiciona como mera cuidadora y al papá como mero proveedor. Además, el artículo 83, numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador establece responsabilidades compartidas para los progenitores, y una de ellas es el cuidado. En caso de que los padres se separen y/o divorcien, de acuerdo a la norma mencionada, el cuidado aun en esos casos, deberá ser cumplido por ambos, no solo por la mamá.

4.5.11. María José Machado Arévalo

89. El 23 de agosto de 2021, María José Machado Arévalo, por sus propios derechos, presentó un escrito en el que solicita que se rechace la demanda de inconstitucionalidad porque “*podría profundizar situaciones de violencia contra las mujeres y las infancias*”. A su criterio, la norma impugnada reconoce una desigualdad real entre mujeres y hombres, en virtud de la estructura imperante de género y la situación socioeconómica de ambos.

90. Afirma que los hombres tienen poca o nula implicación en la crianza de sus hijas e hijos, por lo que allí radica la necesidad de la preferencia materna, configurándose como una acción afirmativa. Considera que las leyes que *prima facie* parecen igualitarias, discriminan por resultado a las mujeres, y que la falta de preferencia materna generaría un ataque a la “*marentalidad*” por parte de los hombres. Así, manifiesta que:

La custodia compartida está siendo utilizada por los padres agresores como un mecanismo potente para seguir ejerciendo violencia hacia las mujeres, pudiendo estas ceder a sus "pretensiones", por el miedo a perder a sus hijos/as, o con la esperanza de que así cese la violencia.

91. Considera que, dentro de procesos judiciales, las mujeres se encontrarían en una desventaja, por su situación económica en relación a los padres, y debido a que “*la mayoría de jueces son hombres por los estereotipos de género*”. Indica que:

Si bien, en abstracto, la eliminación de la preferencia materna podría contribuir a desterrar estereotipos de género, la realidad de los sectores más deprimidos y empobrecidos del país impone desventajas adicionales a las mujeres racializadas, en situación de movilidad humana, con discapacidad, en trabajo sexual/prostitución, lesbianas o trans. Perder la tenencia de hijas e hijos no sería difícil para las mujeres más empobrecidas y precarizadas, por carecer de medios para el acceso a la justicia y a un patrocinio adecuado y porque la mentalidad de las y los jueces sigue siendo predominantemente patriarcal. Si a la gran mayoría de las mujeres se las ha formado con la idea de que su destino principal es la maternidad, la posible pérdida de la tenencia de sus hijos e hijas podría provocarles un impacto emocional muy fuerte.

92. Finalmente, manifiesta que el resultado de la eliminación de la preferencia materna es un privilegio para los hombres, pues conllevaría desigualdad para las mujeres en procesos judiciales.

4.5.12. María Poema Carrión Sarzosa

93. El 27 de agosto de 2021, María Poema Carrión Sarzosa, en calidad de psicóloga presentó un *amicus curiae* en el que manifestó sus “preocupaciones” en los siguientes términos:

1. Transcribe extractos de la sentencia N°. 202-19-JH/21 para fundamentar la existencia de actuaciones discriminatorias asociadas a “factores estructurales y a cuestiones como la condición de niñez, mujer, discapacidad y situación de pobreza, que podrían agravar las vulnerabilidades (...)”.
2. Asevera que los artículos impugnados ya contienen la obligación para las juezas y jueces de que el principio de interés superior de NNA sea una consideración en la toma de decisiones; por lo que:

Eliminar la preferencia materna de este articulado, no significa ningún aporte en términos de incorporar la valoración del principio de interés superior. Sin embargo, sí implica a nuestro entender, una obligación reforzada para juezas y jueces de evaluar el cumplimiento de este principio, considerando la igualdad de derechos entre padre y madre.

3. Expone que:

según el Consejo de la Judicatura, de 429 unidades y salas judiciales existentes en el país, apenas 48 tienen especialidad y especificidad en niñez y adolescencia; y, 7 comparten esta especialidad con materias tan variadas que van desde lo constitucional a lo mercantil, por lo que la especialidad resulta, por decir lo menos, dudosa.

4. Sugiere que en Ecuador prima la desigualdad de género y, en esa línea, no existe igualdad material entre hombres y mujeres. Además, afirma que en Ecuador, el índice de feminidad en hogares pobres:

es de 116,1 puntos (4,2 puntos por encima del índice regional). Esto quiere decir que, en el país, entre las personas que viven en situación de pobreza, la mayoría son mujeres.

5. Así, compara la situación de Rosa Pérez Sigüencia y su familia –legitimada activa del proceso 202-19-JH/21– con el contexto ecuatoriano. Muestra los obstáculos que impiden que las mujeres pobres accedan al sistema de justicia y los estereotipos que alientan la discriminación por género, pobreza, discapacidad, entre otros. Argumenta que en caso de que las mujeres pobres requieran patrocinio legal, en situaciones de disolución de la sociedad conyugal, ellas no contarían con los recursos económicos para pagar por estos servicios.

6. Considera que:

de aceptarse la demanda de inconstitucionalidad materia de este análisis-, ¿qué garantiza que estas autoridades no tengan en consideración los ingresos económicos de los progenitores como uno de los elementos para determinar el interés superior de niñas y niños? Con ello, las hijas e hijos de mujeres pobres correrían el riesgo de sufrir una separación familiar de su progenitora por causas derivadas de la desigualdad material que sufren estas mujeres.

7. Sobre los conceptos de unidad y separación familiar, María Poema Carrión Sarzosa indica que la demanda de inconstitucionalidad omite precisar que, en la Opinión Consultiva OC-17/2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos arguye que la separación familiar implica el completo distanciamiento de una niña, niño o adolescente respecto de sus progenitores y otros miembros de la familia. Para ella, la separación familiar podría entenderse como "*la imposibilidad de los progenitores de cuidar de sus hijos, con todo lo que ello implica en términos de vinculación afectiva, crianza, satisfacción de necesidades y protección integral*". Por lo anterior, considera que los demandantes no explicaron las razones por las que el ejercicio de la tenencia de uno de los progenitores genera separación familiar.

8. Finalmente, solicita que se rechace la demanda de inconstitucionalidad, ya que:

la decisión que tome la Corte Constitucional tendrá un impacto directo en la legislación que realice la Asamblea Nacional respecto a los conceptos de "patria potestad", "tenencia", "separación familiar" y "privación del cuidado familiar". Por tanto, una modificación de dos numerales de un artículo, no sólo podría sentar las bases de un peligroso incremento de la desigualdad material entre madres y padres; sino que también podría tener efectos reduccionistas respecto a la necesidad de repensar temas tan amplios y complejos como las políticas públicas de prevención de la separación familiar innecesaria, las medidas de protección, el subsistema de protección especial y el diseño de los programas de cuidados alternativos para niñas, niños y adolescentes que realmente estén privados del cuidado parental, temporal o definitivamente.

4.5.13. Corporación de Estudios Decide, voluntarias de la Liga de la Leche Ecuador, María Daniela Ayala Alvarez y Sylvia Bonilla Bolaños.

94. El 30 de agosto de 2021, presentaron un escrito en el que indicaron que la demanda presentada "*es absolutamente superficial en cuanto se refiere al interés superior de los niños, niñas y adolescentes; y carece definitivamente de enfoque de género*". Expusieron un análisis histórico sobre la patria potestad dentro del Código Civil Ecuatoriano, por el que consideran que la normativa actual representa "*un avance en el ejercicio de derechos*" y 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.

95. Se preguntan: “¿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 a su criterio es la violencia vicaria, puesto que consideran que la norma se encuentra contemplada como está, ya que es 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*”, que permitiría alcanzar la igualdad material.

96. Además, hacen énfasis en 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 [sic]. 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.

97. Así, sostienen que la norma no es discriminatoria, ya que no se han modificado los patrones socio culturales que la originaron. Consideran que la preferencia materna garantiza la autonomía de las mujeres, ya que esto permitiría que salgan de círculos de violencia o de relaciones, con certeza de que sus hijos van a quedar a su cargo.

98. Bajo los criterios mencionados, afirman que la distinción de la norma impugnada es legítima y no se configura en un acto de discriminación ya que, a su criterio, esta es adecuada ya que el fin constitucionalmente válido, corresponde a la autonomía de la mujer. Es necesaria 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, proporcionada pues la norma impugnada contempla “*la posibilidad de que los progenitores lleguen a un acuerdo*” y, establece que la norma impugnada solo aplica 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*”.

99. Por ello, se preguntan:

¿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?

100. Dentro del *amicus curiae*, indican que la norma impugnada está destinada para determinar las reglas para confiar la tenencia; en lugar de alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad. Indican que “*la patria potestad se ejerce conjuntamente por los*

progenitores en todos los casos” y que esta se ejerce de forma conjunta incluso después de la separación por lo que la norma impugnada no es inconstitucional, pues existe corresponsabilidad parental.

101.A su criterio, la norma impugnada dista de ser inconstitucional pues existen los regímenes de visita abiertos los cuales permiten mantener una relación entre el padre y los hijos e hijas, lo que implicaría que la norma no sea contraria al principio de corresponsabilidad parental. Además, señalan que el argumento de la demanda sobre el principio de corresponsabilidad debe ser desestimado, ya que la realidad social del país muestra que, a pesar de que el padre tenga la tenencia, los hijos serán encargados a otra mujer pues ellas son las dadoras principales de cuidado. Indican que *“eliminar la regla no modifica la realidad social y no transforma a los hombres en dadores de cuidado”*.

102.Consideran que se debe tomar en cuenta que la lactancia materna es un derecho humano y que el Estado tiene la obligación de garantizar una vida libre de violencia vicaria, pues la norma impugnada como *“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”*.

103.Finalmente, solicitan que se declare la constitucionalidad de la norma impugnada *“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”*.

4.5.14. Valeria Patricia Torres Espín

104.En escrito de 31 de agosto de 2021, Valeria Patricia Torres Espín describe su experiencia personal y como enfrentó una serie de eventos de violencia estructural dentro del marco legal del Ecuador, perpetrado por el padre de su hijo desde 2006. Menciona que existía una relación inequitativa de poder en la que hubo abuso psicológico. Se hizo alusión a estos hechos para evidenciar que muchos hombres de la sociedad ecuatoriana mantienen una idea errónea sobre la mujer como *“objeto”*.

105.Además, afirma que como en su caso deben existir muchos en los cuales otras adolescentes viven sin opciones y sin planes estatales que puedan asegurar una vida digna. Señala que las mujeres no pueden con todo lo que quieren imponer los estereotipos de género; principalmente, por la falta de equidad y oportunidades que existe para las mujeres.

106.Por lo expuesto, expone que se requiere de: (i) una educación primaria donde las cuestiones de género se vayan borrando y se pueda educar a adultos funcionales independientemente de su definición sexo genérica; (ii) medidas estatales que fomenten el trabajo no remunerado para hombres y mujeres por igual; y, (iii) financiamiento y

políticas públicas que permitan espacios seguros para el cuidado de los menores mientras las mujeres jefas de hogar puedan cumplir con la jornada ordinaria o extraordinaria laboral.

4.5.15. Carlos Andrés Isch Pérez

107. El 7 de septiembre de 2021, el señor Carlos Andrés Isch Pérez, por sus propios derechos, presentó un escrito de *amicus curiae* en el que solicitó que se niegue la presente demanda de inconstitucionalidad por las siguientes razones:

- i. De los indicadores laborales y de pobreza se desprende que las mujeres sufren menor acceso al mercado laboral, menores ingresos y mayores obstáculos para su crecimiento profesional.
- ii. Pese a que la demanda de inconstitucionalidad plantea que la norma impugnada produce discriminación que perpetúa estereotipos en los roles de las mujeres, en el *amicus curiae* se establece que los prejuicios, en el ámbito laboral, nacen del hecho de ser madre o de ser mujer en edad de ser madre, indistintamente del rol que cada uno de los progenitores cumpla en la relación.
- iii. Para contrarrestar estos prejuicios se debería construir estructuras más equitativas desde la pareja y no cambiando la norma impugnada, lo que generaría mayor vulnerabilidad para las mujeres.
- iv. Como existe una distribución inequitativa de cargas entre hombres y mujeres, considera que si “*las mujeres están cargando con el peso del cuidado*” esto indicaría que “*están más capacitadas para el cuidado de sus hijos en la inmensa mayoría de los hogares*”. Lo que, a su vez, afectaría su crecimiento profesional. Al contrario de los hombres quienes: “*no interrumpen su crecimiento profesional, en parte gracias a que son las mujeres quienes realizan un sacrificio que hacen en favor del hogar y en favor del mismo crecimiento de los hombres*”.
- v. Afirma que otro problema que se observa en la actualidad es la falta de acceso a los sistemas financieros por parte de las mujeres; lo que acentúa su dependencia económica en sus parejas.
- vi. Arguye que esta dependencia económica genera tolerancia a la violencia, lo que se incrementa “*cuando existen hijos y es aún más grave cuando esos hijos provienen de una relación anterior*”.
- vii. Alega que la mayoría de mujeres no denuncian estos actos de violencia.

108. Por ende, como conclusiones asevera que la norma es constitucional pues no es absoluta, no es inmutable y permite al juez resolver, caso por caso, de acuerdo al interés superior de NNA; lo que debe ser analizado de forma prioritaria.

109. Alega que en la mayoría de hogares del Ecuador, la madre se encarga de las actividades domésticas y tareas de cuidado, por lo que no existe corresponsabilidad en dichas actividades. Entonces, a su criterio, la norma impugnada no es la que establece un estereotipo contra las mujeres, “*sino que es la falta de voluntad de los hombres para asumir esas tareas (previa y posterior a la separación) la que lo hace*”. Agrega que la discriminación se produce por las estructuras familiares y sociales que desproporcionalmente generan diferencias a favor de los hombres; por lo que declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada generaría: (i) mayor asimetría en las relaciones de pareja entre hombres y mujeres; (ii) incremento en la tolerancia a la violencia; (iii) incremento a la violencia y uso de amenazas para pelear por la patria potestad como “*arma de chantaje para disminuir pensiones o perpetuar relaciones abusivas*”, lo que afectaría tanto a mujeres como a NNA; y, (iv) el sacrificio de las mujeres para el crecimiento profesional de sus parejas representaría un castigo ya que “*con seguridad se convertirá en central en la decisión de a quién se le confiere la patria potestad*”.

4.5.16. Edison Xavier Bayas Moposita

110. En escrito de 18 de octubre de 2021, Edison Xavier Bayas Moposita indica que 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. Cita el informe realizado por el Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, en el que se 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.*”

111. Además, menciona que:

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.

112. Posteriormente, el señor Edison Xavier Bayas Moposita realiza un análisis jurídico en que cita la siguiente normativa:

i. Artículos citados:

- 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”*.
- 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”*.
- Constitución del Ecuador 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 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 forma 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 el goce de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.
- El artículo 45, en su parte pertinente establece el derecho de los menores de edad a tener una familia y, sobre todo, disfrutarla.

113.En su escrito menciona que en el desarrollo de los citados artículos y en el contexto mismo de la CRE, es clara la naturaleza garantista de derechos y el afán de instituir la igualdad.

114.De igual forma, establece que el artículo 106 del CONA, en sus numerales 2 y 4 no se ajusta a la Constitución.

115.Asimismo, menciona que el 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.

116.Afirma que la custodia compartida resulta más beneficiosa, tanto para los menores como para los progenitores.

117.Para concluir establece como pretensiones que:

- Se declare la inconstitucionalidad del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, numerales 2 y 4; y,

- 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 NNA.

5. Problemas jurídicos identificados

118. Los accionantes esgrimieron argumentos, exclusivamente, sobre el fondo de la norma impugnada, por lo que para analizar su demanda se advierten dos problemas jurídicos:

1. ¿Los números 2 y 4 del artículo 106 del CONA son contrarios al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio de interés superior de los NNA?
2. ¿El encargo preferente de la tenencia hacia la madre viola el principio de corresponsabilidad parental?

6. Análisis

119. Respecto a los problemas jurídicos identificados y a los argumentos de los *amici curiae*, esta Corte procede a analizar la constitucionalidad por el fondo de los números 2 y 4 del artículo 106 del CONA.

6.1. Consideraciones previas sobre la patria potestad, tenencia y coparentalidad.

120. De los argumentos esgrimidos por los legitimados activos, se observa que la demanda de inconstitucionalidad está dirigida a las reglas para obtener la tenencia.

121. En vista de las alegaciones vertidas en los *amici curiae* y por las partes en la audiencia de 9 de febrero de 2017, es necesario delimitar el alcance de la demanda planteada y la naturaleza de las figuras jurídicas referidas.

122. El Código Civil contempla a la patria potestad como “*el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados (...)*”²¹. Como un avance respecto de la concepción anterior, el CONA establece que:

[1] *a 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.*²²

²¹ Código Civil. Registro Oficial Suplemento N°. 46 de 24 de junio de 2005, artículo 283.

²² Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial N°. 737 de 3 de enero de 2003, artículo 105.

123. Dentro de los deberes y derechos de ambos padres²³, en lo referente a la patria potestad, se observan dos ámbitos: personal y patrimonial. Ambos se conciben como un sistema de protección en el cual, el primero versa sobre el deber de cuidado, “*asistencia física, moral y educación*”; mientras que el segundo comprende los deberes y facultades de representarlos y administrar sus bienes.²⁴
124. De acuerdo con la Constitución, en concordancia con el Código Civil, el padre y la madre **de forma conjunta**, deben velar por las obligaciones familiares y la protección de los intereses de NNA²⁵, incluso cuando exista separación o divorcio.
125. Es decir, la separación de derecho de los padres o su separación *de facto* no pone fin a la patria potestad de ambos, ya que ésta es la consecuencia de un vínculo parento-filial que genera una relación jurídica directa y que no depende de la unión de los progenitores.²⁶
126. Por ello, el artículo 118 del CONA dispone que se puede confiar el cuidado y la crianza a uno de los progenitores sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad.
127. El encargo judicial de la tenencia, por su parte, es la situación por la cual los NNA se encuentran bajo el cuidado de uno de los padres²⁷. En otras palabras, es:
- el conjunto de derechos – función que les corresponde al padre y/o en su caso a la madre a tener corporalmente al hijo consigo*²⁸.
128. De conformidad con la normativa vigente en el Ecuador, en el contexto de divorcio o separación, el encargo judicial de la tenencia se atribuye a uno de los progenitores y se establece un régimen de visitas para el otro. Por ello, el artículo 118 del CONA prescribe que la tenencia procede:

²³ Cabe aclarar que la referencia de madre y padre también tiene un alcance a todo tipo de conformación familiar en la que existen adultos encargados de la crianza de NNA, independientemente de su sexo.

²⁴ Marcela Acuña San Martín. “Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 28/1, 2015. Págs. 55-77. Asimismo, lo han entendido Rebeca Jara y Yolanda Gallegos al establecer que por la patria potestad padre y madre “*tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores*”. Rebeca Jara y Yolanda Gallegos. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores. Lima: 2008. Pág. 341.

²⁵ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N°. 449 de 20 de octubre de 2008, artículo 69, número 5; artículo 83, número 16; y, artículo 333. Código Civil. Registro Oficial Suplemento N°. 46 de 24 de junio de 2005, artículo 307.

²⁶ Sobre esto, es importante recalcar que la tenencia no limita, revoca, o disminuye la patria potestad de quien no la ejerce.

²⁷ Rebeca Jara y Yolanda Gallegos citando a Chunga la Monja. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores. Lima: 2008. Pág. 435.

²⁸ Rebeca Jara y Yolanda Gallegos. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores. Lima: 2008. Pág. 435. Doctrinariamente se lo conoce como “*deber de convivencia o unidad de domicilio*”, ya que supone la proximidad física con los NNA. Rebeca Jara y Yolanda Gallegos citando a Fermín Chunga Lamonja. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores. Lima: 2008. Págs. 435 y 436.

[c]uando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, [podrá] 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 106.²⁹ (énfasis agregado).

129. En función de la patria potestad, tanto el padre como la madre tienen el derecho de supervisar el desarrollo integral de NNA, y el deber de cuidado (primer ámbito), así como la representación y administración de sus bienes (segundo ámbito). No obstante, por la separación o divorcio –figuras que usualmente impiden la convivencia y la cohabitación– la tenencia se asignará a uno de los progenitores. De esta forma, uno de los mecanismos para ejercer la patria potestad es la tenencia; sin embargo, como quedó anotado, no es la única forma para ejercerla, ya que el ejercicio de la patria potestad también supone obligaciones de educación o de representación judicial y extrajudicial, entre otras.³⁰

130. Por ello, la Corte Constitucional observa que existe una confusión por parte de ciertos *amicus curiae* con respecto al alcance del artículo 106, numerales 2 y 4, del CONA. Esto en virtud de que la norma impugnada prevé reglas para la tenencia –es decir el cuidado y la crianza– y no para una atribución exclusiva de la patria potestad, la cual no depende de la unión de los progenitores³¹. En este sentido, el encargo de la tenencia es una forma de ejercer la patria potestad, pero como quedó anotado en el párrafo *ut supra*, no es la única.

131. Por tales motivos, la Corte observa que el artículo 106 del CONA se refiere exclusivamente a las reglas para encargar la tenencia pues el mismo Código señala que la patria potestad se ejerce en conjunto. Es decir que, el artículo 106 del CONA no se refiere a la atribución de la patria potestad a uno de los progenitores ya que esta se ejerce

²⁹ Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial N°. 737 de 3 de enero de 2003, artículo 118. En la sentencia N°. 064-15-SEP-CC, la anterior conformación de la Corte Constitucional del Ecuador estableció que “Esta institución jurídica ‘designa el elemento material de la guarda, consistente principalmente en tener consigo al hijo menor que se halla bajo patria potestad, ejercitando algunos de los derechos-función que integran la patria potestad’. Asimismo, se encamina ‘a la protección del hijo menor y a su educación, y tiende al logro de un desarrollo físico y psicológico de forma tal que puedan desenvolverse en su vida adulta’”. Corte Constitucional del Ecuador, caso N°. 0331-12-EP, sentencia N°. 064-15-SEP-CC de 11 de marzo de 2015, pág. 24.

³⁰ Ripert y Boulanger indican que “La patria potestad se descompone en una serie de derechos y de obligaciones determinados por la ley. A menudo las obligaciones son correlativas a los derechos. Es necesario considerar (...): 1° la tenencia y educación del hijo; 2° su mantenimiento y establecimiento; 3° (...) usufructo legal (entre otros)”. Rebeca Jara y Yolanda Gallegos citando a Georges Ripert y Jean Boulanger. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores. Lima: 2008. Pág. 315. Vid. Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial N°. 737 de 3 de enero de 2003, artículo 105. “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**” (énfasis agregado).

³¹ Por regla general, la patria potestad se ejerce por ambos progenitores; no obstante, se puede ejercer de forma individual en casos de ausencia, suspensión, privación y limitación de la patria potestad respecto de uno de los progenitores.

en conjunto y solo se puede limitar, suspender, privar o perder bajo las consideraciones de los artículos 111, 112 y 113 del Código referido³².

132. Por lo que, en cuanto al análisis de la norma impugnada, este se centra en el encargo de la tenencia –cuidado y crianza de los NNA–.

133. Entonces, para encargar la tenencia, el artículo 106 del CONA establece ciertas reglas³³, dentro de las que se encuentra la norma impugnada. Así, el número 2 de la norma *ibídem*, se circunscribe en dos premisas:

³² “**Art. 111.- Limitación de la patria potestad.-** Cuando lo aconseje el interés superior del hijo o hija, el Juez podrá decretar la limitación de la patria potestad, respecto de quien o quienes la ejerzan, restringiendo una o más funciones, mientras persistan las circunstancias que motivaron la medida, o por el tiempo que se señale en la misma resolución.

Art. 112.- Suspensión de la patria potestad.- La patria potestad se suspende mediante resolución judicial, por alguna de las siguientes causas:

1. Ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses;
2. Maltrato al hijo o hija, de una gravedad que, a juicio del Juez, no justifique la privación de la patria potestad con arreglo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 113;
3. Declaratoria judicial de interdicción del progenitor;
4. Privación de la libertad en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada;
5. Alcoholismo y dependencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, que pongan en peligro el desarrollo integral del hijo o hija; y,
6. Cuando se incite, cause o permita al menor ejecutar actos que atenten contra su integridad física o moral.

Una vez desaparecida la causa que motivó la suspensión, el padre o madre afectado podrá solicitar al Juez la restitución de la patria potestad.

Suspendida la patria potestad respecto de uno de los progenitores; la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo o hija un tutor.

Art. 113.- Privación o pérdida judicial de la patria potestad.- La patria potestad se pierde por resolución judicial, por uno o ambos progenitores, en los siguientes casos:

1. Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado del hijo o hija;
2. Abuso sexual del hijo o hija;
3. Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija;
4. Interdicción por causa de demencia;
5. Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses;
6. Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y,
7. Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija.

Privado uno de los progenitores de la patria potestad, la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo no emancipado un tutor. A falta de los parientes llamados por ley para ejercer la tutela sea porque no existe o porque no pueden asumirla, el Juez declarará en la misma resolución de privación, la adoptabilidad del niño, niña o adolescente. Cuando las conductas descritas en este artículo constituyan delito de acción pública de instancia oficial, el Juez remitirá de oficio copia del expediente al Fiscal que corresponda para que inicie el proceso penal”.

³³ Las reglas que establece el CONA en su artículo 106 son las siguientes:

- i. Oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión.
- ii. Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija.
- iii. A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;

1. **Regla:** en caso de desacuerdo entre los progenitores, existirá una preferencia materna; y,
2. **Condición:** salvo que se **pruebe** que la regla es perjudicial para los NNA, la tenencia seguirá confiándose a la madre.

134. En similar sentido, el número 4 del artículo referido plantea:

1. **Regla:** preferencia materna cuando ambos, padre y madre, demuestren igualdad de condiciones; y,
2. **Condición:** siempre que la preferencia materna no afecte el interés superior de NNA³⁴.

135. En síntesis, la norma impugnada se refiere al encargo judicial de la tenencia. Esta figura dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, a falta de acuerdo entre progenitores, es exclusiva de uno de ellos, prefiriendo la norma siempre la tenencia materna.³⁵

136. Existen otros modelos de tenencia, como la coparentalidad o tenencia compartida³⁶, la cual consiste en “*un modelo de organización (...) que descansa, precisamente, en la alternancia más o menos frecuente de la residencia del hijo*”³⁷.

-
- iv. Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;
 - v. Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;
 - vi. En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113;
 - vii. En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.
 - viii. La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral.

³⁴ Además de norma impugnada, se referirá a lo largo del proyecto como regla de la preferencia materna a ambos numerales –2 y 4 del artículo 106 del CONA-.

³⁵ “Conforme a ella, el niño reside con uno de sus padres, otorgándole el cuidado directo que dicha convivencia exige”. Fabiola Lathrop. “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 10, 2008. Págs. 9-37.

³⁶ Para efectos de esta sentencia se tratará a la coparentalidad y tenencia compartida como una misma institución, como lo han considerado Rebeca Jara y Yolanda Gallegos: “en cuanto a la “Custodia o tenencia Compartida” –también denominada coparentalidad (...)–”. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores, Lima: 2011. Págs. 436.

³⁷ Según Lathrop, esta puede ejercerse de tres formas: (i) a través de dos residencias en las que existe una principal, “con quien el hijo convive la mayor parte del tiempo”; (ii) estableciendo previamente “lapsos de alternancia más o menos equitativos durante los cuales el hijo debe trasladarse al domicilio de cada uno de sus padres”; y, (iii) escogiendo una residencia permanente para el NNA donde los padres deberán

137. La corresponsabilidad parental no debe ser confundida con la tenencia compartida. Si bien ambas se relacionan; la corresponsabilidad parental “*consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos*”³⁸. Desde esta perspectiva, se observa al padre y a la madre como socios parentales.
138. A pesar de que la corresponsabilidad es uno de los elementos de la coparentalidad, la primera puede ser ejercida sin la última.³⁹ Es decir, el reparto equitativo de derechos y deberes, si bien se asocia con la coparentalidad, puede y debe ser ejercido aún a falta de ella.
139. En conclusión, la norma impugnada versa sobre dos reglas para encargar la tenencia. Tanto el numeral 2 como el 4 del artículo 106 del CONA suponen una regla y una condición. La regla es la preferencia materna, y la condición el interés superior de NNA. Ahora bien, después de que se ha delimitado el alcance del artículo, es necesario dilucidar si la norma impugnada es contraria al derecho a la igualdad y no discriminación y al interés superior de NNA.

6.2. ¿Los números 2 y 4 del artículo 106 del CONA son contrarios al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio de interés superior de los NNA?

trasladarse en periodos equitativos; “*es decir, existen tres casas: una para el hijo y una para cada uno de los progenitores (conocido como “modelo de anidación”)*”. De esta manera, facultaría “*a ambos progenitores a participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados*”. Fabiola Lathrop. “*Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos*”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 10, 2008. Págs. 9-37.

³⁸ Fabiola Lathrop. “*Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos*”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 10, 2008. Págs. 9-37; Marcela Acuña San Martín. “*El principio de corresponsabilidad parental*”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2013. Págs. 21-59. Además, supone la “*articulación de tareas “productivas” y “reproductivas” desde una perspectiva que armonice los espacios de familia y trabajo de una forma más equitativa entre hombres y mujeres*”. Verónica Gómez Urrutia y Andrés Jiménez Figueroa. “*Corresponsabilidad familiar y el equilibrio trabajo-familia: medios para mejorar la equidad de género*”. *Polis Revista Latinoamericana*, 2015. Págs. 1-17.

³⁹ “*Cuando los padres viven juntos esa responsabilidad se da en el ámbito de sus acuerdos implícitos; cuando se separan puede modificarse la forma de ejercer ciertos derechos, deberes o facultades, pero siguen siendo igual y conjuntamente responsables*”. Marcela Acuña San Martín. “*El principio de corresponsabilidad parental*”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 40, 2013. Págs. 21-59.

140. El derecho a la igualdad y no discriminación es una norma *ius cogens*.⁴⁰ Diversos tratados internacionales⁴¹ y jurisprudencia de la misma categoría⁴² han desarrollado este principio para evitar prácticas discriminatorias y asegurar la igualdad ante ley.
141. En el número 4 del artículo 66 de la CRE, se reconoce y garantiza a todas las personas, sin discriminación alguna, el derecho a la igualdad formal y material⁴³. Desde su dimensión formal, la igualdad implica la presunción de que todos los sujetos que se encuentran en la misma situación recibirán un trato idéntico.⁴⁴ Desde su dimensión material, significa que los sujetos que se encuentran en condiciones diferentes, requieren un trato diferenciado para equiparar el goce y ejercicio de sus derechos.⁴⁵ Lo que se pretende es evitar situaciones de discriminación *de facto*, por lo que los Estados están obligados a tomar “*medidas positivas*” o acciones afirmativas para revertir estas situaciones discriminatorias.⁴⁶
142. El derecho a la igualdad abarca una protección de actos arbitrarios, entre ellos prácticas discriminatorias que atenten contra la dignidad del ser humano.⁴⁷ La Constitución, sobre la base del principio de igualdad, en el número 2 del artículo 11 contempla que:

⁴⁰ Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 184.

⁴¹ Tomar como ejemplo el preámbulo y artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el preámbulo y los artículos 1, 2 letras a) y c), 3, 4, 7, 8, 10, 11 número 1 letra d), 12, 13, 14 número 2, letra e), 15, 16 y 23 de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y el Protocolo Facultativo de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, entre otros.

⁴² Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 184; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 268; Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2021, párr. 78 y 79; Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, sentencia de 24 de octubre de 2012, párr. 224; Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 197. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”). *Caso Sejdic y Finci vs. Bosnia-Herzegovina*, sentencia de 22 de diciembre de 2009, párr. 42; TEDH. *Caso Hülya Ebru Demirel vs. Turquía*, sentencia de 7 de mayo de 2019.

⁴³ El número 4 del artículo 66 de la CRE establece que “*Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación*”. De igual manera, el número 1 del artículo 3 de la CRE contempla que el Estado debe: “*Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales*”.

⁴⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 7-11-IA/19 de 28 de octubre de 2019, párr. 18. Ramiro Ávila, en lo referente a la igualdad formal, indica que todas las personas deben ser tratadas de igual manera ante el sistema jurídico. Ramiro Ávila Santamaría. *Las garantías normativas como mecanismo de protección de los derechos humanos*. Corte Constitucional, Quito: 2011. Pág. 72.

⁴⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 7-11-IA/19 de 28 de octubre de 2019, párr. 19. De esta forma, mediante la igualdad material se permite equiparar el estatus de garantía en el goce y ejercicio de los derechos. Así también, se ha establecido en sentencias N°. 117-13-SEP-CC de 11 de diciembre de 2013, (caso N°. 00619-12-EP), pág. 12; y, N°. 258-15-SEP-CC de 12 de agosto del 2015, (caso N°. 2184-11-EP), pág. 21.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, sentencia de 9 de marzo de 2018, párr. 270; y, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, sentencia de 20 de octubre de 2016, párr. 336.

⁴⁷ El derecho a la igualdad “*adquiere una lectura conjunta con el derecho a no ser discriminado*”. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 184-18-SEP-CC de 29 de mayo del 2018, (caso N°. 1692-12-

[n]adie 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-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.⁴⁸ (énfasis agregado).

143. Con fundamento en este artículo y con la finalidad de reforzar la protección al derecho a la igualdad, la Corte Constitucional mediante sentencia N°. 080-13-SEP-CC implementó la figura “categorías sospechosas”⁴⁹ en los siguientes términos:

categorías sospechosas para esta Corte Constitucional son aquellas categorías utilizadas para realizar tratos “diferentes” respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales, cuyo uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección a grupos de personas generalmente marginados y que sin ser taxativos, se encuentran contenidos en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República.; Los tratos “diferenciados” cuando están de por medio categorías sospechosas que contribuyen a perpetuar la inferioridad y la exclusión de determinados grupos (mujeres embarazadas, niños, adolescentes, personas portadoras de VIH, personas enfermas de SIDA u otra enfermedad catastrófica, personas con discapacidad, indígenas, afro ecuatorianos, etc.) se presume su inconstitucionalidad a menos que se demuestre lo contrario mediante razones válidas y suficientes.; Para identificarlos de alguna manera, es necesario tener presente que i) aparecen incluidos como categorías prohibidas en el texto constitucional (artículo 11 numeral 2 CR); ii) restringen derechos constitucionales; y que, iii) generalmente afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y que requieren especial protección por parte del Estado.; (...) En tal virtud, quien acude a estas categorías o factores sospechosos para establecer diferencias en el trato, se presume que ha incurrido en una conducta arbitraria. Si la Constitución ha previsto el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación (artículo 66 numeral 4 de la CR), resulta difícil pensar que una actividad, sea laboral, política, académica o de otro tipo, pueda estar condicionada por el sexo, la edad, la nacionalidad, mucho menos por una enfermedad, dada la condición y las consecuencias propias que ello

EP), pág. 74. No obstante, como se manifestó en líneas anteriores, un trato diferenciado no equivale, *per se*, a una práctica discriminatoria.

⁴⁸ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N°. 449 de 20 de octubre de 2008, artículo 11. El poder constituyente, en este sentido, acepta que, históricamente, existen ciertos grupos, entre ellos las mujeres, que han sufrido discriminación. En consecuencia, el artículo en mención toma en cuenta la necesidad de que el Estado garantice y asegure la igualdad de sus derechos frente a posibles actos discriminatorios. Del mismo modo, la Convención Americana de Derechos humanos, en su artículo 1, contempla que: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, **sexo**, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (énfasis agregado).

⁴⁹ Corte Constitucional del Ecuador, caso N°. 0445-11-EP, sentencia N°. 080-13-SEP-CC de 9 de octubre de 2013 (caso 0445-11-EP), págs. 15 y 16.

*implica (...) Las diferentes cortes y tribunales a nivel mundial han desarrollado criterios y razonamientos para aplicar de manera correcta y efectiva el principio de igualdad constitucional y no discriminación. Unas que ven en el principio de proporcionalidad o test de razonabilidad una medida idónea de argumentación y justificación; y otros que con diferentes matices, fundan su criterio en los denominados tipos de escrutinio, empezando por un escrutinio débil según el cual, para que un acto sea declarado constitucional basta que el trato diferente sea adecuado para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico constitucional; pasando por un escrutinio intermedio, en donde las diferencias adoptadas no buscan discriminar sino favorecer, —es lo que se ha denominado *affirmative action*—; y un escrutinio estricto que se aplica cuando un trato diferenciado se funda en criterios sospechosos, según el cual, un trato diferenciado es justificado únicamente para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso y necesario. De lo cual podemos concluir que el trato diferenciado que se ha definido como categorías sospechosas necesariamente implica un mayor esfuerzo por determinar si el trato es o no discriminatorio”⁵⁰ (sic) (énfasis añadido).*

144.La sentencia N°. 184-18-SEP-CC introdujo distintos niveles de escrutinio para determinar la vulneración del derecho a la igualdad: uno débil y otro estricto – reforzado–, en los siguientes términos:

se hace especial énfasis que frente a una categoría sospechosa, se requiere un estricto análisis de no discriminación, por lo cual, en el caso sub examine, la revisión de la medida administrativa se sujetará a un escrutinio reforzado (...).⁵¹

145.Así, se observa que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha empleado la figura de “*categorías sospechosas*”, estableciendo como principal característica que las categorías del número 2 del artículo 11 de la CRE configuran categorías sospechosas.

146.Las categorías sospechosas son criterios que pueden emplearse para discriminar en contra de grupos sociales que se encuentran en desventaja histórica y estructuralmente.

⁵⁰ Corte Constitucional del Ecuador, caso N°. 0445-11-EP, sentencia N°. 080-13-SEP-CC de 9 de octubre de 2013 (caso 0445-11-EP), págs. 15 y 16.

⁵¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 184-18-SEP-CC de 29 de mayo del 2018, (caso N°. 1692-12-EP), pág. 74. Por su parte, la Corte IDH estableció un escrutinio débil y otro estricto con las siguientes consideraciones:

los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma. (énfasis añadido). Vid. Corte IDH. Caso I.V. vs. Bolivia, sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 241.

No existen, taxativamente, grupos que se encuentren dentro de las categorías sospechosas, pues éstas pueden variar de acuerdo al sistema jurídico en el que se encuentren contempladas.⁵² Sin embargo, existen ciertos factores que permiten determinar una presunción de inconstitucionalidad por existir un alto grado de probabilidad de discriminación:

1. El grupo es un sujeto de discriminación;
2. El grupo es desaventajado y ha sido sistemáticamente discriminado⁵³;
3. El grupo ha sufrido –históricamente– o sufre una extensión e intensidad de discriminación en mayor grado⁵⁴; o,
4. Los individuos del grupo han sido discriminados con base en factores inmutables que no podrían variarse con la voluntad de la persona.⁵⁵

147. La prohibición de trato arbitrario y de discriminación se encuentra dividida en: (i) categorías protegidas; y, (ii) categorías sospechosas. Los niveles de escrutinio se sustentan sobre las categorías mencionadas y sobre las dimensiones del derecho de

⁵² Por ejemplo, como categorías sospechosas internacionales se toma en cuenta la raza, el sexo y la religión, principalmente para presumir actos discriminatorios. Anne F. Bayefsky. “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, *Human Rights Law Journal*, 11, 1990. Págs. 18-23. En concreto, se puede observar el modelo de Estados Unidos donde existen tres niveles de escrutinio y su rigurosidad depende del nivel, a saber: (i) estricto al cual pertenecería, por ejemplo, raza y nacionalidad; (ii) intermedio, con el que se analizaría diferencias de sexo; y, (iii) mera racionalidad, con el que se analizaría diferencias de edad. Freddy Antonio Hernández Martínez. “La clasificación sospechosa y la amplitud constitucional en los Estados Unidos: un análisis a las constituciones de los 50 Estados”. *Revista Jurídica UPR*, 84/2, 2015. Págs. 295-319. En Argentina, por ejemplo, la Corte ha considerado a las siguientes categorías como sospechosas: sexo, ciudadanía y nacionalidad. Roberto Saba. “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, 2, 2008. Págs. 1-40.

⁵³ Al respecto se considerarían como pautas que estos grupos hayan sido afectados en su dignidad, o históricamente perjudicados, disminuidos en sus oportunidades o víctimas de una sistemática asimetría de poder. José Manuel Díaz de Valdés. “Las categorías sospechosas en el derecho chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 50, 2018. Págs. 189-218.

⁵⁴ Sobre la forma en la que se puede medir la extensión, existen algunos aspectos metodológicos a tomar en cuenta “*las prácticas discriminatorias se pueden dividir por su enfoque analítico en aquellas que se centran en las dinámicas micro-sociales, meso-sociales o macro-sociales*” y la medición de las consecuencias estructurales de la discriminación. Vid. Patricio Solís. *Discriminación estructural y desigualdad social*. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Ciudad de México: 2017. Pág. 39. Otras herramientas que pueden ser utilizadas para la medición son el autorreporte, vid. Pablo Villatoro. *La medición de la discriminación en base al autorreporte*. Naciones Unidas, Santiago: 2021. Págs. 7-56; y escalas como “The everyday discrimination scale”, “Major experiences of discrimination”, “Chronic Work Discrimination and Harassment”, traducidas al español: “Escala de discriminación diaria”, “Escala de principales experiencias de discriminación en la vida”, “Discriminación y acoso laboral crónico”, entre otras. Vid. David Williams. “Measuring discrimination resource”, *Psychology*, 2, 1997. Págs. 335-351. Ello también podría evidenciarse a través de medios de comunicación por los que se haya generado alarma social sobre una histórica discriminación.

⁵⁵ *Ibidem*.

igualdad: bajo, cuando se atenta contra la igualdad formal⁵⁶; medio, cuando se diferencia a partir de categorías protegidas⁵⁷; y, estricto, cuando la distinción se basa en categorías sospechosas⁵⁸.

148. Si bien la norma constitucional –número 2 del artículo 11 de la CRE– recoge categorías por las que, en principio, nadie podría ser discriminado, ello no implica que todas gozan del mismo nivel de protección. Las categorías sospechosas son sujetas a una mayor protección, por existir una alta probabilidad de discriminación. Utilizar el mismo estándar para todas las diferencias del extenso catálogo reconocido en el artículo *ibídem*, generaría una pérdida de relevancia del escrutinio estricto, el cual busca una mayor protección a favor de grupos que han sido histórica, sistemática y estructuralmente excluidos.

149. Aunque todas las categorías en el numeral 2 del artículo 11 de la CRE son categorías protegidas, no todas constituyen categorías sospechosas.⁵⁹ Considerar que todas las categorías del artículo *ibídem* devienen en sospechosas, aunque daría la impresión de una mayor protección, desnaturalizaría la inversión de la carga probatoria y la necesidad de analizar que el trato diferenciado persiga un fin constitucionalmente imperioso.

150. Incluir a todas las categorías del número 2 del artículo 11 como sospechosas, generaría que en múltiples casos se efectúe un escrutinio estricto que presuma la inconstitucionalidad de toda diferenciación que puede ser razonable. Esto reduciría sustancialmente la libertad de configuración legislativa pues la mayoría de normas resultarían inconstitucionales.⁶⁰ Es menester diferenciar si el trato diferenciado se centra en una categoría sospechosa o protegida, y a partir de ello adoptar un tipo de escrutinio bajo⁶¹, medio o estricto.

151. Así, las características de cada test varían según la diferencia entre una categoría sospechosa o una protegida. Por ejemplo, si se analiza una diferencia que se realiza con base en la categoría sexo-mujer, la cual constituye una categoría sospechosa, se debe aplicar el test de igualdad en conjunto con el test de proporcionalidad de escrutinio

⁵⁶ Cuando la distinción no se fundamenta en una categoría sospechosa o protegida.

⁵⁷ Este supone la existencia de una justificación razonable para realizar una diferenciación. Es decir que, el objetivo debe ser lo suficientemente adecuado para cumplir con el fin que se persigue, en lugar de primordial.

⁵⁸ Debe entenderse como tal cuando exista un patrón histórico de discriminación por el que existan estructural y sistemáticamente prácticas discriminatorias frente a una categoría. Es por ello que existe una inversión de la carga de la prueba, pues la sola existencia de una diferencia que se funde en esta categoría supone la presunción de inconstitucionalidad y depende de la institución demandada demostrar lo contrario; lo cual no ocurre con cualquier otra categoría protegida.

⁵⁹ Principalmente se debería considerar el origen jurisprudencial de esta figura para atender a su principal propósito: proteger a grupos que han sido o son sistemáticamente excluidos.

⁶⁰ Esto en vista de que muchas normas contienen diferencias con base en categorías del artículo 11.2 de la CRE.

⁶¹ En dichos casos el test que se debe realizar es de mera razonabilidad por el cual se debe evaluar si la medida está debidamente justificada y es razonable. Por ejemplo, véase el caso 1-18-IN/21 de 8 de septiembre de 2021.

estricto. Es decir que, en el ejemplo mencionado se debe analizar si, (i) el fin de la distinción es constitucionalmente imperioso; no sólo constitucionalmente legítimo o válido; además, se debe evaluar que: (ii) la medida sea **perfectamente** diseñada para el fin, en cuanto a su idoneidad; (iii) la medida sea la única idónea y la menos gravosa en lo referente a su necesidad y (iv) la medida adopte un equilibrio preciso entre la protección y restricción constitucional en lo alusivo a la proporcionalidad⁶².

152. Por otra parte, si se analiza una diferencia que se realiza con base en la categoría sexo-hombre, la cual constituye una categoría protegida, el uso del test de proporcionalidad debe tener un menor rigor, por lo que, en el ejemplo se debe analizar si (i) la medida adoptada persigue un fin constitucionalmente válido o legítimo; (ii) la medida es adecuada para cumplir tal fin constitucional; (iii) la medida es la menos gravosa para el ejercicio de los derechos; y, (iv) la medida busca que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

153. La norma impugnada establece un trato diferenciado con base en una categoría sospechosa, como lo es el sexo, en lo referente a la mujer. En cuanto al sexo y a la clasificación mujer, este grupo (a) está sujeto a discriminación⁶³; (b) el grupo ha sido históricamente discriminado⁶⁴ en mayor grado; y, (c) los individuos del grupo han sido discriminados con base en factores inmutables que no podrían variar ni con la voluntad de la persona. Por otra parte, en cuanto a la clasificación sexo, hombre, esta no recae en ninguno de los factores mencionados, por lo que no existe un alto grado de probabilidad de discriminación, limitándose a encasillarse en una categoría protegida.

154. En vista de esto, en el primer escenario se debe proceder a evaluar la norma con un escrutinio estricto; mientras que, en el segundo escenario, se debe proceder a evaluar la norma con un escrutinio medio.⁶⁵

155. Ahora bien, por lo expuesto se procederá a realizar un examen de la norma impugnada con base en tres elementos: **(i)** la comparabilidad de los sujetos o titulares de derechos; **(ii)** la constatación si existe un trato diferenciado, con base en una de las categorías contempladas en el número 2 del artículo 11 CRE; y, **(iii)** la verificación de si la

⁶² Un ejemplo de esto es la sentencia 1290-18-EP/21 de 20 de octubre de 2021.

⁶³ Vid. CETFDM. “Preocupados, sin embargo, al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones”.

⁶⁴ “La igualdad de género parte del reconocimiento de que históricamente las mujeres han sido discriminadas y es necesario llevar a cabo acciones que eliminen la desigualdad histórica y acorten las brechas entre mujeres y hombres de manera que se sienten las bases para una efectiva igualdad de género, tomando en cuenta que la desigualdad que de facto padecen las mujeres puede agravarse en función de la edad, la raza, la pertenencia étnica, la orientación sexual, el nivel socioeconómico, entre otros”. Organización de Naciones Unidas Mujeres. La Igualdad de Género, 2015. Pág. 3.

⁶⁵ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, “Principio de proporcionalidad.- (...) Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.” Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N°. 5-19-OP/19 de 4 de diciembre de 2019, párr. 74.

diferencia es justificada o discriminatoria –en el primer escenario con un escrutinio medio y en el segundo, con un escrutinio estricto–⁶⁶.

156.La norma impugnada reconoce que existe una distinción entre mujeres y hombres, específicamente para encargar o no la tenencia **(i)**. La regla de la norma impugnada genera un trato diferenciado respecto al progenitor en virtud de su sexo, categoría que se encuentra enunciada en el número 2 del artículo 11 de la CRE **(ii)**. Considerando dicha distinción, la norma dispone un efecto de preferencia materna.

157.La regla de la norma impugnada contempla un trato diferenciado que supone que la mujer es más idónea para criar a los hijos que el hombre, tal como mencionó la representación de la Asamblea Nacional. Es decir, las justificaciones en las que la norma radica son: **(i)** favorecer a NNA, al mantener el vínculo maternal y presuntamente beneficiar el interés superior de NNA; **(ii)** encargar la tenencia a la madre por sus “*aptitudes connaturales*”, su “*función social*”⁶⁷ y por ser “*dadora principal de cuidado*”⁶⁸; **(iii)** agilizar procesos de tenencia⁶⁹, por una razón práctica en la que los jueces puedan resolver con mayor rapidez dichas causas; y, **(iv)** garantizar la autonomía de la mujer, tomando en cuenta (a) la dependencia económica que usualmente tienen con respecto a los padres y lo propensas que se encuentran a la pobreza y (b) la eliminación y tolerancia de situaciones de violencia contra la mujer.

i. Sobre el escrutinio estricto –distinción mujer– con relación a la norma impugnada.

158.En cuanto a la distinción que realiza la norma impugnada sobre la clasificación de sexo-mujer, primero se debe suponer su inconstitucionalidad por cuanto se fundamenta en una categoría sospechosa y, a su vez, la Corte debe evaluar si la distinción es constitucionalmente imperiosa. Al analizar estos argumentos, se observa que, la norma impugnada decide sobre asuntos relacionados a NNA. Por lo que, la consideración primordial y protagónica en las decisiones concernientes a NNA *infra* 6.2.1. y lo que debe primar es el interés general y superior de NNA.

159.Por ello, esta distinción tendría un fin constitucionalmente imperioso siempre que ella atienda al interés superior de NNA como mandato de rango constitucional primando sobre la razón (iv) del párrafo 157 *supra*. Es decir que, mientras se perciba a la regla de preferencia materna como un sinónimo del interés superior de NNA, esta distinción cumpliría con el primer escalón del test de escrutinio estricto.

⁶⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencias N°. 1-18-RC/19 de 28 de mayo de 2019, párr. 31 y N°. 6-17-CN/19 de 18 de junio de 2019, párr. 26.

⁶⁷ Argumento de Francis Abad, en representación de la Asamblea.

⁶⁸ Argumento del *amicus curiae* de la Corporación de Estudios Decide, voluntarias de la Liga de la Leche Ecuador, María Daniela Ayala Alvarez y Sylvia Bonilla Bolaños. En el *amicus curiae* del señor Carlos Andrés Isch Pérez, se determinó que las mujeres cargan con el peso del cuidado, por lo que están más capacitadas para el mismo, lo que afecta a su crecimiento profesional.

⁶⁹ Dicho argumento se obtuvo del *amicus curiae* del señor Frans Serpa Larrea.

160. A pesar de esto, la Corte observa que, la norma impugnada encarga de forma preferente la tenencia de NNA a la madre (mujer) por el simple hecho de serlo. Así, no se evidencia que exista una causalidad entre el interés superior de NNA, que se pretende proteger, y la carga impuesta a la mujer que decide ser madre (*infra*). Principalmente, debido a que la Observación General N°. 14 del Comité de los Derechos del Niño refiere que la evaluación del interés superior implica valorar y sopesar, caso por caso, todos los elementos necesarios para tomar una decisión. También señala elementos que deben respetarse como: derecho a la opinión, el derecho a la identidad, el derecho a la familia y a la convivencia familiar, el cuidado, protección y seguridad de NNA, la situación de vulnerabilidad, el derecho a la salud y a la educación (*infra* 6.2.1)

161. Tomando esto en consideración, se observa que la distinción realizada por la norma impugnada no persigue un fin constitucionalmente imperioso pues los estándares del principio rector no pueden estar subordinados a una preferencia materna, por lo que, al estudiarse bajo un análisis de escrutinio estricto; la norma se presume inconstitucional por ser discriminatoria.

162. Supeditar el interés general de NNA a posibles escenarios en los que primen otros intereses, como el de los padres, supondría limitar el interés superior de NNA (6.2.1 *infra*).

163. En vista de la ausencia del primer elemento, es suficiente considerar que la medida no supera el test, por lo que no es necesario analizar el resto de elementos.

ii. Sobre el escrutinio medio –ordinario– con relación a la norma impugnada.

164. Ahora bien, a pesar de que se constató que la norma impugnada es inconstitucional pues no cumple con los elementos del escrutinio estricto; para efectos argumentativos, se realizará un análisis de la norma impugnada con respecto al escrutinio ordinario por la clasificación sexo-hombre.

165. De las razones (i), (ii) y (iii) mencionadas en el párrafo 157 *supra*, ninguna de ellas se configura como un objetivo legítimo para aplicar un trato diferenciado, ya que las afirmaciones (i) y (ii) del párrafo 157 *supra* se encuentran vinculadas con estereotipos y roles de género atribuidos histórica y socialmente a las mujeres.⁷⁰

166. Para evidenciar que las premisas expuestas radiquen en estereotipos y roles de género, es menester considerar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han establecido que:

[el estereotipo de género] *se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres*

⁷⁰ Cfr. Alicia Garrido Luque, José Luis Álvaro Estramiana y Ana Raquel Rosas Torres. “Estereotipos de género, maternidad y empleo: un análisis psicosociológico”, *Pensando Psicología* 14/23, 2017. Pág. 5.

*respectivamente. Son estereotipos socialmente dominantes y socialmente persistentes, que se reflejan, implícita o explícitamente (...).*⁷¹

167. Por otra parte, el rol de género ha sido entendido, de forma general, como los:

*papeles, expectativas y normas que se espera que las mujeres y los varones cumplan en una sociedad, los cuales son establecidos social y culturalmente, y que dictan pautas sobre la forma como deben ser, sentir y actuar unas y otros dependiendo en principio, del sexo al que pertenecen.*⁷²

168. Si bien los roles de género pueden variar con relación a la cultura, todavía persiste una atribución de características y un enfoque maternal y doméstico⁷³, en lo referente a la

⁷¹ Comisión IDH. Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63., de 9 diciembre de 2011, párr. 203 y 266. Por otra parte, la Corte IDH ha dispuesto que “*En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (...), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso.*” Corte IDH. Caso González y otras vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 401. En sentido opuesto, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (“CEDAW”) define a la igualdad de género como la habilidad de “*todos los seres humanos, sin importar su sexo, de ser libres de desarrollar sus competencias personales, perseguir sus carreras profesionales y tomar decisiones sin las limitaciones establecidas por estereotipos, roles rígidos de género, y prejuicios*”. Por lo que, “*los Estados están obligados a perseguir este objetivo mediante una política inmediata, comprehensiva y multisectorial con miras a la eliminación de la discriminación contra la mujer*”. Comisión IDH. *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 59., de 3 noviembre 2011, párr. 24.

⁷² Alicia Saldívar Garduño, Rolando Díaz Loving, Norma Elena Reyes Ruiz, Carolina Armenta Hurtarte, Fuensanta López Rosales, Mayra Moreno López, Angélica Romero Palencia, Julita Elemí Hernández Sánchez y Miriam Domínguez Guedea. “Roles de Género y Diversidad: Validación de una Escala en Varios Contextos Culturales”. *Acta de investigación psicológica*, 5/3, 2015. Págs. 2124-2147. La Organización Mundial de la Salud define a los roles de género como: “*construcciones sociales que conforman los comportamientos, las actividades, las expectativas y las oportunidades que se consideran apropiados en un determinado contexto sociocultural para todas las personas. Además, el género hace referencia a las relaciones entre las personas y a la distribución del poder en esas relaciones (...)* El género guarda relación con las categorías del sexo biológico (hombre y mujer), no se corresponde forzosamente con ellas”. Organización Mundial de la Salud. “Género y salud”. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/gender>. Asimismo, la Corte IDH, en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, sentencia de 28 noviembre de 2012, párr. 298, explicó que “[e]l modelo de identidad de género es definido socialmente y moldeado por la cultura; su posterior naturalización obedece a determinantes socioeconómicos, políticos, culturales e históricos. Según estos determinantes, **las mujeres son criadas y socializadas para ser esposas y madres, para cuidar y atender el mundo íntimo de los afectos. El ideal de mujer aún en nuestros días se encarna en la entrega y el sacrificio, y como culminación de estos valores, se concreta en la maternidad y en su capacidad de dar a luz (...)**” (énfasis agregado). Posteriormente, en el mismo caso, la Corte IDH indicó que: “*La Corte resalta que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos.*” *Ibidem*, párr. 302.

⁷³ Datos del Instituto Nacional de Estadística y Censos (“INEC”) muestran que:

situación de la mujer.⁷⁴ Siguiendo este patrón, surge un entorno en el que se asignan características a las mujeres para cumplir un rol “*femenino tradicional*”, esperando de ellas, de manera obligatoria, actitudes como la sumisión. Mientras que al rol “*masculino tradicional*”, se lo ve como una figura de autoridad, constreñida a la esfera pública y aislada del cuidado de los miembros de la familia y la realización de tareas domésticas.

169. El rol de género asignado a la mujer se encuentra estrechamente relacionado al rol de género tradicional que se le ha asignado al hombre como el proveedor de la familia, capaz de garantizar la satisfacción de necesidades económicas y de “protección”, mas no involucrado en el cuidado de NNA.⁷⁵ Ambos roles de género ocasionan que cultural

- En el periodo 2007-2015, por cada 100 horas de trabajo no remunerado (“TNR”), las mujeres realizaron 77. “*Las horas del TNR corresponden al tiempo empleado por hombres y mujeres en el mantenimiento del hogar, actividades culinarias, cuidados de salud entre otras actividades no remuneradas*”. INEC. (2019). Periodo 2007-2015. Cuentas Satélite del trabajo no remunerado de los hogares.
- Independientemente del grupo étnico al que pertenezcan, las mujeres muestran mayor participación en la producción del TNR respecto a los hombres. En hogares con presencia de niños, la producción del TNR de las mujeres tiende a intensificarse frente a la producción de los hombres. INEC. (2019). Periodo 2007-2015. Cuentas Satélite del trabajo no remunerado de los hogares.
- En actividades culinarias dentro de hogares privados con servicio doméstico “*las mujeres contribuyen con el 87,1% vs. el 12,9% de los hombres*”. En lo referente al cuidado de ropa, las mujeres contribuyen con el 84,7% vs. el 15,3% de los hombres. En cuanto al mantenimiento del hogar, las mujeres contribuyen con el 71,3% vs. el 28,3% de los hombres. INEC. (2019). Periodo 2007-2015. Cuentas Satélite del trabajo no remunerado de los hogares.
- Con respecto al cuidado de niños y niñas, “*las mujeres contribuyen el 84,7% vs. el 15,3% de los hombres*”. INEC. (2019). Periodo 2007-2015. Cuentas Satélite del trabajo no remunerado de los hogares.
- El aporte de las mujeres a la economía dentro del hogar es del 76% mientras que los hombres aportan con el 24%. INEC. (2019). Periodo 2007-2015. Cuentas Satélite del trabajo no remunerado de los hogares. Vid. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/4/mujeres-aportes-economia-hogar-ecuador>
- En el periodo 2007-2017, por cada 100 horas de TNR las mujeres realizaron 77. INEC. (2020). Periodo 2016-2017. Cuentas Satélite del trabajo no remunerado de los hogares.
- En el año 2017, las mujeres de 12 años en adelante dedicaron semanalmente en promedio 31,0 horas a actividades de trabajo no remunerado vs 11,3 horas de los hombres. INEC. (2020). Periodo 2016-2017. Cuentas Satélite del trabajo no remunerado de los hogares.
- De cada 100 horas, las mujeres destinan 77 a las actividades de cocción o preparación de alimentos; iguales diferencias en los roles dentro del hogar se observan en actividades como la limpieza de la casa, tender las camas, arreglar el jardín, o lavar la vajilla. Al contrario, el arreglo de vehículos, la reparación de la vivienda o acarrear el agua son tres de las 15 excepciones de actividades, en las cuales el hombre laboró más tiempo que la mujer. INEC. (2020). Periodo 2016-2017. Cuentas Satélite del trabajo no remunerado de los hogares. Véase: <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/las-mujeres-sostienen-el-trabajo-domestico-y-de-cuidado-en-los-hogares-ecuatorianos/>

⁷⁴ Paterna y Martínez, por ejemplo, indican que “*las creencias dominantes sobre el empleo proceden de los valores tradicionales masculinos, los cuales limitan la realización de la mujer al ámbito de la maternidad*”. Consuelo Paterna y Carmen Martínez. “Tradicionalismo de los roles maternos y la relevancia del trabajo”. *Intervención Psicosocial*, 2003, 12/1, págs. 83 a 93.

⁷⁵ Patricia Herrera Santi, “Rol de género y funcionamiento familiar”. *Rev Cubana Med Gen Integr*, 2000, 16/6, págs. 568-573.

y normativamente se asigne, de manera automática y preferencial, el cuidado de los hijos a la madre.

170. La Corte IDH en el caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala⁷⁶, al igual que en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile⁷⁷, indicó que:

*Este tipo de estereotipos en cuanto al rol de una madre implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual socialmente se espera que lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijas e hijos.*⁷⁸

171. Estos estereotipos y roles de género que refleja la sociedad trascienden el espacio social y privado de las personas y alcanzan el ámbito jurídico. Un ejemplo evidente lo mostró una encuesta del INEC del año 2015, en la que las cifras indicaban que solamente 1 334 padres, de una muestra de 25 692 encuestados, reconocían “*estar al cuidado de sus hijos*”. Esta cifra representa un porcentaje de, aproximadamente, el 5% del total.⁷⁹

172. Si bien la madre, por razones biológicas como la lactancia, puede encontrarse cerca del hijo o hija; esto no conlleva una justificación absoluta para que preferentemente se le encargue la tenencia. No es posible concebir que la madre, en **todas** las situaciones, será más idónea o estará más capacitada que el padre:

⁷⁶ Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, sentencia de 9 de marzo de 2018, párr. 294 a 296.

⁷⁷ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 140.

⁷⁸ Si bien el caso referido versa sobre procesos de adopción internacional y responsabilidad del Estado, es importante recalcar las consideraciones de la Corte IDH sobre estereotipos de género y roles sociales. En este sentido, la Corte concluyó que: “298. [la] *asignación de roles* [en el caso] *no solo actuó en perjuicio de la señora Ramírez Escobar sino también del señor Tobar Fajardo. Nunca se intentó ni consideró ubicar a Gustavo Tobar Fajardo, padre de Osmín Tobar Ramírez, para investigar la posibilidad de concederle el cuidado de su hijo (...) en este caso los estereotipos sobre la distribución de roles parentales no solo se basaron en una idea preconcebida sobre el rol de la madre, sino también en un estereotipo machista sobre el rol del padre que asignó nulo valor al afecto y cuidado que el señor Tobar Fajardo podía ofrecer a Osmín Tobar Ramírez como su padre. De esta manera, se privó al señor Tobar Fajardo de sus derechos parentales, en cierta medida presumiendo e insinuando que un padre no tiene las mismas obligaciones o derechos que una madre, ni el mismo interés, amor y capacidad para brindar cuidado y protección a sus hijos.* 299. *Por tanto, en el presente caso se encuentra demostrado que las actuaciones y decisiones de las autoridades que intervinieron en el proceso de abandono de los hermanos Ramírez se basaron en estereotipos de género sobre la distribución de responsabilidades parentales e ideas preconcebidas sobre la conducta de una madre o de un padre en relación con el cuidado de sus hijos. La Corte considera que esto constituyó una forma de discriminación basada en el género, en perjuicio de Flor de María Ramírez Escobar, Gustavo Tobar Fajardo y Osmín Tobar Ramírez.*” (énfasis agregado). Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, sentencia de 9 de marzo de 2018, párrs. 298 y 299.

⁷⁹ INEC. (2015). Anuario de matrimonios y divorcios. Recuperado de: <https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-legal-padres-tenencia-hijos.html>

Por otra parte, Ortiz señala que: “*tras una ruptura de pareja, el hijo de padres separados será dado en custodia a uno de sus progenitores. En casi todos los casos, es decir el 92% (INEC 2017), los jueces lo asignarán a la madre, prácticamente sin necesidad de hacer indagaciones de ningún tipo*” (énfasis agregado). Andrés Ortiz Lemos. *Cuando nos volvamos a ver*. Editorial el Conejo. Quito: 2018.

*Así, nos encontramos con situaciones lamentables, en donde la preferencia materna subsiste por estereotipos y roles de género, y el padre debe **probar** que la madre no es apta para criar a los NNA, colocando a ambos en un conflicto en el que el padre va a mantener la desventaja por la regla de preferencia materna. “Acerca de la preferencia hacia la madre a la hora de determinar la custodia de hijos menores, el padre separado Adrián nos cuenta: “trato por todos los medios de pedir la custodia de mi hijo, pero siempre recibo la misma respuesta: ‘ni en casos de niños que viven en situaciones de alto riesgo (...) usted podría pedir la custodia, el juez solo verá que esté bien alimentado y ya.”⁸⁰*

173. Esto de ninguna forma implica que la Corte niegue el apego que existe entre madres e hijas e hijos. Al contrario, la Corte reconoce que, por la lactancia y otros factores, posiblemente en la mayoría de los casos la madre será la más idónea para el cuidado de los NNA; no obstante, esto no se puede aplicar en todos los casos de forma preferente sin considerar la situación concreta o sobreponer el interés superior de los NNA.

174. Además de ello, cabe cuestionar: ¿la madre, por el simple hecho de ser mujer, está naturalmente más predispuesta para ejercer un cuidado personal sobre los NNA y para propiciar su desarrollo?

175. La “*tender years doctrine*” o doctrina de los años tiernos, afirma que la madre tiene una conexión biológica con sus hijos. Así, en virtud de sus habilidades de cuidado y su instinto maternal, debe obtener la tenencia de NNA. Esta teoría considera que las madres pueden proveer a los hijos menores de cuatro años un bienestar físico, emocional y psicológico que no podría ser brindado por el padre. Esta perspectiva fue desarrollada en 1881 en Estados Unidos cuando la sociedad reflejaba un estereotipo por el que los hombres salían de sus casas a trabajar y las mujeres se quedaban al cuidado del hogar.⁸¹

⁸⁰ Adrián sostiene que su deseo es que se le conceda la tenencia de su hijo “*porque, como les comentaba, para mi esposa no es una prioridad la crianza de mi hijo. Ella no pasa en la casa. Siempre me toca entregarle a otra persona cuando voy a dejarle. Entonces, como no es una prioridad para ella, mi prioridad era pedir la custodia, la tenencia. Con el abogado hemos analizado muchas cosas. Mi hijo ha pasado hospitalizado varias veces, por falta de cuidado. Él está en un tratamiento del cólon. Toma medicación continua. Si es que él deja de tomar eso se estriñe y es súper peligrosa porque le da un 10:41 gástrico. Se inflama bastante. Él estuvo hospitalizado hace una semana y media. Tengo todos los documentos de eso, pero, lamentablemente, aunque tendríamos el causal para iniciar la demanda, lo que realmente analiza el juez, es la situación visible del niño, le hace pasar a la sala, le mira, le ve, dice ‘no, el niño está sano. Está feliz’. No se puede (...) Entonces realmente no se ve la capacidad del padre más idóneo Y tampoco es que quiero alejarlo de su madre. ¿No? Sino cuidar mejor de él...”*. Andrés Ortiz Lemos. Cuando nos volvamos a ver. Editorial el Conejo. Quito: 2018.

⁸¹ Jaimee L. Hartenstein. “Tender years doctrine”. *The Wiley Blackwell Encyclopedia of Family Studies*, 1, 2016. Págs. 1-5. Al contrario de los estereotipos que predominaban en 1881, en la actualidad, las mujeres se incorporaron al ámbito laboral. Tan es así que, en Ecuador:

- “*En abril 2021, la tasa de empleo global se ubicó en 95,3% para los hombres y 93,2% para las mujeres*”. INEC. (2021). Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo.
- “*La tasa de empleo adecuado/pleno se ubicó en 37,2% para los hombres y 26,5% para las mujeres*”. INEC. (2021). Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo.

En realidad, la Organización Internacional del Trabajo promueve la igualdad de oportunidades para que hombres y mujeres accedan a un trabajo decente. Véase los distintos instrumentos internacionales: el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración de 29 de junio de 1951, el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación de 4 de junio de 1958, el Convenio 156 sobre los trabajadores

176. Dentro de los escritos presentados en el caso, la Presidencia de la República refiere la necesidad de evaluar que NNA menores de dos años permanezcan con su madre por sus aptitudes; argumentos similares a los contemplados en la referida doctrina. Al respecto, se puede tomar como ejemplo el tratamiento que se dio en Estados Unidos a la teoría de los años tiernos, pues en 1981 la Corte Suprema del Estado de Alabama encontró que era inconstitucional.⁸²

177. En su análisis, la referida Corte consideró como regla el interés superior de NNA, independientemente del género de los progenitores. Ambos padres eran igualmente aptos, por lo que la preferencia materna por la doctrina de los años tiernos imponía al padre una carga probatoria para demostrar la ineptitud positiva de la madre. En consecuencia, la Corte estableció que la doctrina generaba una clasificación basada en el sexo y que impedía que el interés superior de NNA se aplique en su totalidad.⁸³

178. En el caso en concreto, afirmar de forma categórica lo mencionado en los números (i) y (ii) del párrafo 157 *supra*, es erróneo.⁸⁴ Así lo determinó, por ejemplo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en el amparo de revisión 331/2019:

*la evidencia científica muestra que lo más importante para el desarrollo de los menores es la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible a las necesidades del menor, independientemente del género y la relación consanguínea.*⁸⁵

179. La regla de la norma impugnada no explica por qué a los hombres, pese a ser progenitores, no se les debe encargar la tenencia, aunque tengan las mismas condiciones que la madre. La justificación empleada presume que un padre “no tiene las mismas

con responsabilidades familiares de 23 de junio de 1981 y el Convenio 183 sobre la protección de la maternidad de 15 de junio de 2000.

⁸² Corte Suprema de Alabama, Ex parte Devine, 398 So. 2d 686, de 27 de marzo de 1981.

⁸³ De forma similar, en 1985, ocurrió en Connecticut. Además, en varios casos se reexaminó la doctrina por desigualdad de género y por incumplir con el fin de precautelar el interés superior de niños y niñas. Vid. *State ex rel. Watts vs. Watts*, 1973; *Gordon vs. Gordon*, 577, 1978; *Purseys vs. Pursey*, 1986.

⁸⁴ Al respecto existe evidencia científica que indica lo contrario. Prueba de ello es lo mencionado en la cita por la Clínica de la Adolescencia del Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Muzquiz. Cfr. Organización Mundial de la Salud y UNICEF con apoyo de La Alianza para la Salud de la Madre, el Recién Nacido y el Niño, la Red de Acción por el Desarrollo en la Primera Infancia, entre otros. “Cuidado cariñoso y sensible para el desarrollo en la primera infancia”, 2018. Págs. 1-32.

⁸⁵ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en el amparo en revisión 331/2019 de 21 de noviembre de 2019, párr. 63. Asimismo, se debe considerar que: “*Scientific research, however, has disproved the sexbased “tender years” doctrine—the proposition that young children are best placed with their mothers*”. Traducido al español: “*Investigación científica, sin embargo, ha refutado la doctrina de los años tiernos, por la que se considera que los NN pequeños se encuentran mejor al cuidado de sus madres*”. Andrea Charlow. “Awarding Custody: The Best Interests of the Child and Other Fictions”. *Yale Law & Policy Review*, 5, 1987. Pág. 267. Vid. Shirley Settle & Carol Lowery, “Child Custody Decisions: Content Analysis of a Judicial Survey, Therapists, Lawyers & Divorcing Spouses”. *Journal of divorce*, 6, 1982. Págs. 125-138.

*obligaciones o derechos que una madre, ni el mismo interés, amor y capacidad para brindar cuidado y protección a sus hijos*⁸⁶.

180. De esta forma, se constata que la legitimidad del objetivo se basa en estereotipos y roles de género que, no solo afectan el derecho a la igualdad y no discriminación de los progenitores en relación al cuidado y responsabilidad sobre sus hijos, sino también llega a contravenir los intereses de NNA, pues se prefiere encargar la tenencia a uno de los progenitores, sin considerar lo que es mejor para NNA. No obstante, como *prima facie* existiría un objetivo legítimo, se procederá a evaluar si la norma impugnada es idónea, necesaria y proporcional. Por otra parte, esto también se realizará ya que el argumento sobre la garantía de la autonomía de la mujer representa **un objetivo legítimo** para la distinción, por lo que, a continuación, se llevará a cabo el análisis mencionado.

181. En lo referente a la idoneidad, como se observó en líneas anteriores, la regla de preferencia materna no se vincula directamente con el interés superior de NNA, pues no evalúa de forma flexible, con arreglo a la situación concreta, a su contexto, y a la situación y necesidad personal, a fin de determinar a quién se le encargará la tenencia.

182. Al contrario, se observa que la regla perpetúa estereotipos y roles de género y crea una situación de desventaja entre los progenitores, al imponer una carga a la madre por el solo hecho de ser mujer.⁸⁷ La norma impugnada no es adecuada para la consecución del objeto legítimo anotado en los números (i) y (ii) del párrafo 157 *supra*, ya que lo primordial para encargar la tenencia a los progenitores es la relación que mantienen los NNA con su cuidador primario –independientemente de su género, pudiendo ser la madre, el padre, o un tercero– y la evaluación de las condiciones de ambos progenitores o del tercero, para determinar cuál será el mejor espacio para su adecuado cuidado de conformidad con los estándares del principio de interés superior de NNA.

183. Ahora bien, con respecto al segundo argumento, se debe observar que:

- i. El fin constitucionalmente válido es garantizar la autonomía de la mujer por razones económicas y sociales, más aún, tomando en cuenta que la violencia contra las mujeres es resultado de la situación de desigualdad existente en la sociedad.
- ii. El medio es encargar la tenencia de forma preferente a la madre.

184. Como se observa, el medio permitiría fomentar el fin constitucionalmente válido al intentar proteger derechos constitucionales – procurando evitar que las mujeres vivan contextos de violencia o de dependencia económica–, de conformidad con el artículo 35 de la CRE. Por lo que la medida es idónea, técnicamente, para coadyuvar al fin.

⁸⁶ Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, sentencia de 9 de marzo de 2018, párr. 298.

⁸⁷ La referencia a carga se entiende como el desbalance que se crea en funciones de cuidado, atención y responsabilidad de ambos progenitores que recae preferencialmente en la madre.

185. Ahora bien, en lo referente a la necesidad, se observa que existen medidas alternativas menos gravosas para alcanzar el fin, tales como: el fortalecimiento de políticas públicas para la igualdad de género y para la inserción laboral de mujeres; el refuerzo de planes nacionales para abordar la violencia de género; la fomentación, creación y la incorporación de redes nacionales de servicios integrales para mujeres víctimas de violencia; el incremento de medidas dirigidas al empoderamiento económico y a la inserción laboral de mujeres y mujeres víctimas de violencia, entre otros. Cabe recalcar que, si bien entregar la tenencia de forma preferente hacia la madre persigue un fin constitucionalmente legítimo, esta medida no tiene como fin último que la mujer viva una vida libre de violencia o que mantenga independencia económica.

186. Por ello, para garantizar la autonomía de la mujer, se debe procurar que los progenitores tengan los mismos derechos y responsabilidades.

187. Esto incluso ha sido ratificado por la CETFDM, instrumento que indica lo siguiente:

*1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, **asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:***

a) El mismo derecho para contraer matrimonio;

b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;

c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;

*d) **Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;***

e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;

f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; (énfasis agregado).

188. Así, se encuentra que la regla de preferencia materna no es necesaria, pues existen otras posibilidades para garantizar la autonomía de la mujer tomando en cuenta que, generalmente, son dependientes económicamente y son propensas a situaciones de pobreza. De igual manera, se encuentran alternativas menos gravosas para procurar eliminar situaciones de violencia contra la mujer y su tolerancia. Al respecto, cabe recalcar que la regla de preferencia materna, por sí sola, no puede garantizar la autonomía de la mujer.

- 189.**Adicionalmente, la Corte advierte que la norma impugnada afecta tanto a madres como padres, pero principalmente a NNA. Existen medidas alternativas que afectan, en menor medida los derechos involucrados. Por ejemplo, atender al principio de interés superior de NNA, antes que al sexo de los progenitores, mediante un análisis caso por caso. Ésta es una opción que permitiría lograr los fines que persigue la norma impugnada, sin generar desigualdad entre sexos, sin perpetuar roles de género y primando el interés superior de NNA; pues esta consideración debe ser primordial en todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de justicia de NNA⁸⁸.
- 190.**Asimismo, existen otras medidas alternativas como la coparentalidad o tenencia compartida –en sus múltiples manifestaciones– que evitarían una transgresión a principios constitucionales, en los casos en que los padres no lleguen a un acuerdo o cuando exista igualdad de condiciones entre los progenitores⁸⁹.
- 191.**Ahora bien, pese a que se observa que la medida no cumple con el elemento de necesidad, este Organismo considera necesario realizar el análisis sobre proporcionalidad por fines argumentativos.
- 192.**Respecto a la proporcionalidad en sentido estricto, la regla de preferencia materna no guarda un debido equilibrio entre la protección y la restricción al derecho a la igualdad.⁹⁰ Como quedó anotado en párrafos anteriores, la preferencia materna restringe el derecho a la igualdad, la corresponsabilidad y el principio de interés superior de NNA, con solo un fundamento, el sexo de los progenitores y el rol de género culturalmente asignado para cada uno.
- 193.**De esta forma, se limita la posibilidad de los padres a solicitar la tenencia de sus hijos y genera desventajas para ambos géneros. La protección es aparente y las restricciones pueden generar una afectación mayor al beneficio que se pretende alcanzar, lo que conlleva a que la norma impugnada incumpla el criterio de proporcionalidad.
- 194.**En este sentido, se constata que la norma impugnada no supera el test de igualdad, por lo que se manifiesta como discriminatoria. Incumple una consideración primordial, que es el principio de interés superior de NNA. Es indispensable que se evalúe singularmente las circunstancias concretas de cada NNA para obtener una decisión

⁸⁸ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N°. 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 32.

⁸⁹ Si bien la tenencia compartida no está expresamente contenida en el CONA, el numeral 1 del artículo 106 del cuerpo normativo referido señala que: “*Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija*”. Por este acuerdo, se podría pactar una tenencia compartida y el juez debe respetar dicho acuerdo, salvo que sea contrario o perjudicial para el interés superior de NNA. Ahora bien, se indica que es una medida alternativa que evitaría una transgresión a principios constitucionales puesto que la figura busca que ambos progenitores mantengan la tenencia. Al respecto, el Tribunal Supremo Español, en la Resolución N°. 267/2013, Recurso N°. 2525/2011, estableció que: “*habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea*” (pág. 7).

⁹⁰ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N°. 34-19-IN/21 y Acumulados de 28 de abril de 2021, párr. 168.

particular que los involucre. En cuanto a los padres, la norma impugnada se opone a la igualdad formal, ya que genera una desventaja para que se le entregue la tenencia, pues el padre deberá probar que es un cuidador más idóneo que la madre, aunque ambos sean igualmente aptos para que se les entregue la tenencia.⁹¹

195. Este trato genera, además de una excesiva carga procesal⁹², una perpetuación de los contextos de violencia de género e intrafamiliar. El padre, en lugar de demostrar que es más idóneo para el cuidado de sus NNA, tiene que evidenciar por qué la madre no es apta para que se le encargue la tenencia. Esto, indefectiblemente, llevará a una batalla de desprestigio hacia la madre independientemente del interés superior, que debería ser el principal elemento a considerar.

196. Por otra parte, la norma impugnada asume que todas las madres querrán y serán más aptas e idóneas para criar a los hijos que los padres; empero el único sustento para ello es que, social e históricamente se ha impuesto a la madre la obligación de asumir el rol de cuidadora.⁹³ En virtud de esto, se podría explicar que el 92% de los casos de tenencia se asignan a la madre.⁹⁴

197. Finalmente, para NNA se observa que su interés superior se encontraría limitado por una condición que impide que se evalúe y examine las condiciones específicas que podrían afectar sus derechos.

198. En tal sentido, la norma referida fomenta estereotipos y la perpetuación de roles de género, ya que se presume que las mujeres deben criar al hijo, mientras que los hombres deben proveer en el hogar, lo que afecta significativamente el deber de corresponsabilidad, constitucionalmente previsto; el derecho a la igualdad; y, como efecto de lo anterior, la distribución de tareas en el cuidado de los hijos y el ingreso al ámbito laboral de las mujeres⁹⁵. Al respecto, esta Corte advierte que la norma impugnada no supera el test de igualdad, demostrando su inconstitucionalidad.

⁹¹ En estos casos el padre deberá probar descuido y maltrato por parte de la madre, lo que implica que en la práctica las autoridades judiciales distan de analizar el interés superior del niño. Al contrario, parecería que existe un apego y un sesgo, reforzado por la norma impugnada.

⁹² Fabiola Lathrop Gómez. “(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno”. *Revista Ius et Praxis*, 16/2, 2010. Págs. 147-184.

⁹³ Fabiola Lathrop Gómez. “(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno”. *Revista Ius et Praxis*, 16/2, 2010. Págs. 147-184.

⁹⁴ INEC, 2017; Andrés Ortiz Lemos. *Cuando nos volvamos a ver*. Editorial el Conejo. Quito: 2018.

⁹⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencias N°. 34-19-IN/21 de 28 de abril de 2021, párr. 168; N°. 7-11-IA/19 de 28 de octubre de 2019, párr. 31. Al respecto, con este tipo de preferencias, la Corte IDH ha establecido en el caso *Atala Riffó y niñas c. Chile* ha establecido que: “*es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación*”⁹⁵. Incluso la doctrina mantiene que: “[la regla de preferencia materna] ha sido desechada en la mayoría de las legislaciones por reparos de constitucionalidad, dadas por la transgresión al principio de igualdad de los padres y no discriminación

6.2.1. Análisis del principio del interés superior de los NNA.

199. La CRE define, en su artículo 11, el interés superior de NNA⁹⁶ como:

un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. (...) El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.⁹⁷

200. La Corte Constitucional, en múltiples sentencias, ha establecido que el interés superior de NNA debe ser una consideración primordial y tendrá protagonismo en las decisiones concernientes a NNA⁹⁸:

cuando hay varias opciones para escoger en relación con los niños, niñas y adolescentes, según las circunstancias de cada caso, el interés superior exige optar por la que más favorezca al ejercicio de derechos de los niños, niñas y adolescentes.⁹⁹

del padre". Rodrigo Barcia Lehmann, "Facultades y derechos compartidos respecto de los hijos: una mirada desde el derecho comparado". *Revista de derecho (Coquimbo)*, 20/1, 2013. Págs. 21-60.

⁹⁶ En lo referente al ámbito internacional, el interés superior de NNA se encuentra contemplado en la Declaración de los Derechos del Niño, principio 2 y en la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3. El Comité de los Derechos del Niño indica que el interés superior del niño es un concepto triple: "a) *Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos*". Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N° 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Doc. CRC/C/GC/14, 2013.

⁹⁷ Asimismo, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 44, reconoce la importancia de proteger y velar por la vigencia del principio de interés superior de NNA. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1484-14-EP/20 de 15 de julio de 2020, párr. 64.

⁹⁸ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 32. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 202-19-JH/21 de 24 de febrero de 2021, párr. 124. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1484-14-EP/20 de 15 de julio de 2020, párr. 69. Esto de conformidad con el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del Niño.

⁹⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 202-19-JH/21 de 24 de febrero de 2021, párr. 142.

201. Como quedó anotado en los párrafos 133 y 134 *supra*, la norma impugnada está configurada por una regla y una condición. Sin embargo, a partir del interés superior de NNA no puede ser una condición, sino la base sobre la que se decide los derechos de NNA. En otras palabras, debe ser la regla por la que se encarga la tenencia.

202. Precisamente sobre esta consideración, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N°.14 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 (énfasis agregado).*¹⁰⁰

203. En caso de conflictos de derechos, los derechos de NNA prevalecerán sobre los derechos de sus progenitores. Es una obligación de todo juzgador privilegiar y tutelar, de forma efectiva y sin excepciones, el interés superior de NNA. Esto exige considerar la integralidad de los hechos puestos en conocimiento del operador de justicia, y las circunstancias particulares de cada caso, lo que implica examinar situaciones específicas de los NNA involucrados y particularmente la realidad en la que se desenvuelven –*infra* 7.1–.

204. Como quedó anotado en el párrafo 157 *supra*, una de las justificaciones de la norma reside en su practicidad para agilizar los procesos. Esta argumentación se descarta, puesto que el interés superior de NNA debe prevalecer como consideración primordial. De hecho, la justificación de celeridad supone que la autoridad judicial debe apegarse a un único criterio, sin tomar en consideración cuestiones que podrían afectar el interés superior de NNA, contraviniendo la obligación del Estado. Según el Comité de los Derechos de Niño:

*Todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho.*¹⁰¹

¹⁰⁰ Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 67. Asimismo, esta observación establece elementos mínimos y esenciales que deberán respetarse en todos los casos: el derecho a la opinión, el derecho a la identidad, el derecho a la familia y a la convivencia familiar, el cuidado, protección y seguridad de NNA, la situación de vulnerabilidad, el derecho a la salud y a la educación. En la mentada Opinión, el Comité afirma que la “*evaluación del interés superior*” consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto.

¹⁰¹ Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 13.

205. El argumento mencionado deviene de una visión adultocéntrica, en donde la norma impugnada¹⁰², primero ordena observar la situación del padre y de la madre y, luego, el interés superior de NNA a pesar de que este último debe ser lo principal.

206. El encargo de la tenencia no puede estar subordinada a un criterio único, como el sexo de los progenitores, menos aún en detrimento de la protección del interés superior de NNA. Al contrario, se debe evaluar caso por caso cuál sería la mejor opción para NNA.

6.2.1.1. Derecho a ser escuchado y opinión como elemento del interés superior de NNA.

207. La evaluación del interés superior de NNA implica “*el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan*”¹⁰³.

208. La Corte Constitucional, de conformidad con jurisprudencia internacional¹⁰⁴, ha establecido que:

*La escucha debe ajustarse a sus condiciones personales, como edad o capacidad de comprensión, y es una de las formas de advertir su interés genuino. Garantizar el derecho a ser escuchado permite aplicar el interés superior, tomar mejores decisiones y, al mismo tiempo, promover la participación del niño o niña, estimular el futuro desarrollo de la personalidad y de sus capacidades para ejercer derechos.*¹⁰⁵

¹⁰² El adultocentrismo, según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (“UNICEF”), “*indica que existen relaciones de poder entre los diferentes grupos de edad que son asimétricas en favor de los adultos, es decir, que estos se ubican en una posición de superioridad. Los adultos gozan de privilegios por el solo hecho de ser adultos, porque la sociedad y su cultura así lo han definido. Por ejemplo, si un adolescente rompe un vidrio por error, recibe una sanción de parte del adulto (grito, reto, castigo o golpes), si este adulto comete el mismo error, no recibe castigo de parte del adolescente e incluso puede asumir que fue un accidente y, en el mejor de los casos, decir que tiene derecho a equivocarse (...) el pensamiento adultocéntrico considera a los niños, niñas, adolescentes y jóvenes como inacabados*”. En este sentido, el adultocentrismo supondría que los NNA no están preparados para tomar una decisión sobre la tenencia. Según la UNICEF, esta visión debe ser superada. UNICEF. Cuadernillo “Superando el adultocentrismo”, 2013. Pág. 18.

¹⁰³ Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 43. En la CRE, en su artículo 45, se reconoce que los NNA tienen derecho “*a ser consultados en los asuntos que les afecten*”. Vid. Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N°. 12. El derecho del niño a ser escuchado*. Doc. CRC/C/GC/12, 2009, párr. 22.

¹⁰⁴ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 199. TEDH. *Caso Sommerfeld vs. Alemania*, sentencia de 8 de julio de 2003, párrs. 72 al 88 y *Caso Sahin vs. Alemania*, sentencia de 8 de julio de 2003, párr. 33. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-955 de 2013 de 19 de diciembre de 2013, párrs. 13 a 18.

¹⁰⁵ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 202-19-JH/21 de 24 de febrero de 2021, párr. 148. Asimismo, la Corte acogió, de forma ejemplificativa, los cinco elementos que el Comité de Derechos del Niño mencionó para que exista un ejercicio del derecho a ser escuchado por parte de NNA: “1) *Preparación: se debe preparar a los niños, niñas y adolescentes antes de que ser escuchados, explicándoles cómo, cuándo y dónde se los escuchará y quiénes serán los participantes.* 2) *Audiencia: el lugar donde se*

209. Uno de los elementos que se debe evaluar para tomar en cuenta el interés superior de NNA es su opinión; y, a su vez, su desarrollo evolutivo para expresarla. El Comité de Derechos del Niño (“Comité”) ha establecido que:

*El hecho de que el niño sea muy pequeño (...) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior.*¹⁰⁶

210. En la Observación general N°. 12 del Comité se contempla, específicamente, el derecho del niño a ser escuchado en procedimientos judiciales civiles, como lo son el divorcio o la separación. Al respecto, el Comité ha manifestado que: “*toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación*”¹⁰⁷.

211. El último inciso del artículo 106 del CONA señala que a partir de los 12 años la opinión de NNA es obligatoria para el juez, se observa que esto excluye a los menores de dicho rango de edad. A pesar de esto, la Corte advierte que el juez, con el equipo técnico correspondiente, debe escuchar y tomar en consideración la opinión de NNA incluso antes de los 12 años, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, que ha sido interpretada en la Observación General N°. 20 emitida por el Comité de los Derechos del Niño, y en función de su edad y madurez.¹⁰⁸

212. En el contexto integral de la norma impugnada sí se contempla el derecho de NNA a ser escuchados, pero este derecho está limitado por el criterio de preferencia materna y se pierde su efecto útil. En este sentido, la norma impugnada deja sin eficacia el derecho de NNA a ser escuchados ya que, si bien podrían expresar su opinión sobre el encargo de la tenencia, esta se encontraría limitada por una preferencia a la madre al ser menores de 12 años.

realice la entrevista tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que los niños, niñas o adolescentes puedan estar seguros de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que hayan decidido comunicar. 3) Evaluación de la capacidad del niño: en cada caso se debe evaluar la capacidad del niño de formarse un juicio propio, luego de ello, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones de los niños, niñas y adolescentes como factor destacado en la resolución de la cuestión. 4) Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño, niña o adolescente (comunicación de los resultados al niño, niña o adolescente): se debe informar al niño, niña o adolescente del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones para efectos de conocer su posición. 5) Quejas, vías de recurso y desagravio: los niños, niñas o adolescentes deben tener la posibilidad de dirigirse a un defensor o una persona con funciones comparables en todas las instituciones dedicadas a los niños, como las escuelas y las guarderías, para expresar sus quejas”. Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°. 12. El derecho del niño a ser escuchado. Doc. CRC/C/GC/12, 2009, párr. 41 a 46; Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N°. 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 45.

¹⁰⁶ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 53.

¹⁰⁷ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°. 12. El derecho del niño a ser escuchado. Doc. CRC/C/GC/12, 2009, párr. 52.

¹⁰⁸ Cfr. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N°. 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 46.

6.2.1.2. Preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones

213. Otro de los elementos de evaluación para determinar el interés superior de NNA es la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones.¹⁰⁹ Los accionantes mantienen que la norma impugnada refuerza la separación familiar e impide que exista un fortalecimiento del núcleo familiar.

214. Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño contempla que:

*el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho 'a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño'.*¹¹⁰

215. De esta forma, “*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*”¹¹¹.

216. La Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia T-012, sostuvo que:

un niño o una niña sin familia se ven privados de crecer en un ambiente de cariño, afecto, solidaridad, alimentación equilibrada que propicia la educación, la recreación y la cultura. Por ello, sus padres o miembros de familia que ocupen ese lugar –abuelos, parientes, padres de crianza-, son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los vínculos familiares y deben poner especial atención encaminada a que la niñez crezca en un escenario apropiado para el ejercicio de sus derechos y que puedan contar con los cuidados y la atención requerida (...) se puede inferir que existe una presunción no solamente en el orden jurídico interno, sino en los tratados internacionales de derechos humanos, a favor de mantener el vínculo recíproco entre los padres biológicos y sus hijos o hijas, cualquiera sea la configuración del grupo

¹⁰⁹ Al respecto, la Observación establece que “*La conservación del entorno familiar engloba la preservación de las relaciones del niño en un sentido amplio. Esas relaciones abarcan a la familia ampliada, como los abuelos, los tíos y tías, los amigos, la escuela y el entorno en general, y son particularmente importantes cuando los padres están separados y viven en lugares diferentes*”. Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 70.

¹¹⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, artículo 9, número 3. Sobre esto, Soledad Torrecuadrada García-Lozano, indica que “*la preservación del entorno del niño es fundamental (...) en el caso de ruptura en la familia, la custodia ha de procurar incidir en la menor manera posible en las rutinas del pequeño y en todos los casos hay que procurar sostener una relación normalizada con ambos progenitores y sus familias en sentido amplio*”. Soledad Torrecuadrada García-Lozano, “El interés superior del niño”. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 16, 2016. Págs. 131-157.

¹¹¹ Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 67. Asimismo, se procura evitar afectaciones del sistema familiar. Como, por ejemplo, la alienación parental la cual versa sobre las “*conductas que lleva a cabo el padre o la madre que tiene la custodia de un hijo o hija, e injustificadamente impide las visitas y convivencias con el otro progenitor, causando en el niño o niña un proceso de transformación de conciencia, que puede ir desde el miedo y el rechazo, hasta llegar al odio*”. Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México. “Alienación Parental”, 1, 2011. Pág. 7.

*familiar, pudiendo ser separados, únicamente por motivos excepcionales. Presunción que solo puede ser desvirtuada por medio de argumentos poderosos, relacionados, se insiste, en la ineptitud de la familia biológica para asegurar el bienestar del niño o de la niña, o en los riesgos o peligros reales y concretos que los amenacen.*¹¹²

217.Esta Corte Constitucional advierte que el mantenimiento de vínculos familiares es un derecho fundamental de NNA. En el caso concreto, la norma impugnada dista de establecer como regla o como criterio principal el interés superior de NNA al momento de encargar la tenencia.

218.Encargar la tenencia a la madre de forma preferente, podría atentar contra la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de relaciones familiares. Al establecer que el padre debe probar que la madre no es apta para criar a NNA, en lugar de salvaguardar su interés, se genera conflictos que conllevan a la perpetuación de contextos de violencia de género e intrafamiliar, así como un distanciamiento entre los progenitores, y, a su vez, entre la familia ampliada.¹¹³

219.Encargar la tenencia de manera prioritaria a la madre, podría causar una desventaja en muchas ocasiones para la familia ampliada del padre, en caso de que éste se encuentre en las mismas condiciones y sea igualmente idóneo para cuidar al NNA. En consecuencia, esto puede generar distanciamientos emocionales entre los NNA y su familia paterna.

220.La Corte Constitucional encuentra que la norma impugnada es incompatible con el interés superior de NNA y reitera que en “*las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular*”¹¹⁴.

6.3. ¿El encargo preferente de la tenencia hacia la madre viola el principio de corresponsabilidad parental?

221.El artículo 69, números 1 y 5 de la CRE manda que:

¹¹² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-012 de 2012 de 20 de enero de 2012, párr. 5.2.

¹¹³ Al respecto estos conflictos causan dificultad para que NNA se relacionen y permanezcan unidos con su familia. Sobre este tipo de situaciones, la Corte Constitucional de Colombia ha emitido jurisprudencia en la que desarrolla el derecho de los NNA a tener una familia, a saber: (i) sentencia T-572/2010 de 15 de julio de 2010, párr. 61, en la que se ordena diseñar un plan de restablecimiento de relación materno-filial después de que un niño con síndrome de down es separado de su madre y de sus dos hermanos. La Corte Constitucional de Colombia remarca que los vínculos afectivos también forman parte del desarrollo integral de NNA, siempre que la madre—quien ostentaba su tenencia— sea apta para su cuidado; y, (ii) sentencia T-012 de 2012 de 20 de enero de 2012, párrs. 5.2 a 5.7, en la que una madre con la custodia de un niño generó múltiples impedimentos para que el padre no pueda ver a su hijo, a pesar de que el pagaba a tiempo las pensiones alimenticias. En la mentada sentencia se analizó que el derecho a tener una familia se encuentra limitado por motivos excepcionales como peligros inminentes o riesgos reales, no obstante, si no se observa una limitación, es imprescindible que los NNA mantengan un vínculo con su familia y crezcan en un ambiente de afecto, cariño y solidaridad.

¹¹⁴ Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 67.

*Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo (...) Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia (...) El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.*¹¹⁵

222.La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 18, prescribe que:

*Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que **ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño**. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.*¹¹⁶ (énfasis agregado).

223.El artículo 5 de la CETFDM recuerda a los estados su obligación de tomar las medidas más apropiadas para garantizar el reconocimiento de “(...) *responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos*”.

224.La corresponsabilidad parental es un principio que encamina la actuación de padre y madre respecto a sus hijos, “*implica, en términos simples, el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos tanto en el plano personal como en el patrimonial*”¹¹⁷. En casos de separación o de divorcio, la corresponsabilidad parental implica que padre y madre mantienen sus deberes de forma equitativa con sus hijos. Las decisiones deben ser tomadas de forma conjunta, beneficiando y considerando el interés superior de NNA.

225.Los accionantes manifiestan que la norma impugnada impide que madre y padre gocen de los mismos derechos y obligaciones frente a sus hijos. Indican que varios países ya han superado normas de este tipo, por lo que se debería adoptar otros mecanismos de custodia de conformidad con el contexto contemporáneo. La declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada, según los accionantes, permitiría la posibilidad de que ambos padres puedan compartir la tenencia y evitar que uno de ellos sea un mero visitador.

¹¹⁵ Asimismo, en su artículo 83, número 16, prescribe que: “*Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: (...) Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten (...)*”.

¹¹⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, artículo 18.

¹¹⁷ Asimismo, consiste en la “*participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos*”. Marcela Acuña San Martín. “El principio de corresponsabilidad parental”. *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, 20/2, 2013. Pág. 28.

226. La corresponsabilidad parental se encuentra estrechamente vinculada con el interés superior de NNA. Ambas figuras buscan el bienestar de NNA, suponiendo que es beneficioso conservar la relación con padre y madre, independientemente de la separación o divorcio de los últimos. Resulta necesario aclarar que *“la finalidad del principio no es primordialmente satisfacer los deseos e intereses de los progenitores, sino proteger los derechos e intereses de los hijos, pues este es su fundamento”*¹¹⁸.

227. Es decir 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*¹¹⁹ (énfasis agregado).

228. Por ello, es necesario considerar que no pueden primar los intereses de un progenitor sobre el otro considerando a la tenencia como un mecanismo para conseguir intereses. El encargo de la tenencia no puede verse como una herramienta de chantaje, manipulación o negociación entre los progenitores para violentar al otro. Tampoco se puede utilizar como una herramienta de manipulación para solicitar un incidente de rebaja de alimentos. Al contrario, el principio rector en lo concerniente a NNA no versará sobre las necesidades del padre o de la madre. Este, únicamente tratará sobre el interés superior de NNA.

229. La norma impugnada es contraria al interés superior de NNA porque no evalúa en cada caso su bienestar y, a falta de acuerdo entre progenitores, se encarga la tenencia de forma preferencial y prioritaria a la madre. La regla resulta contraria al principio de corresponsabilidad parental, la cual tiene su fundamento en el principio de interés superior de NNA. Cabe agregar que sería erróneo interpretar que la tenencia exclusiva¹²⁰ es contraria a la corresponsabilidad parental¹²¹. Al contrario, la corresponsabilidad parental debe ser ejercida aun en contextos en que la tenencia sea exclusiva, para que

¹¹⁸ Marcela Acuña San Martín. “El principio de corresponsabilidad parental”. *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, 20/2, 2013. Pág. 28. Al respecto, se observa que varias de las alegaciones de los *amici curiae* se centran en que la tenencia compartida debe primar como regla; no obstante, este Organismo advierte que ello también supondría una rigidez en evaluar caso por caso el interés superior de NNA.

¹¹⁹ Asa, P. J., Asurey, V., Bacigalupo, M., Bendel, Y., Bertolé, C., Bianchi, D., Bigalli, C., Braguinsky, E., Carlotto, E., Colombo, M., Corti, D., Corti, H., Duacastella, L., Famá, M. V., Feierherd, M. J., Figueroa, M., De la Fuente, A., Garrote, N., Hernández, J., Fonnegra, V., Marinis, L., Mattera, M. F., Mattera, M. R., Luaces, L., Pignata, N., Ponce, G., Posleman, J., Presman, C., Pujol, S., Queirolo, C., Ronconi, L., Rua, M. I., Sas, N., Schulman, N., Selwood, I., Siderio, A. J., Simon, F., Snaider, M., Tordi, A. T., Urribarri, R., y Weinberg, I. (2019). *Convención sobre los Derechos del Niño Comentada*. Ministerio Público Tutelar.

¹²⁰ Por tenencia exclusiva se entiende que solamente a uno de los progenitores se le encarga el cuidado del NNA, mientras que el otro progenitor lo visita.

¹²¹ Otorgar en estos casos la tenencia al padre o a la madre, no implica que ellos no vayan a tener una corresponsabilidad parental, independientemente de quién ostente la tenencia.

padres y madres procuren mantener de forma equitativa derechos y obligaciones atendiendo al fundamento del principio, el cual es buscar el interés superior de NNA.

230. Reconociendo que la declaratoria de inconstitucionalidad es de *ultima ratio*¹²², esta Corte observa que la norma impugnada es inconstitucional por ser contraria al principio de igualdad y no discriminación, al interés superior de NNA y a la corresponsabilidad parental, por lo que debe ser expulsada del ordenamiento jurídico.

6.4. Sobre la violencia vicaria de género

231. Múltiples *amici curiae* han argumentado que la justificación de la norma impugnada es la protección a la mujer y la búsqueda de la evasión a la violencia vicaria, como un tipo de violencia de género intrafamiliar.

232. La Corte IDH, ha establecido que: “...la violencia de género, incluyendo los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar “no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades” y que estas situaciones de violencia están fundadas “en una cultura de violencia y discriminación basada en el género”¹²³.

233. El artículo 10 de la Ley Orgánica para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres indica los siguientes tipos de violencia: física, psicológica, sexual, económica y patrimonial¹²⁴, simbólica, política, y gineco-obstétrica.

234. De las cifras del INEC (2019) se observa que 32 de cada 100 mujeres en el Ecuador, han experimentado por lo menos un hecho de algún tipo de violencia en alguno de los distintos ámbitos en el año 2018¹²⁵. Por otra parte, a lo largo de la vida, 65 de cada 100

¹²² La Corte Constitucional ha establecido que solo se debe recurrir a la declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso. Al advertir que se ha desvirtuado por completo la suposición de constitucionalidad de la norma impugnada, se observa necesario expulsarla del ordenamiento jurídico. *Cfr.* Corte Constitucional del Ecuador. Voto salvado Daniela Salazar, sentencias N°. 14-11-IN de 22 de enero de 2020, párr. 13 y N°. 35-12-IN/20 de 17 de junio de 2020, párr. 23.

¹²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010.

¹²⁴ Una de las formas en que se ha manifestado la violencia económica es en la falta reiterativa de pago de las pensiones alimenticias. Así lo ha determinado el Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal de España, en el recurso N°. 2293/2019 de fecha 17 marzo de 2021.

¹²⁵ INEC, Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres – ENVIGMU, noviembre 2019.

En dicha encuesta también se examina que:

- 27 de cada 100 mujeres, creen que una buena esposa debe obedecer a su esposo en todo lo que él ordene.
- 45 de cada 100 mujeres, creen que las mujeres deben ser las responsables de las tareas de la casa, cuidado de los hijos/as, de las personas enfermas y ancianas.
- 45 de cada 100 mujeres, creen que el hombre debe ser el principal responsable de todos los gastos de la familia.
- 86 de cada 100 mujeres, creen que una mujer tiene el mismo derecho para trabajar y ganar dinero.

mujeres en el Ecuador han experimentado por lo menos un hecho de algún tipo de violencia¹²⁶.

235. Como se observa, existen altas cifras de violencia contra la mujer en Ecuador. Doctrinariamente, el concepto de violencia vicaria de género ha sido entendido como aquellos “*supuestos en que es el varón quien ejerce el daño/venganza sobre la mujer a través de los hijos*”¹²⁷. Esta forma de violencia no ha sido reconocida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; no obstante, dentro de la doctrina, ha sido contemplada como la forma “*más extrema de la violencia de género*”¹²⁸.

236. En estos casos, el maltratador cuenta con el régimen de visitas para ejercer la violencia vicaria de género¹²⁹, por la cual el hijo o la hija se torna en objeto de la agresión. Ahora bien, este tipo de violencia aumenta con la separación de la pareja¹³⁰ y algunos ejemplos pueden ser: amenazas a la progenitora sobre la vida de sus hijos, terminar con la vida de sus hijos o entregarlos en estados deplorables.

237. Para esta Corte Constitucional este tipo de eventos son extremadamente alarmantes. Al respecto, cabe tomar el pronunciamiento del CEDAW en el caso Ángela González Carreño contra España¹³¹.

- 28 de cada 100 mujeres, creen que las mujeres que trabajan descuidan su hogar o a sus hijos.

¹²⁶ INEC, Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres – ENVIGMU, noviembre 2019.

¹²⁷ Eric García López, Mila del Capo, David González Trijueque. “Sobre la llamada violencia vicaria”. *Instituto Nacional de Ciencias Penales*. Otros doctrinarios como Sonia Vaccaro la han definido como “*Violencia contra la mujer [...] cuya máxima expresión es el asesinato de las hijas y los hijos. El maltratador sabe que dañar, asesinar a los hijos/hijas, es asegurarse de que la mujer no se recuperará jamás. Es el daño extremo*”. “La justicia como instrumento de la violencia vicaria: la ideología del pretendido “SAP” y la custodia compartida impuesta”. Comisión de Igualdad del Consejo de Cultura Galega. Galicia, Santiago de Compostela. Obtenido de: http://consellodacultura.gal/mediateca/extras/CCG_ac_2018_novasformasviolenciaxenero_soniavaccaro.pdf.

¹²⁸ Diana Carolina Tibaná Ríos, Diana Alejandra Arciniegas Ramírez, Ingrid Julieth Delgado Hernández. “Tipos y manifestaciones de la violencia de género: una visibilización a partir de relatos de mujeres víctimas en Soacha, Colombia”. *Prospectiva. Revista de Trabajo Social e intervención social*, (30), págs. 117-144.

¹²⁹ Por ejemplo, véase opinión de Raúl Hirakawa Andia, abogado experto en violencia de género: <https://www.laopiniondezamora.es/zamora-ciudad/2021/06/27/maltratador-cuenta-regimen-visitas-ejercer-54360826.html>

¹³⁰ Diana Carolina Tibaná Ríos, Diana Alejandra Arciniegas Ramírez, Ingrid Julieth Delgado Hernández. “Tipos y manifestaciones de la violencia de género: una visibilización a partir de relatos de mujeres víctimas en Soacha, Colombia”. *Prospectiva. Revista de Trabajo Social e intervención social*, (30), págs. 117-144.

¹³¹ Dentro del mencionado caso, la señora Ángela se separó de su esposo cuando su hija Andrea tenía tres años de edad. Esto sucedió en un contexto de violencia después de que el padre de la menor la amenazara con un cuchillo, considerando que, antes y después de su matrimonio, fue objeto de violencia física y psicológica. Después de varias denuncias que tenían como fin evitar que el padre de Andrea y ella pasaran tiempo a solas, el padre de la niña se acercó a la madre y le manifestó que “le iba a quitar lo que más le importaba” refiriéndose a la niña. Posteriormente, la policía encontró los cuerpos sin vida de la niña y de su padre. Debido a la gravedad del caso, el CEDAW lo conoció y examinó la responsabilidad de España de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 7 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. El CEDAW indicó que dichos hechos se enmarcaron en un contexto de violencia, donde el padre no pagaba la pensión de alimentos.

238. En su resolución dicho Comité recalcó que, en asuntos relativos a custodia y a visitas, el interés superior de NNA es una consideración esencial. Y, de forma evidente, es necesario que las autoridades jurisdiccionales tomen en consideración cualquier contexto o antecedente de violencia para determinar el interés superior de NNA, con las necesarias salvaguardas.

239. Por todas estas consideraciones, el CEDAW recomendó al Estado parte:

Tomar medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos. El interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberán prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia; ii) Reforzar la aplicación del marco legal con miras a asegurar que las autoridades competentes ejerzan la debida diligencia para responder adecuadamente a situaciones de violencia doméstica; iii) Proporcionar formación obligatoria a los jueces y personal administrativo competente sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia doméstica que incluya formación acerca de la definición de la violencia doméstica y sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del Comité, en particular la recomendación general núm. 19.

240. La sentencia referida, al igual que lo expuesto respecto a la violencia vicaria de género, son esenciales para las consideraciones de la presente sentencia. Tanto mujeres como niños pueden ser víctimas directas de este tipo de violencia, por lo que se debe enfatizar que en cualquier discusión o decisión que se tome relacionada a NNA, como por ejemplo al establecer el régimen de visitas, y, principalmente en el encargo de la tenencia, se debe tomar, con la debida diligencia, todas las medidas necesarias y conducentes a descartar la existencia de violencia física, psicológica, emocional, de género, doméstica-intrafamiliar y patrimonial o económica.

241. De esta forma, la Corte recalca que es inaceptable que en cualquier discusión que se vincule con el encargo de la tenencia de NNA, se los utilice como instrumentos de

Dentro del caso, el Estado alegó que no se podía presagiar en los informes psicológicos y de servicios sociales un comportamiento del padre que desencadenara en una amenaza para la vida o salud física de la niña. Al respecto, el CEDAW manifestó su discordancia con tal afirmación ya que: i) la separación de los esposos estuvo precedida por incidentes violentos y la menor fue testigo de esto; ii) existieron múltiples órdenes de alejamiento; iii) los informes de los servicios sociales reiteraban que el padre utilizaba a su hija para transmitir mensajes de animadversión hacia la madre; iv) un informe psicológico determinó que el padre tenía “un trastorno obsesivo-compulsivo, con rasgos celotípicos y una tendencia a distorsionar la realidad que podría degenerar a un trastorno similar al paranoide”; v) en las visitas no vigiladas, se emitieron informes que indicaban la probabilidad de que existan situaciones en las que el padre pregunte continuamente sobre la vida privada de la madre; y, vi) el padre incumplió, desde el comienzo de la separación, el pago de pensiones alimenticias.

chantaje entre los progenitores o como mecanismo para perpetuar contextos de violencia.

7. Consideraciones adicionales

242.La Corte estima que 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*” son contrarias a la CRE, y, por ende, declara su inconstitucionalidad por el fondo.

243.Reiterando lo expuesto en la presente sentencia, la Corte Constitucional no tiene atribuciones legislativas. No obstante, al observar que la norma impugnada es inconstitucional, se advierte la necesidad de una reforma legislativa al CONA que contemple el interés superior de NNA como principio rector para el encargo de la tenencia a padre o madre, independientemente de su sexo. Esta modificación deberá incorporar los parámetros para que se evalúe el encargo de la tenencia, acorde a principios como la corresponsabilidad parental.¹³² En relación con lo expuesto, la Corte observa que la Asamblea Nacional se encuentra elaborando el “Proyecto Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes”; por lo que dicho Organismo deberá tomar en consideración los argumentos expuestos en esta sentencia, de conformidad con el artículo 84 de la CRE para la reforma del mentado artículo.

244.Por su parte, la Defensoría del Pueblo deberá aportar con un informe que contemple lo argumentado en esta sentencia para la elaboración del “Proyecto Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes”, en el plazo máximo de 90 días contados desde la notificación de la presente sentencia para que sea discutido en la Asamblea Nacional. En consecuencia, la Asamblea deberá conocer y discutir el “Proyecto Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes” en un plazo máximo de 12 meses, a partir de la presentación del informe que realice la Defensoría del Pueblo.

245.De conformidad con el artículo 95 de la LOGJCC, los efectos en el tiempo serán generales y hacia el futuro; por lo que, ningún servidor público, autoridad judicial o entidad del Estado podrá aplicar la norma impugnada una vez que se publique en el Registro Oficial del Ecuador la presente sentencia. Hasta que no exista la normativa correspondiente, el criterio judicial para encargar la tenencia de NNA–, será considerar, como principio rector, la satisfacción plena del interés superior de NNA, de conformidad con los parámetros delimitados a continuación:7.1 *infra*.

¹³² Esto de conformidad con las obligaciones internacionales que desarrolla el Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 15, al establecer que los Estados deben adoptar una serie de medidas y velar por que el interés superior del niño sea una consideración primordial en todas las actuaciones legislativas, administrativas o judiciales.

7.1. Parámetros para evaluar, caso por caso, el encargo de la tenencia de los NNA.

246. Es necesario establecer parámetros a seguir por las autoridades judiciales, mientras no exista marco regulatorio; y, para el legislador, hasta que no se desarrolle la normativa pertinente. Todo esto, con el fin de garantizar los derechos de NNA. Por ello, en vista de que los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA han sido expulsados del ordenamiento jurídico, en los escenarios en que se discuta la entrega de la tenencia, deberá primar el interés superior de niños, niñas y adolescentes bajo las siguientes consideraciones.

247. Bajo ningún caso el juez o jueza podrá fundar su decisión en el género de los progenitores o **en su capacidad económica**. Los lineamientos no deben ser considerados como una lista taxativa de condiciones que satisfactoriamente cumplan el interés superior de NNA. Se deberá evaluar cada caso, de acuerdo al contexto y utilizando como base todos los elementos establecidos en la presente decisión, sin considerar que unos tienen mayor jerarquía que otros.

248. Todas las directrices expuestas en la presente decisión tienen un fin en común: establecer parámetros para la evaluación del interés superior de NNA, y que éstos se utilicen para encargar la tenencia a la madre o al padre:

- i. Se tomará en consideración, principalmente, la opinión de NNA, sus deseos y emociones, considerando su derecho a ser escuchados, según su edad y grado de madurez.
- ii. Se considerará la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible para satisfacer las necesidades generales, físicas, emocionales y educativas del NNA.
- iii. Con la debida diligencia, se debe tomar todas las medidas necesarias para descartar la amenaza, existencia o el antecedente de violencia física, psicológica, doméstica, económica¹³³ - patrimonial y vicaria.

¹³³ Para ello, por ejemplo, se podría observar como un tipo violencia económica la falta de pago **reiterativa** de las pensiones alimenticias, cuando el obligado impide su pago ocultando bienes o mostrándose aparentemente insolvente para frustrar créditos por los que se pudo satisfacer la deuda de la pensión alimenticia. Así lo ha determinado el Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal de España, en la sentencia 239/2021, del recurso N°. 2293/2019 de fecha 17 marzo de 2021, en un caso donde un progenitor omitió el pago de pensiones alimenticias por una **década –10 años–**. Así, el Tribunal sostuvo que en el caso referido existía: *“delito de impago de pensión alimenticia que puede configurarse como una especie de violencia económica, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si ésta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial. Y ello, al punto de que si se produce el incumplimiento del obligado a prestarlos, ello exige al progenitor que los tiene consigo en custodia a llevar a cabo un exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades para cubrir las obligaciones que no verifica el obligado a hacerlo. Todo ello determina que podamos denominar a estas conductas como violencia económica cuando se producen impagos de pensiones alimenticias. Y*

- iv. Se encargará la tenencia procurando mantener la continuidad en la vida de los NNA, considerando el domicilio de ambos progenitores, atendiendo a la estabilidad y a las rutinas que han mantenido hasta la separación o divorcio de los padres.
- v. Se considerará la dedicación brindada y la relación que existía con el padre y madre, antes de producirse la separación o divorcio.
- vi. Se respetará la identidad de NNA.
- vii. Se observará la aptitud e idoneidad de los padres para satisfacer el bienestar de NNA, lo que involucra brindar un entorno adecuado dependiendo de su edad, cuidado, protección y seguridad.
- viii. Se analizará cualquier daño que hayan sufrido NNA o que potencialmente puedan sufrir.
- ix. Se reparará en las actitudes de cooperación de ambos progenitores, garantizando el mantenimiento de relaciones y la preservación del entorno familiar.
- x. Se estudiará el vínculo afectivo que se ha formado entre el hijo o hija, sus padres, y su familia ampliada.
- xi. Se contemplará cualquier otro factor como edad, contexto, grado de madurez, experiencia, pertenencia a un grupo minoritario, existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural de NNA que sirva para determinar su interés superior.¹³⁴
- xii. Se podrá contar con informes elaborados por el equipo técnico de las unidades de familia, mismos que deberán ayudar a tomar una decisión sobre el interés superior de NNA, pero no serán el único elemento a considerar.

ello, por suponer el incumplimiento de una obligación que no debería exigirse ni por ley ni por resolución judicial, sino que debería cumplirse por el propio convencimiento del obligado a cubrir la necesidad de sus hijos; todo ello desde el punto de vista del enfoque que de obligación de derecho natural tiene la obligación al pago de alimentos". Si bien puede observarse lo mencionado como un tipo de violencia económica, esto no obsta que el progenitor sea candidato o candidata para la tenencia, siempre y cuando se cumplan las obligaciones, se reliquide la deuda y se haga un plan de pagos.

¹³⁴ Además de los criterios contenidos en la Observación General N°. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, la Corte utilizó los criterios jurídicos para determinar el interés superior de NNA desarrollados por Monroy Cabra con base en las sentencias de la Corte Constitucional de Chile. *Vid.* Marco Gerardo Monroy Cabra. *Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia*. Librería Ediciones del Profesional LTDA., Bogotá: 2011. Págs. 766 a 771. Asimismo, se consideró el artículo 1 de "The Children Act" o "El acta de los niños" de 1989 en el cual se desarrolló una lista en la que se podría verificar el interés superior de NNA.

xiii. La sentencia deberá estar motivada, de tal forma que se explique cómo se tomaron en cuenta los parámetros antes referidos.

249. Siguiendo las recomendaciones del CEDAW, es imprescindible que el Consejo de la Judicatura y la Defensoría del Pueblo, en conjunto, coordinen capacitaciones para los jueces y juezas que conozcan causas de niñez y adolescencia para que se proporcione formación obligatoria referente a la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia de género que incluya formación sobre los estereotipos, así como una formación apropiada con respecto a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del CEDAW.

250. En virtud de las alegaciones de múltiples *amici curiae* sobre la dependencia económica de las madres, se recalca que en el artículo 14, numeral 5, de la Ley Orgánica de la Defensoría Pública se establece que:

Art. 14.- Representación en el patrocinio.- El patrocinio es otorgado, de manera obligatoria y gratuita, según las definiciones de las siguientes líneas de atención prioritaria:

(...) 5. En materia de niñez y adolescencia, el servicio se brindará a la persona que tenga bajo su cuidado al niño, niña, adolescente o a las entidades de acogimiento en los procesos de declaratorias de adoptabilidad o esclarecimiento de la situación legal, social y familiar de las niñas, niños o adolescentes, así como en el caso de acciones derivadas de permisos de salida del país relacionados con los derechos de salud y educación, cuando se encuentre en estado de indefensión, estado de vulnerabilidad para el acceso a la justicia o en condición económica sujeta a vulnerabilidad de conformidad con las definiciones establecidas en esta Ley; se garantiza la defensa pública especializada para las mujeres, niños, niñas y adolescentes, víctimas de violencia, adultos mayores, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas o de alta complejidad, personas en movilidad humana, nacionalidades, pueblos, comunidades y comunas indígenas, afrodescendientes y montubias; (énfasis añadido)(...).

251. Además de esto, la Corte observa la importancia de acelerar medidas normativas que busquen la igualdad real entre hombres y mujeres y el incremento de políticas públicas a favor de las mujeres, por distintas situaciones de vulnerabilidad en las que se puedan encontrar. Principalmente, tomando en cuenta las cifras señaladas a lo largo del proyecto que demuestran la desigualdad que todavía existe entre hombres y mujeres en distintos ámbitos. Por ello, esta sentencia apuesta a la necesidad para combatir estereotipos de género y la desigualdad en el ambiente doméstico, buscando el cumplimiento de la corresponsabilidad parental.

8. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

1. Aceptar la acción pública de inconstitucionalidad N°. 28-15-IN.

- 2. Declarar** la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia: (i) “*la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre*” y (ii) “*se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija*”.
- 3. Disponer** que la Defensoría del Pueblo, contando con la participación activa de las organizaciones sociales y de manera coordinada con los distintos organismos estatales, en el plazo máximo de 90 días contados desde la notificación de la presente sentencia, prepare un informe que considere parámetros para otorgar la tenencia de NNA, de conformidad con los criterios desarrollados en esta sentencia.
- i. La Defensoría del Pueblo deberá remitir a la Corte Constitucional del Ecuador la constancia de presentación de dicho informe para que sea discutido ante la Asamblea Nacional al cumplirse el plazo de 90 días otorgado para su elaboración.
- 4. Disponer** que la Asamblea Nacional, en el plazo máximo de 12 meses, contados desde la presentación del informe por la Defensoría del Pueblo, continúe el debate del Proyecto del “Código Orgánico para la Protección Integral de niñas, niños y adolescentes” respecto a lo relacionado con el encargo de la tenencia, siguiendo los parámetros establecidos en el párrafo 249 *supra*.
- i. La Asamblea Nacional, a través de su representante, deberá informar trimestralmente sobre el avance y cumplimiento de esta medida a partir de la recepción del informe proporcionado por la Defensoría del Pueblo.
- 5. Disponer** que la Defensoría del Pueblo y el Consejo de la Judicatura, de forma conjunta y en el plazo de 6 meses, elaboren un plan de capacitación dirigida a funcionarios judiciales que resuelvan casos relacionados a niñez y adolescencia, para que se proporcione formación referente a la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia; que incluya formación sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del CEDAW.
- i. Las capacitaciones podrán realizarse a través de medios telemáticos.
- 6. Disponer** que la Defensoría del Pueblo y la Defensoría Pública, de forma conjunta y en el plazo de 6 meses, elaboren un plan para informar a la ciudadanía sobre las características del servicio que esta última brinda en materia de niñez y adolescencia, de conformidad con el artículo 14, numeral 5, de la Ley Orgánica de Defensoría Pública. Para justificar el cumplimiento de la disposición, ambas

instituciones deberán remitir en un plazo de 8 meses contados desde la notificación de la sentencia, la constancia de dicho plan y de su aplicación.

- 7. Disponer** que el Consejo de la Judicatura, en el término máximo de 10 días desde su notificación, efectúe una amplia difusión del contenido de la presente sentencia mediante oficio dirigido a las juezas y jueces, defensores y defensoras públicas, a través de su correo institucional y a los miembros del Foro de Abogados. El Consejo de la Judicatura deberá justificar documentadamente el cumplimiento integral de la presente medida ante esta Corte dentro de los 5 días posteriores de haber finalizado el término concedido para tal efecto.
- 8. Disponer** que, durante los 12 meses siguientes a la notificación de esta sentencia, el Consejo de la Judicatura efectúe una publicación del contenido de la sentencia en su sitio web institucional, a través del banner principal de dicho portal. Para justificar el cumplimiento de la disposición, el Consejo de la Judicatura deberá remitir en un término de 10 días contados desde la notificación de la sentencia, la constancia de la publicación en el sitio web institucional.
- 9. Notifíquese y cúmplase.**

Dr. Hernán Salgado Pesantes
PRESIDENTE

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con seis votos a favor de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría (voto concurrente), Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado y Hernán Salgado Pesantes; y, dos votos salvados de las Juezas Constitucionales Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez, en sesión ordinaria de miércoles 24 de noviembre de 2021; la Jueza Constitucional Daniela Salazar Marín no consigna su voto en virtud de la excusa presentada en la causa, la misma que fue aprobada en sesión de 07 de abril de 2021.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA No. 28-15-IN/21

VOTO CONCURRENTENTE

Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría

1. Conuerdo con la decisión y con los argumentos que sustentan la sentencia, a base de un proyecto elaborado por el juez Enrique Herrería Bonnet. Me permito expresar las razones que me llevaron a apoyar esta sentencia.
2. La norma impugnada establece, en síntesis, que, a falta de acuerdo sobre la tenencia de los hijos o hijas, “*se preferirá a la madre.*” La sentencia declaró la inconstitucionalidad de estas palabras en las normas que establecen esta preferencia materna.
3. La sentencia motivó varias discusiones en el seno de la Corte. Tengo que reconocer que he tenido muchas dudas respecto a la constitucionalidad de la norma impugnada. También tengo que reconocer mis limitaciones, tales como las de ser hombre, de clase media, de gozar de múltiples privilegios en una sociedad patriarcal, y la de hablar, sin tener autoridad por esas mismas razones, de los feminismos. Tomar la decisión implicó reflexionar sobre los posibles efectos de la sentencia, tanto positivos como negativos.
4. Este voto razonado lo explicaré en varios acápites: i) la discusión sobre los argumentos a favor de la preferencia materna; ii) la discriminación contra la mujer y el derecho transformador; iii) las razones esencialistas que determinan el rol de cuidado en la mujer; iv) los riesgos y los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad; v) el rol de cuidado no es dado, se aprende; vi) el interés superior del niño y el derecho a ser escuchado

i) La discusión sobre los argumentos a favor de la preferencia materna

5. En una primera discusión en Pleno me opuse a la declaratoria de inconstitucionalidad. Las razones fueron varias. En primer lugar, consideraba que había que tomar en cuenta la realidad en la que viven muchos hogares, en los que la gran mayoría de hijos e hijas viven bajo el cuidado de una mujer. Pensaba que esta realidad debía de ser tomada en cuenta y que debía incidir en los razonamientos de la Corte. Si la realidad mostraba que las mujeres son quienes mayoritariamente ejercen rol de cuidado, entonces la norma debía adecuarse a esa realidad.
6. En segundo lugar, otro hecho de la realidad que debía considerarse era que muchas mujeres sufren violencia doméstica. El quitar la preferencia materna podría ser una razón adicional para aumentar la vulnerabilidad de las mujeres frente al poder de su pareja masculina.

7. Además, consideraba que la eliminación de la norma de preferencia, promovía el litigio y, en este escenario, la mujer tenía más que perder, en particular quienes tienen escasos recursos para sobrevivir.
8. Finalmente, se ha argüido que la preferencia materna, dada la histórica y ancestral discriminación contra la mujer en muchos ámbitos de la vida, se podría considerar como una medida de acción afirmativa a favor de las mujeres.
9. Todos esos argumentos son discutibles. El hecho de que la gran mayoría de madres tienen actualmente la tenencia, no significa que sea una realidad que haya que mantenerla. Lo ideal no es que sigan las madres ejerciendo casi exclusivamente el cuidado de hijos e hijas, sino que padre y madre compartan ese cuidado.
10. En cuanto a la violencia doméstica, y trasladar el espacio de la violencia al ámbito jurisdiccional, el Estado tiene la obligación de garantizar “*una vida libre de violencia en el ámbito público y privado.*”¹ La presencia de un juez o jueza, tercero imparcial y que debería estar debidamente capacitado, podría ser una oportunidad para promover la protección de la madre y de sus hijos e hijas. Además, en el caso concreto, de presentarse signos de violencia o utilización de los hijos e hijas para hacer daño a la madre (violencia vicaria), se confirmaría los supuestos para que la madre tenga la tenencia y para que el padre tenga visitas restringidas y condicionadas. De hecho, la sentencia desarrolla unas directrices en las que toma en cuenta la amenaza o existencia de violencia.²
11. Con respecto al litigio como espacio que favorece al hombre, se pueden establecer medidas para que instituciones, como la Defensoría Pública, brinden atención especializada y preferente a las madres, sin que éstas tengan que incurrir en gastos adicionales, como lo señala la sentencia.³
12. Además, con relación al litigio, con la norma de preferencia materna, no me puedo imaginar lo que debe significar demostrar en un juicio que un hombre puede ejercer la tenencia. La carga de la prueba para que el hombre pueda exigir la tenencia lleva a situaciones patéticas. Había que demostrar que la madre no ejercía su rol y que era, en palabras de la Asamblea, “desnaturalizada”. Esto es que no ejerce el rol de cuidado y que, por poco, era una persona drogadicta, que ejercía la prostitución, que era alcohólica o cualquier otro atributo que, en una sociedad patriarcal, no es propio de una madre. Ahora, con la declaratoria de inconstitucionalidad de la preferencia materna, se espera que la carga de la prueba gire alrededor de los aspectos positivos del padre y de la madre, y no de lo peor de cada ser humano.
13. Finalmente, tenemos al argumento de que se trata de una acción afirmativa. Raro argumento. La acción afirmativa está diseñada para cambiar situaciones que impiden

¹ Constitución, artículo 66 (3) (b).

² Corte Constitucional, sentencia No 28-15-IN/21, párrafo 249 iii.

³ Corte Constitucional, sentencia No 28-15-IN/21, párrafo 251.

el acceso al ejercicio de un derecho por parte de personas que nunca o difícilmente lo han ejercido. Por ejemplo, las personas indígenas, afrodescendientes o con discapacidad nunca o excepcionalmente han accedido a la universidad o a ciertos cargos públicos. Para garantizar su presencia, como acción afirmativa, se establece un cupo o cuota. Esta cuota obliga a la institución a garantizar el acceso de personas que históricamente no han podido estudiar en la universidad. En el caso de la preferencia materna, en cambio, históricamente, casi siempre, mayoritariamente, han ejercido el rol de cuidado y la tenencia. En la lógica de la acción afirmativa, quienes deberían tener una especie de cupo o cuota para cuidar deberían ser los hombres. No cuadra el argumento de que, por que son discriminadas en muchos ámbitos las mujeres, se les otorgue como acción afirmativa más de lo mismo.

ii) La discriminación contra la mujer y el derecho transformador

14. Uno de los fundamentos de cualquier movimiento feminista es el combate a la discriminación. La discriminación contra la mujer se ha presentado en varios ámbitos y de distintas maneras: las mujeres ejercen menos cargos de representación política que los hombres; las mujeres ganan menos, en trabajos iguales, que las mujeres; las mujeres sufren más violencia doméstica que los hombres; las mujeres sufren con más intensidad las crisis económicas que los hombres; las mujeres ejercen más el rol de cuidado que los hombres.
15. Si una de las manifestaciones discriminatorias es que las mujeres ejercen más el rol de cuidado que los hombres, y esto significa que tienen menos posibilidades de ejercer roles significativos para sus vidas en el ámbito público, entonces hay que alterar esta realidad. Cómo alterar esa realidad es cuando se presentan divergencias entre las varias perspectivas feministas que existen.
16. La Corte Constitucional ha dado pasos en la dirección de alterar los roles tradicionales de género. En una sentencia en la que se desarrolló el derecho al cuidado, constató con cifras la discriminación que sufre la mujer;⁴ determinó *“que la brecha de género constituye un síntoma de una profunda y estructural sociedad patriarcal y de la discriminación sexual imperante. Los estereotipos de mujer cuidadora y hombre proveedor siguen existiendo”*⁵; dispuso que *“el Estado, mediante todos los medios que sean posibles y necesarios, debe universalizar el ejercicio del derecho y de la obligación de cuidar para que lo ejerzan, en igualdad de condiciones, tanto los hombres como las mujeres”*⁶; y, en concreto ordenó, como una medida para equilibrar las responsabilidades de cuidado frente a los hijos e hijas, que se fortalezca la licencia de paternidad *“para que los padres que trabajan compartan las responsabilidades de cuidado con las mujeres.”*⁷

⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. 3-19-JP y otros, párrafos 46 al 53.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia No. 3-19-JP y otros, párrafo 52.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia No. 3-19-JP y otros, párrafo 131.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia No. 3-19-JP y otros, párrafo 139.

17. Una de las razones más importantes que hicieron que me decante por apoyar la sentencia es una idea que la he promovido en varios textos que he publicado⁸: transformar la realidad que es inequitativa, que oprime, que discrimina o que subordina, incluso si aquello implica tomar decisiones controversiales o poco populares.
18. Las preguntas, para decantarme, eran si la norma de preferencia materna promueve un determinismo en cuanto al rol de la mujer como madre; y si la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que establece la preferencia materna promueve una transformación para mejor.

iii) Las razones esencialistas que determinan el rol de cuidado en la mujer

19. La Asamblea Nacional argumenta que *“por naturaleza, estarán con la madre ya que el padre no concibe, el padre no fecunda, el padre no es responsable de la gestación, el padre no alimenta –mientras es feto–, el padre no pare, el padre no amamanta, ese vínculo que genera la naturaleza porque así se ha preservado la especie... fuerte muy por encima del vínculo que puede existir con el padre por más excelentes padres que existan. A no ser que el ejemplo sea con una madre desnaturalizada, que hasta allá no llega la ley.”*
20. Cuando uno lee argumentos como los esgrimidos por la Asamblea Nacional y por sectores que se opusieron a la inconstitucionalidad de la norma, las alertas deben encenderse a favor de un cambio urgente y necesario.
21. El argumento de la Asamblea Nacional es esencialista. La madre es buena y hay que preferirla porque la naturaleza así lo ha dispuesto. El problema que tiene un argumento esencialista es que la realidad no se puede modificar. La madre está destinada al cuidado y no hay fuerza humana que cambie esta determinación. Si la madre es mala, es desnaturalizada.
22. ¡Qué carga tan grande en los hombros solo de las mujeres y qué responsabilidad exclusiva cuando se supone que no cumplen con su rol! No es justo.
23. A diferencia de quienes creen que las mujeres tienen atributos naturales que le hacen más apta para cuidar que los hombres, considero que, al contrario, se trata de una construcción social.
24. Esa construcción social se llama *“patriarcalismo.”* El patriarcado construye binarismos o dualismos jerarquizados y opuestos. Lo masculino tiene una consideración positiva y superior, y lo femenino está subordinado y desvalorado. El problema del patriarcado no es la existencia de hombres y mujeres, ni tampoco la

⁸ *La utopía del oprimido: la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura* (Madrid: Akal, 2019); *El neoconstitucionalismo andino* (Quito: Huaponi, 2016); *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos* (Quito: UASB, 2013); *Neoconstitucionalismo transformador* (Quito: Abya Yala, 2011).

existencia de roles sociales, como el cuidado o la producción, sino los valores que se atribuyen a lo masculino y femenino, y la determinación de roles a los diversos géneros.

25. El patriarcalismo crea estereotipos que impiden el libre desarrollo de la personalidad, como que el hombre es más fuerte y racional, la mujer más débil y emocional, el hombre ejerce mejor la vida productiva, la mujer ejerce mejor el rol de cuidado.
26. En la adjudicación de roles y valores sociales a lo masculino y femenino, existen múltiples factores. A estos factores Alda Facio los denominó componentes y los dividió en tres: político cultural, estructural y formal normativo. Estos componentes *“están dialécticamente relacionados entre sí de tal manera que constantemente uno es influido, limitado y/o definido por el otro al tiempo que influye, limita y/o define al otro...”*⁹
27. La materia prima del derecho —componente formal normativo— es el lenguaje. El lenguaje crea realidades o invisibiliza la existencia. Lo que no tiene palabra, en el mundo del conocimiento, simplemente no existe. Lo que tiene palabra, en cambio, existe y emerge. El lenguaje crea realidad. Entonces la realidad se expande o se constriñe en función de las palabras y del saber. A más palabras, mayor saber. Por eso, según se afirma Einstein lo dijo, *“todo aquello que el hombre ignora, no existe para él. Por eso el universo de cada uno se resume al tamaño de su saber.”*
28. Las normas jurídicas han determinado roles en la sociedad y han reafirmado realidades. Señalo tres ejemplos. La consideración del “hombre” como concepto universal, que incluye a las mujeres y a toda existencia humana no masculina¹⁰; el permiso laboral de maternidad que privilegia el cuidado en los primeros meses de vida a la mujer;¹¹ la preferencia materna en la tenencia cuando no hay acuerdo entre la pareja, como en este caso.
29. Estas normas establecen realidades que urgen cambiar porque, al crear un efecto simbólico que afecta a las estructuras sociales, a la política y la cultura, termina

⁹ Alda Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en Ramiro Avila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, *El género en el derecho. Ensayos críticos* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), página 192.

¹⁰ Código Civil, artículo 20: *“Las palabras hombre, persona, niño, adulto, adolescente, anciano y otras semejantes, que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán comprender a ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que, por la naturaleza de la disposición o el contexto, se limiten manifiestamente a uno solo. Por el contrario, las palabras mujer, niña, viuda y otras semejantes, que designan el sexo femenino, no se aplicarán al otro sexo, a menos que la ley las extienda a él expresamente.”* Otro ejemplo la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”. En contra de la posibilidad de que la declaración invisibilice y excluya a las mujeres Olympe de Gouges publicó la “Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana”.

¹¹ De acuerdo al artículo 152 del Código de Trabajo las mujeres trabajadoras tienen derecho a una licencia con remuneración de doce semanas por el nacimiento de su hija o hijo; el padre tiene derecho a licencia con remuneración por diez días por el nacimiento de su hija o hijo si es por parto normal, y cinco días más si es cesárea o en caso de nacimientos múltiples.

fortaleciendo una visión esencialista del rol de la mujer y de lo femenino que atenta contra su derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación.

30. La noción de hombre como universal invisibiliza las diversidades y considera que la mujer es una excepción a la regla, es accesorio, y que debe subsumirse a lo que se considera “hombre”; el permiso de maternidad que privilegia el cuidado a la madre fortalece el rol de cuidadora de la mujer en desmedro del hombre quien tiene más limitaciones y quizá más justificaciones para no transitar al mundo del cuidado; la preferencia materna, de igual modo, fortalece la idea de que la mujer tiene atributos naturales para el cuidado por sobre el hombre.
31. La apuesta de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma es que la realidad cambie para mejorar la vida tanto para los hijos e hijas, padres y madres.
32. El hecho de que, en pleno siglo XXI, la mujer siga ejerciendo un rol abrumador de cuidado comparado con el hombre –92% según aparece en la sentencia¹²- podría significar que el efecto simbólico de la norma que establece la preferencia materna es el fortalecimiento de la realidad patriarcal y el mantenimiento del estado actual de las cosas.
33. Cambiar uno de los componentes, en este caso el formal normativo, es una apuesta necesaria, aunque no suficiente, para cambiar el símbolo y su significado: la madre no es naturalmente mejor cuidadora y el hombre podría ejercer el rol de cuidado.

iv) **Los riesgos y los efectos deseados de la declaratoria de inconstitucionalidad**

34. ¿Existen riesgos en la eliminación de la preferencia materna? Sin duda, como lo han advertido algunos *amici curiae*. Es posible que se utilice el cuidado como una forma para presionar a la madre para que acepte una pensión menor de alimentos; que el ámbito de la violencia se traslade a la batalla judicial como un nuevo espacio de disputa de la pareja; que la mujer tenga que asumir nuevos costos y asimétricos en su vida. Puede suceder, no niego. Pero también, si no hay cambios formales, existe el riesgo de fortalecer una especie de dualismo contencioso entre hombres y mujeres, y que se sigan perpetuando el rol de cuidadora de la mujer y de proveedor del hombre. O en otras palabras, la imposibilidad de la mujer de transitar hacia el ámbito público, y la incapacidad del hombre de asumir responsabilidades el mundo privado del cuidado.
35. Si los efectos, en términos sociales, acaban siendo perjudiciales para las mujeres, entonces podrían ser argumentos válidos para volver a revisar la norma. Mientras tanto, instituciones como el Consejo de Igualdad, la Defensoría del Pueblo, la Defensa Pública, deben estar alertas para prevenir y afrontar estas consecuencias indeseables.

¹² Corte Constitucional, sentencia No 28-15-IN/21, párrafos 171 y 196.

36. El temor o la amenaza de no estar cerca y cotidianamente con los hijos e hijas, cuando ambos, padre y madre, han ejercido el rol de cuidado, es doloroso. Cuando solo lo ha ejercido la madre en la vida cotidiana, de acuerdo con las directrices expuestas en la sentencia, sin duda tendrán como resultado el otorgamiento de la tenencia.¹³
37. Si la declaratoria de inconstitucionalidad de la preferencia materna tiene como efecto que más hombres ejerzan rol de cuidado y más mujeres tengan autonomía en la esfera pública, entonces tendrá mucho sentido transformador esta sentencia.
38. El mensaje es potente y esperanzador. Podría tener enormes ventajas tanto para mujeres como para hombres.
39. Desde el lado de las mujeres, si los hombres ejercemos más el rol de cuidado, tendrían más autonomía en la esfera pública o en el ejercicio de roles diferentes al cuidado; además que no tendrían esa terrible doble jornada laboral de tener que trabajar para subsistir y trabajar para cuidar.
40. Desde el lado de los hombres, y esta es una deuda enorme que tenemos los hombres, ejerceríamos más el rol de cuidado y disfrutaríamos de los efectos de la construcción de vínculos afectivos; al mismo tiempo que sabríamos lo difícil y sacrificado que es cuidar, y de este modo valoraríamos más esta esfera social que ha sido tan importante en la preservación de la vida cotidiana, y que ha sido históricamente marginada y subvalorada.
41. La norma impugnada, insisto por los datos que arroja la realidad, fortalece el patriarcado y la división de roles. La declaratoria de inconstitucionalidad podría tener el efecto contrario. Conservar la norma significa mantener el *statu quo*; declararla inconstitucional ofrece la posibilidad de transformación.
42. La sola posibilidad de padres que manifiestan su intención de cuidar, me parece que podría significar una renovada y diferente masculinidad.

v) **El rol de cuidado no es dado, se aprende**

43. El rol de cuidado se aprende. No viene dado. Hombres y mujeres pueden hacerlo de forma adecuada y promoviendo los derechos de los niños y niñas. No por el hecho de que la mujer ha cargado históricamente el peso del cuidado, significa que tienen dones especiales. Así como tampoco por el hecho de históricamente no haber ejercido roles de cuidado, significa que los hombres no pueden aprender a hacerlo. También cabe la posibilidad de que muchas madres posiblemente están ejerciendo el rol de cuidado sin que sea su voluntad y por tanto sin realizarse como persona.

¹³ Corte Constitucional, sentencia No 28-15-IN/21, párrafo 249 v.

44. Una película que como fiel reflejo de la realidad puede mostrar y ejemplificar la posibilidad de aprender el rol de cuidador por parte de hombres y también lo agobiante que puede ser ejercer el rol tradicional de madre es *Kramer vs. Kramer*, dirigida por Robert Benton (1979). La trama refleja el drama de la separación de Joanna (Meryl Streep) y Ted (Dustin Hoffman). Después de cinco años de matrimonio, Joanna siente y expresa que *“nos fuimos aislando nos fuimos alejando. Estaba muy inmerso en su trabajo. Y su actitud hacia mis temores y su incapacidad para afrontar mis emociones casi anularon mi autoestima... Toda mi vida me he sentido esposa, madre o hija de alguien. Ni cuando estábamos juntos sabía quién era.”* Ted, en cambio, es ajeno al hogar porque se pasa trabajando todo el día. Es decir, la historia de una mujer sola ejerciendo irremediablemente su rol de madre y de un macho proveedor. Joanna un día decide abandonar el hogar y dejar a Ted el cuidado de su hijo, Billy. Ella dice: *“No me lo llevo. No soy buena para él. Soy mala con él. No tengo paciencia. Está mejor sin mí.”* De pronto, Ted comienza a darse cuenta lo difícil que es ejercer el cuidado: cocinar, lavar, pagar cuentas, atender necesidades del hijo, dejar en la escuela, salir del trabajo cuando su hijo tiene un accidente en la escuela, jugar, leer cuentos, hablar, atender al enfermo, tener paciencia. Al principio es duro y en una ocasión Billy dice que le odia y que quiere estar con su madre. Ted ya no puede trabajar el 110% de su tiempo, 7 días, las 24 horas del día. Aprende a ejercer el rol de cuidado y deja de tener autonomía en su vida pública. Joanna, 15 meses después, vuelve para llevarse a su hijo. Hasta tanto él ya sabe cuidar y su hijo desarrolló vínculos con el padre. Siguieron juicio. Ted, en una de sus intervenciones en el juicio, reflexiona: *“¿Quién dice que la mujer es mejor madre sólo por ser mujer? He reflexionado sobre qué es un buen padre. Se trata de constancia, de paciencia, de escuchar o fingir que escuchas si no puedes. Se trata de amor... ¿Quién dice que la mujer tiene la exclusiva y que el hombre tiene menos emociones? Conmigo Billy tiene un hogar. No es perfecto. No soy perfecto. A veces no tengo paciencia y olvido que es un niño pequeño. Pero ahí estoy... Hemos construido una vida juntos y nos queremos.”* El juez resolvió dar la tenencia a la madre. Al final, llega la madre al departamento donde vivía el padre y su hijo y dice: *“Ya está en su casa. Le quiero mucho. No me lo llevaré conmigo.”*
45. Mujer abnegada, sacrificada, condenada al hogar, determinada por su papel tradicional, víctima del patriarcado, que siempre es mejor para ejercer su rol de cuidado y tiene siempre la razón en la crianza de los hijos e hijas, como parece sugerir la preferencia materna; o mujer autónoma, que ejerce poder, que no deja de lado las posibilidades, que emprende roles nuevos, que puede compartir el cuidado, que, como lo ha hecho desde que el feminismo irrumpió en la sociedad, puede ejercer retos en la esfera pública, como parece podría suceder si se declara la inconstitucionalidad de la preferencia materna.
46. Hombre relegado del cuidado, con autonomía total en el manejo de su tiempo, dedicado exclusivamente a la esfera pública y social, abandonador del hogar, sin la experiencia rutinaria y profunda que se construye en el ejercicio cotidiano del cuidado, como parece sugerir la norma de preferencia materna; o un hombre que entra a la esfera del cuidado, que puede compartirlo, al igual que, gracias al

movimiento feminista, ha compartido la vida productiva con mujeres, como podría suceder con la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma. Ambas son escenarios que se construyen socialmente. Tal vez el derecho no puede por sí solo cambiar estas realidades sociales, pero puede ayudar a su transformación.

47. Elisabeth Badinter sostiene que, en las primeras olas de la reivindicación feminista, la imagen de mujer era la que podían ejercer poder: votar, trabajar, decidir tener hijos, divorciarse por su voluntad, renegar de ser madre, ser autónoma (feminismo del empoderamiento): el un sexo **con** el otro. En la última ola, que la estamos viviendo por el uso excesivo del derecho penal, en cambio, la imagen es la de ser víctima del abuso y del acoso, de merecer protección y compasión, de volver a ser cuidada por el hombre o el sistema patriarcal (feminismo victimista): el un sexo **contra** el otro.¹⁴ En el primero se lucha contra el estereotipo, en el segundo se fortalece el estereotipo. La inconstitucionalidad de la preferencia materna permite romper el estereotipo y empoderar a la mujer para el ejercicio de otros roles.
48. El hecho de que la sociedad patriarcal siga siendo una de las características fundamentales que explica la inequidad social, y que las mujeres en su mayoría ejerzan el rol de cuidado, significa que hombres y mujeres no estamos haciendo lo suficiente por combatirla y superarla.
49. Ojalá, en un plano de igualdad, las parejas que se separan opten por la coparentabilidad, de tal forma que el ejercicio del cuidado de hijos e hijas sea absolutamente compartido, de tal forma que los hijos e hijas tengan la posibilidad de tener, en igualdad de condiciones, un padre y una madre en semejante proporción de tiempos y cuidados.
50. Ojalá, si no llegan a un acuerdo, juezas y jueces dispongan, como primera opción, la coparentalidad; y subsidiariamente la preferencia a la madre o al padre.
51. El hombre en la esfera privada compartiendo roles que tradicionalmente se le otorgó a la mujer, sería un gran golpe al patriarcado y una conquista en la lucha contra la discriminación y la determinación de roles por el género.
52. La Corte, con esta declaratoria de inconstitucionalidad, apuesta a promover que hombres y mujeres puedan tomar decisiones sin las limitaciones que impone el estereotipo de madre, el rol de cuidado fijado en la mujer y el prejuicio de que el hombre no sabe ni debe cuidar; y espera que se pueda alterar y transformar el rol femenino y masculino tradicional.

vi) **El interés superior del niño y el derecho a ser escuchado**

¹⁴ Elisabeth Badinter, *Hombres/mujeres. Cómo salir del camino equivocado* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003), páginas 12-15.

53. La sentencia, por otro lado, desarrolla dos argumentos que considero muy importantes. El uno es el del interés superior del niño y el otro el derecho a ser escuchado.
54. El problema de las disputas de la tenencia no es cuestión de determinar quién tiene derechos sobre los hijos o hijas, sino de determinar quién puede ejercer de mejor manera el rol de cuidado, en aras de promover el interés superior del niño o niña.
55. Quien tiene el derecho a ser cuidado por padre y madre son los hijos e hijas. Creer que la perspectiva para resolver el asunto es una cuestión de atributos de madre o padre, según la sentencia, es una perspectiva adultocéntrica.¹⁵ La perspectiva para resolver el conflicto no es partir de los discursos o visiones de los adultos o adultas, sino desde los derechos de los niños y niñas.
56. El argumento de ser escuchado en todos los asuntos que le conciernan al niño o niña no es menor. Si la ley otorga preferencia a uno de los progenitores, se anula el derecho a ser escuchado. Es decir, el Estado ha tutelado de forma automática y sin considerar los hechos en las causas, a favor de una persona, prescindiendo del derecho a ser escuchado.
57. Un comentario final. Siempre he creído que el problema de la separación de padres y madres, que terminan afectando emocionalmente a los hijos e hijas, se debe a una mala o deficiente comunicación. No es fácil comunicarse de forma adecuada en una sociedad que promueve el aislamiento (por las redes sociales que absorben la poca atención que tenemos, entre muchas otras razones) y el individualismo. Mucho menos cuando una pareja ha decidido separarse. Normalmente una pareja que se comunica bien tiende a no separarse o, cuando lo hace, tiene mejores acuerdos que otras que no se comunican. Podrán existir buenas y justas sentencias, pero si los padres y madres no se comunican, “*los platos rotos*” los pagan los hijos e hijas. Naturalmente no existen buenos o malos padres y madres. Lo que existe es buenas o malas separaciones, vulneraciones a los derechos de los niños y niñas y conflictos que no terminan con un buen juicio de tenencia.

Conclusión

58. En suma, voté a favor de la inconstitucionalidad porque considero que más posibilidades de transformar la realidad, en la que casi la exclusividad del cuidado está a cargo de las madres, se presentan cambiando la norma impugnada que manteniéndola.
59. El reto es tanto de hombres como de mujeres. El patriarcado no es un asunto solo de las mujeres o del feminismo. Una sociedad igualitaria y sin discriminación es un asunto de todos y todas. El patriarcado es un problema estructural y transversal a

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia No 28-15-IN/21, párrafo 205.

afrontar y vencer. El patriarcado determina la forma en que viven y mueren hombres y mujeres. Todos y todas perdemos con el patriarcado.

- 60.** La apuesta es para que los hombres cada vez más ejerzamos el rol de cuidado y las mujeres tengan más autonomía en sus vidas.

Ramiro Avila Santamaría
JUEZ CONSTITUCIONAL

Razón.- Siento por tal que el voto concurrente del Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría, en la causa 28-15-IN, fue presentado en Secretaría General el 24 de noviembre de 2021, mediante correo electrónico a las 22:37 y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA No. 28-15-IN/21

VOTO SALVADO

Juezas Constitucionales Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez

I. Antecedentes

1. El 1 de abril de 2015, Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia (“accionantes”) presentaron una acción de inconstitucionalidad en contra de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia de 3 de enero de 2003, expedido por el Congreso Nacional. La causa fue signada con el No. 28-15-IN.

2. Una vez posesionados los actuales integrantes de la Corte Constitucional el 5 de febrero de 2019 y en vista que se encontraba pendiente de resolución, se llevó a cabo un sorteo de la causa, el 30 de julio de 2019, correspondiendo la sustanciación de esta al juez constitucional Enrique Herrería Bonnet. Habiendo avocado conocimiento de esta el 21 de julio de 2021, el juez ponente elevó al pleno del Organismo el proyecto de sentencia.

3. El 24 de noviembre de 2021, en el Pleno de la Corte Constitucional, la mayoría de las juezas y jueces constitucionales aprobaron la ponencia dictándose la sentencia No. 28-15-IN/21, en la que se aceptó la acción pública de inconstitucionalidad y se declaró la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia: (i) “*la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre*” y (ii) “*se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija*”.

4. Por disentir de sus fundamentos, las Juezas Constitucionales Teresa Nuques Martínez y Carmen Corral Ponce emiten el presente voto salvado dentro del término establecido en el artículo 92 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”).

II. Consideraciones previas

5. Previo a emitir el presente voto salvado debe de tomarse, como consideración fundamental, el contexto actual en el que se encuentra la mujer ecuatoriana, en torno a los distintos contextos de violencia. De acuerdo al Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), a través la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género de noviembre del 2019, se observa que 32 de cada 100 mujeres han experimentado algún hecho de violencia en su contra. Que las niñas y las mujeres son objeto de distintos tipos de violencia a lo largo de su vida y en distintos ámbitos, entre

esos asociados con la posición que ocupan las mujeres en la matriz de dominación¹. En ese sentido, la citada encuesta muestra que a lo largo de su vida 64,9% de mujeres ecuatorianas han experimentado algún tipo de violencia a lo largo de su vida; 56,9% han experimentado violencia psicológica; 35,4% violencia física; 32,7% violencia sexual y 16,4% violencia patrimonial o económica.

6. Desde los distintos ámbitos, 42,8 % de mujeres han experimentado algún tipo de violencia en el ámbito de pareja y 32,6% en el ámbito social. Por otro lado, respecto del ámbito laboral, 1 de cada 5 mujeres que trabajan, alguna vez experimentaron cierto tipo de violencia en sus trabajos, ya sea psicológica o sexual. En el ámbito social 24 de cada 100 mujeres han sufrido violencia sexual a lo largo de su vida. Ante ello, el INEC recalca que es fundamental señalar que la ocurrencia de estos hechos permanecerá inmóvil mientras los supuestos culturales sigan reproduciendo relaciones desiguales.

7. Por otro lado, en el ámbito familiar INEC reporta que los índices de violencia aparecen en menor medida debido a la falta de denuncia por parte de las mujeres que sufren este tipo de hechos en sus ambientes familiares, y que posiblemente dicho entorno familiar sea el que las obliga a no realizar denuncias de los distintos tipos de violencia. Adicionalmente, el INEC destaca que al adentrarse en las desagregaciones socio demográficas y geográficas de este indicador se puede recalcar que *“las mujeres que más han sufrido algún tipo de violencia en el ámbito familiar a lo largo de su vida son aquellas que se encuentran separadas, divorciadas o viudas”*², al respecto, de la mentada encuesta se observa que la mayor prevalencia de violencia a lo largo de la vida, se hace presente en las mujeres separadas, divorciadas o viudas, con un 76,8% y también en aquellas que no cuentan con algún nivel educativo o asistieron a un centro de alfabetización en un 58,8%.

8. En ese sentido, se reportó que, las prevalencias más altas, se evidenciaron en las relaciones de pareja, y se enfatizó en que, el origen de la violencia en contra de mujeres parte de las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres, en este caso respecto de su pareja.

9. Se evidencia que, pese a que las cifras presentadas de violencia contra la mujer, en los distintos ámbitos, son extremadamente alarmantes, aquello muestra la dura realidad de la mujer ecuatoriana haciendo visible una deuda social que debe ser atendida de forma especial y concreta por parte del Estado, de forma que se arribe a la toma de decisiones y medidas que se ajusten a la atención de dicha realidad.

10. Tomando en consideración lo expuesto, exponemos las razones de nuestra disidencia, en los siguientes términos:

¹ Frías, S. M. (2014). Ámbitos y formas de violencia contra mujeres y niñas: Evidencias a partir de las encuestas. *Acta Sociológica*, 65, 11–36.

² *Ibidem*

III. La disidencia: Análisis constitucional

a) Falta de argumentación de conexidad

11. Teniendo en cuenta el resumen de los antecedentes procesales expuestos en la sentencia de mayoría, en adelante “*la sentencia o voto de mayoría*”; y, en función de los argumentos vertidos en la demanda de acción pública de inconstitucionalidad, se observa que las normas cuya inconstitucionalidad se impugna, son las contenidas en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (“CONA”), que prescriben:

“Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (actual 307) del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

[...] 2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija; [...].

4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija; [...].³”

12. Teniendo en cuenta dicho articulado, en la demanda de inconstitucionalidad se pretende que se declare la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA, sosteniendo que en dichas normas se dispone una preferencia arbitraria hacia la madre respecto del cuidado de los hijos, por considerar que “*aquella preferencia que realiza la ley respecto de la mujer se funda en una idea estereotipada de que esta es la más idónea para el cuidado de los hijos*”. En tal sentido, se señala que “*esta norma, (...) es injustificada, hace una distinción entre padre y madre (hombre y mujer) basándose en el sexo para la atribución de la patria potestad y tenencia.*”

13. Al respecto la jueza suscrita estima necesario precisar que, la norma cuya inconstitucionalidad se impugna es la contenida en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA, que como se lee en el párrafo 11 *ut supra*, se refiere expresamente a la institución de la patria potestad, mas no a la tenencia. Por otro lado, la regulación especial de la tenencia se encuentra contemplada en el artículo 118 del CONA, que prescribe lo siguiente:

“Art. 118.- Procedencia.- 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. También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o

³ Código de la Niñez y la Adolescencia. Registro Oficial N°. 737 de 3 de enero de 2003, artículo 106.

más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior.”

14. Ahora bien, pese a que la demanda de inconstitucionalidad gira entorno a un contenido normativo que regula la institución de la patria potestad, el desarrollo presentado en la sentencia de mayoría se refiere de forma expresa a las reglas de la tenencia que si bien hacen referencia de forma subsidiaria al artículo cuya constitucionalidad se impugna, en realidad se encuentran expresamente reguladas en otro articulado que no ha sido objeto de análisis y que los accionantes no han impugnado, esto es, el artículo 118 del CONA.

15. Aquella distinción no es superflua, pues de acuerdo al numeral 9 del artículo 76 de la LOGJCC⁴, si bien se pueden analizar normas conexas en atención a una presunción de unidad normativa, aquel análisis debe de responder una actividad argumentativa que permita evidenciar la incidencia de un contenido normativo concreto sobre otra norma. En el caso bajo análisis cobra especial relevancia el desempeño de dicha actividad argumentativa, pues la decisión del voto de mayoría se adoptó sin tomar en consideración el contenido normativo que regula expresamente la institución de la tenencia, en el artículo 118 del CONA. Aquello conllevó a la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA y a la fijación de reglas que regulan de forma directa la tenencia⁵, inobservando la regulación del legislador contenida en el artículo 118 del CONA.

16. En atención a lo manifestado, se evidencia que en el voto de mayoría se inobserva la regla contenida en el numeral 9 del artículo 76 de la LOGJCC, pues al resolver el caso no se explicitó la relación entre los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA (sobre la patria potestad) y el artículo 118 del mismo cuerpo normativo (sobre la tenencia). De ese modo, el voto de mayoría desconoce la necesidad de brindar un hilo argumentativo que permita evidenciar la conexión estrecha y esencial entre ambos contenidos normativos de forma armoniosa; y, al contrario, sin argumentación alguna sobre la configuración de unidad normativa entre dichas normas, bajo el análisis de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA -sobre la patria potestad-, concluyen con la modificación de las reglas de la tenencia, previstas en el artículo 118 del mismo cuerpo normativo.

⁴ LOGJCC: “Art. 76.- Principios y reglas generales. - El control abstracto de constitucionalidad se regirá por los principios generales del control constitucional previstos por la Constitución y las normas constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina. En particular, se regirá por los siguientes principios:

9. Configuración de la unidad normativa. - Se presume la existencia de unidad normativa en los siguientes casos:

a) Cuando la disposición acusada o su contenido se encuentran reproducidos en otros textos normativos no demandados;

b) Cuando no es posible producir un fallo sobre una disposición jurídica expresamente demandada, sin pronunciarse también sobre otra con la cual guarda una conexión estrecha y esencial; y,

c) Cuando la norma impugnada es consecuencia o causa directa de otras normas no impugnadas.”

⁵ Párrafo 249 del voto de mayoría. “249. Todas las directrices expuestas en la presente decisión tienen un fin en común: establecer parámetros para la evaluación del interés superior de NNA, y que éstos se utilicen para encargar la tenencia a la madre o al padre: (...)”. [énfasis agregado]

17. En atención a las consideraciones expuestas, la decisión de mayoría, al resolver sobre un contenido normativo que no fue expresamente impugnado -artículo 118 del CONA- ni fue abordado en su análisis a partir de la aplicación de los principios y reglas de interpretación contempladas en la LOGJCC para extender el alcance del control constitucional hasta dicha norma, ha generado un conflicto normativo, al establecer reglas respecto del encargo de la tenencia cuando aún forma parte del ordenamiento jurídico el artículo 118 del CONA que presenta las reglas sobre el encargo de la tenencia de los hijos.

b) Alcance del objeto de la sentencia No. 28-15-IN/21

18. De la lectura del texto normativo impugnado se puede observar que los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA establecen que “ (...) 2.- *A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija (...)*”; y “4.- *Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija (...)*”.
[énfasis agregado]

19. Por otro lado, la jueza suscrita observa que, a lo largo del desarrollo del voto de mayoría, se parte de una visión reduccionista de las reglas relativas al encargo de la patria potestad contenidas en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA y de la tenencia en los casos de separación y divorcio, enfocándose únicamente en la regla supletoria de preferencia materna de forma aislada sin contextualizar que, de la lectura integral del artículo 106 del CONA se prevé como regla general el acuerdo entre progenitores respecto al encargo de la patria potestad o la tenencia de los NNA. En razón de ello, el voto de mayoría, al desatender el contenido integral del artículo 106 del CONA, compromete el verdadero sentido y alcance de dicha norma.

20. En atención a lo expuesto, y a las reglas y principios de interpretación contenidas en el numeral 5 del artículo 3 de la LOGJCC⁶, no puede inobservarse el contexto normativo en el que la regla bajo análisis se encuentra insertada, pues, si bien la tenencia compartida no está expresamente contenida en el CONA, el numeral 1 del artículo 106 del cuerpo normativo referido señala que: “*Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija*”.

21. Del mismo modo, en el artículo 118 del CONA establece que “*cuando el Juez*

⁶ LOGJCC: “Art. 3.- *Métodos y reglas de interpretación constitucional. - Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. (...)*

5. *Interpretación sistemática. - Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía*”.

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. También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior”.

[énfasis agregado]

22. Las normas expuestas denotan de forma clara y expresa que para el encargo de la tenencia, como regla general o de primer nivel, debe de respetarse el acuerdo abordado por ambos progenitores, sin reconocer preferencia alguna hacia uno de ellos en particular. De ese modo se advierte que existe la posibilidad de arribar a fórmulas de acuerdo entre ambos progenitores conforme al artículo 106 en primer lugar y que esos acuerdos están sujetos a revisión judicial en atención al interés superior de los NNA. Así, contrario a lo afirmado por la sentencia de mayoría⁷, la regla de preferencia materna se aplica únicamente de forma subsidiaria. Por ello el análisis abordado en la sentencia objeto de este voto disidente, debió aplicarse al contenido integral de la norma del CONA sobre las reglas de la tenencia, mas no reducirse de forma injustificada al análisis de la regla supletoria de la preferencia materna.

c) **Inobservancia de factores de discriminación estructural**

23. De la lectura del acápite 6.2 de la sentencia objeto del presente voto disidente, se observa el análisis sobre si los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA son contrarios al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio del interés superior de los niños, niñas o adolescentes (NNA). Para ello, se hace referencia, entre otras cosas: (i) a las figuras de “categorías sospechosas” y “categorías protegidas” contenidas en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución⁸; y, (ii) a los distintos niveles de escrutinio para determinar la vulneración del derecho a la igualdad, refiriéndose a uno débil o bajo cuando se atenta contra la igualdad formal, uno medio, cuando se diferencia a partir de categorías protegidas y otro reforzado o estricto, cuando la distinción se observa en categorías sospechosas.

24. Luego de enunciar dichos conceptos, la sentencia ofrece resolver si las normas impugnadas contrarían el derecho a la igualdad y no discriminación y el principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, a través de la aplicación de un test que plantea un análisis compuesto para arribar al resultado de que la norma discrimina tanto a hombres, como a mujeres. Sobre ello es imperante realizar ciertas precisiones.

25. En primer lugar, la sentencia de mayoría no logra identificar adecuadamente el objeto constitucionalmente protegido por el artículo 106 del CONA, pues hacen referencia a una posible contradicción con el principio del interés superior del NNA, cuando aquello no esta en discusión pues siempre ha sido un principio rector en la

⁷ Párrafo 135 del voto de mayoría.

⁸ Párrafos 147 y siguientes del voto de mayoría.

aplicación de cualquiera de las reglas contenidas en el artículo 106 del CONA.⁹ En atención a ello, no se observa que la sentencia de mayoría aborde el derecho a la igualdad y no discriminación entre cónyuges o convivientes que podría ser el objetivo protegido de la norma bajo análisis.

26. Esta Corte, en reiteradas ocasiones, ha delimitado que deben analizarse tres elementos para verificar la configuración un trato discriminatorio: (i) *la comparabilidad*, es decir, tiene que existir dos sujetos de derechos, personas o grupos que están en igual o semejantes condiciones; (ii) la constatación sobre el trato diferenciado en *con base en una de las categorías* enunciadas ejemplificativamente en el numeral del artículo 11 CRE; y (iii) la *verificación del resultado* ocasionado por el trato diferenciado, y que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina. La diferencia justificada se presenta cuando se promueve derechos, y la diferencia discriminatoria cuando tiene como objeto o el menoscabo o la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos¹⁰.

27. Si bien la sentencia de mayoría, introduce que “*se procederá a realizar un examen de la norma impugnada con base en [esos] tres elementos*”¹¹ y que “*la regla de la norma impugnada reconoce que existe una distinción entre mujeres y hombres, específicamente para encargar o no la tenencia*” de la lectura del análisis presentado en dicho pronunciamiento, no se evidencia que se haya podido superar el primer elemento del test de igualdad, esto es *la comparabilidad*. En ese sentido, para la verificación del elemento de comparabilidad debe de cuestionarse los sujetos de la distinción, siendo estos la madre y el padre del NNA, y si estos se encuentran o no en igual o semejantes condiciones. En atención a aquello, tampoco se evidencia que el voto de mayoría haya podido superar las confusiones respecto a las distinciones entre las categorías sospechosas o protegidas sexo-mujer o madre y sexo-hombre o padre.

28. En cuanto a la igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges, el Comité DHONU, en la Observación General n.º 19, indicó que: “*Durante el matrimonio, los esposos deben tener iguales derechos y responsabilidades en la familia. Esta igualdad se aplica también a todas las cuestiones derivadas del vínculo matrimonial, como la elección de residencia, la gestión de los asuntos del hogar, la educación de los hijos y*

⁹ CONA: “Art. 11.- *El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.*

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.”

¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 7-14-IN/21. Párr. 65 y ss.; sentencia No. 11-18-CN/19; sentencia No. 50-10-IN/20 y acumulado

¹¹ Párrafo 155 del voto de mayoría.

la administración de los haberes. Esta igualdad es también aplicable a los arreglos relativos a la separación legal o la disolución del matrimonio”¹². En el mismo sentido, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece que hombres y mujeres tienen igual derecho para contraer matrimonio y elegir cónyuge, así como los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y en caso de disolución de este¹³. Con base en lo expuesto, se evidencia que, debido a que la norma impugnada reconoce la posibilidad de arribar a fórmulas de acuerdo entre ambos progenitores como regla general, la misma observa los principios de igualdad desarrollados por los organismos internacionales.

29. No obstante, en atención a los altos índices de violencia de distintos tipos y en distintos ámbitos contra la mujer ecuatoriana -que se evidencian en el acápite anterior- se observa que los mismos las colocan en una situación de desventaja y desprotección frente al hombre como el otro sujeto comparado, que incluso en la mayoría de los casos, de acuerdo al reporte del INEC, ejerce una relación de poder desproporcionada y es el causante de las situaciones de violencia contra la mujer.

30. Al respecto, este Organismo se ha referido a la “discriminación estructural” como aquella *“configuración sistemática que provoca la subordinación o explotación de cierto grupo de personas por parte de otro, con base en factores históricos, sociales o económicos”*¹⁴.

31. En tal sentido, se ha afirmado que la discriminación estructural se vale de factores ideológicos y políticos para materializar la subordinación o explotación que persigue. *“Para esto se vale de un discurso estandarizado de “deber ser”, mediante el cual se promueve la superioridad de un grupo específico de la sociedad, empleando categorías no justificadas (sospechosas) como la raza, la religión, el sexo o la nacionalidad del grupo que se reputa inferior. Ya a la vez, se emplea instancias públicas y factores reales de poder para materializar de iure o de facto dicha subordinación”*¹⁵.

32. Respecto de la regla supletoria *in examine*, existen fuertes indicios para considerar que los escenarios de violencia contra la mujer y su consecuente situación discriminatoria pueden migrar al contexto de un proceso judicial, en el cual se hará presente y evidente su situación de desventaja en calidad de madre frente al padre del NNA, ya que, en caso de no contar con un acuerdo con el otro progenitor -como regla de primer nivel-, no se encontraría en igualdad de condiciones, entre otras económicas, al momento de enfrentarse en la contienda judicial por la tenencia del NNA. Así por ejemplo, teniendo en consideración que de cada 100 horas de trabajo no remunerado,

¹² Comité DHONU. Observación General n.º 19., párr. 8.

¹³ CEDAW, artículo 16. Disposiciones similares están contenidas en los artículos 4, 5, y 6 de la Convención de Belém Do Pará.

¹⁴ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia No. 983-18-JP/21. Párr. 215

¹⁵ *Ibidem*.

77 son realizadas por mujeres¹⁶, aquello evidencia un alto índice de dependencia económica, así, si bien la madre podría contar con la asistencia legal gratuita de la defensoría pública para participar en contienda legal contra el padre del NNA¹⁷, en caso de no obtener la tenencia del NNA, la madre vería restringido su derecho a las visitas al no contar con un trabajo o educación que le permita generar ingresos, considerando que, en muchos casos, la causas de dicha situación económica se genera a partir de entornos de violencia, subordinación y anulación por el solo hecho de ser mujer.

33. Por otro lado, se encuentra también a la violencia vicaria de género cuya aproximación ha sido abordada por la Corte IDH, estableciendo que: “...*la violencia de género, incluyendo los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar “no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades” y que estas situaciones de violencia están fundadas “en una cultura de violencia y discriminación basada en el género”*¹⁸. Este tipo de violencia tiene una incidencia especial en los derechos NNA, pues parte del uso de los hijos como instrumento para causar daño a la madre “*en los últimos años, hemos escuchado sucesos de agresores que acaban con la vida de los hijos e hijas de su pareja o expareja, a veces incluso cuando son descendientes propios de ese agresor. La razón de que estos hechos constituyan una modalidad de violencia de género, es que el fin último que pretende el sujeto activo de estos ilícitos penales no es otro que causar el mayor daño posible a la madre de estos niños y niñas*”¹⁹. Así se observa que las consecuencias de la violencia de género se extienden hasta los hijos.

34. Sobre lo señalado, se observa que la sentencia de mayoría obvió tomar en cuenta las consideraciones expuestas al momento de verificar la comparabilidad de los sujetos diferenciados en la norma examinada. Dicha inobservancia implicaría sobreentender que el hombre y la mujer son sujetos comparables en igualdad o semejantes condiciones, cuando las estadísticas nos muestran que aquello no puede estar más alejado de la realidad social que atraviesa el Ecuador en cuanto a violencia de género. Así, en vista de la discriminación estructural que se ve configurada por los distintos factores de discriminación hacia la mujer y la evidente situación de desigualdad entre los sujetos diferenciados por la regla supletoria *in examine*, el test de igualdad estricto propuesto en la sentencia de mayoría no superó el análisis del primer elemento de comparabilidad, y, por tanto, no debió prosperar y en atención a aquello, no se puede concluir que es discriminatoria.

¹⁶ INEC. (2020). Periodo 2016-2017. Cuentas Satélite del trabajo no remunerado de los hogares. Véase: <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/las-mujeres-sostienen-el-trabajo-domestico-y-de-cuidado-en-los-hogares-ecuatorianos/>

¹⁷ Párrafo 251 del voto de mayoría.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010.

¹⁹ Yugueros García, A. J. (2016). La protección de los menores víctimas de violencia de género en España. Aposta, Revista de Ciencias Sociales. 70 (Julio, Agosto y Septiembre), pp. 38-52. Recuperado de: <http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/yugueros1.pdf>

35. Adicionalmente, se debe enfatizar en que, el voto de mayoría señala que *“la Corte observa que, la norma impugnada encarga de forma preferente la tenencia de NNA a la madre (mujer) por el simple hecho de serlo”* lo que implica ver a la norma *in examine* como absoluta o categórica, cuando, como se ha expuesto, se desprende de la simple lectura de dicho texto normativo que en primer lugar prevalece el acuerdo de los padres y prima el interés superior del niño, y en último lugar, la norma establece como regla supletoria que se confiará a la madre la tenencia o la patria potestad.

d) Principio del interés superior del niño

36. La sentencia de mayoría fija entre una de las consideraciones que fundamentan la decisión de declarar inconstitucional los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA que *“el encargo de la tenencia no puede estar subordinada a un criterio único, como el sexo de los progenitores, menos aún en detrimento de la protección del interés superior de NNA. Al contrario, se debe evaluar caso por caso cuál sería la mejor opción para NNA”*²⁰.

37. En atención a lo expuesto en los párrafos que anteceden, la regla normativa bajo análisis es de carácter subsidiaria, por lo que mal podría considerarse como un “criterio único”. Al contrario, dicha aseveración implica inobservar que: (i) las reglas normativas *in examine*, establecen de forma expresa que, debe atenderse el interés superior del NNA, ya sea a través del acuerdo entre progenitores o en la aplicación de la regla supletoria respecto del encargo a la madre, es decir, la norma impugnada reconoce dentro de su contenido al interés superior del NNA en la regla de preferencia materna; y, (ii) que este Organismo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones - generando jurisprudencia vinculante, que debe ser atendida y aplicada de forma obligatoria por todas las autoridades judiciales que conforman el sistema judicial- señalando que *“de conformidad con los estándares constitucionales e internacionales de protección de derechos humanos, la evaluación del [interés superior de los NNA] y el grado de vulnerabilidad de las NNA, deberán ser valorados de forma individual y concreta en cada caso que involucre una posible afectación de sus derechos, con especial atención en las condiciones de vulnerabilidad particulares de cada NNA, esto con base en que cada niño es un “mundo” y por lo tanto cada situación y decisión que se tome, debe hacerse con base en ese “mundo” específico.”*²¹

[énfasis agregado]

38. Así, al conjugar ambas consideraciones, se observa que la norma impugnada no deviene en contraria al principio del interés superior de los NNA. Este último al ser un principio que irradia todos los procesos que decidan sobre los derechos de los NNA se observa expresamente invocado en la regla de la norma impugnada e impone la obligación de observarlo y aplicarlo a las autoridades jurisdiccionales que integran el sistema judicial, por lo que, mal podría considerarse contradictorio.

²⁰ Párrafo 206 del voto de mayoría.

²¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 983-17-JP/21. Párr. 63

39. En mérito de las razones expuestas en el presente voto disidente; y, en atención a los principios y reglas generales del control abstracto de constitucionalidad contenidas en los numerales 2, 3, 4, 5 y 6 de la LOGJCC²², las juezas suscritas observan que los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA no presentan regulación que vulnere el derecho a la igualdad o la prohibición de discriminación, al contrario, atienden a la realidad social en cuanto a la situación de las madres en ámbitos de violencia de género, por lo que no se observa la configuración de inconstitucionalidad de fondo respecto de las disposiciones normativas alegadas por los accionantes.

e) **Acción afirmativa para las madres y sus hijos**

40. La Constitución establece una regulación específica cuando el hogar se encuentra disgregado y la madre o padre han asumido como jefa o jefe de familia, así el artículo 69 número 4 señala: “*Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa*”.

41. En nuestra realidad son las madres y sus hijos los que en mayor magnitud han atravesado episodios de violencia intrafamiliar y de género, reflejadas en las altas cifras y datos de violencia contra la mujer y la familia en nuestro país²³.

42. Esto implica que, si con mayor proporción se encuentran al frente del hogar las madres jefas de familia, son merecedoras junto a sus hijos de una medida de acción afirmativa según el artículo 11, número 2 inciso final de la Constitución.

²² LOGJCC: “*Art. 76.- Principios y reglas generales. - El control abstracto de constitucionalidad se regirá por los principios generales del control constitucional previstos por la Constitución y las normas constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina. En particular, se regirá por los siguientes principios: (...) 2. Presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas. - Se presume la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas. 3. In dubio pro legislatore. - En caso de duda sobre la constitucionalidad de una disposición jurídica, se optará por no declarar la inconstitucionalidad. 4. Permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico. - El examen de constitucionalidad debe estar orientado a permitir la permanencia de las disposiciones en el ordenamiento jurídico. 5. Interpretación conforme. - Cuando exista una interpretación de la disposición jurídica que sea compatible con las normas constitucionales, no se declarará la inconstitucionalidad y en su lugar se fijará la interpretación obligatoria compatible con aquella. De igual modo, cuando una parte de una disposición jurídica la torne en su integridad inconstitucional, no se declarará la inconstitucionalidad de toda ella, sino que se invalidará la parte inconstitucional y dejará vigente la disposición así reformada. 6. Declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso. - Se declarará la inconstitucionalidad de las disposiciones jurídicas cuando exista una contradicción normativa, y por vía interpretativa no sea posible la adecuación al ordenamiento constitucional.*”

²³ En Ecuador las mujeres que han sufrido algún tipo violencia de género son 6 de cada 10 (INEC, 2011). En casos de separación, el 68% de los padres abandonan el hogar, siendo las madres víctimas de violencia de género, pues el 85% de mujeres separadas con la custodia de sus hijos han experimentado violencia de género (INEC, 2011). De 4,3 millones de hogares a escala nacional, 1,1 millones de hogares tienen a la madre como jefa de familia; son cerca de 400 mil madres solteras que se han hecho cargo de sus hijos, esto implica que el 26.4% de hogares ecuatorianos son liderados por la madre, asumiendo un 35% un trabajo por cuenta propia (INEC, 2014).

43. En este contexto el número 1 del artículo 106 del CONA determina que se respetará “lo que acuerden los progenitores”. El número 2 del artículo 106 del mismo Código establece que “a falta de acuerdo”, el cuidado de los hijos de hasta 12 años de edad se confiará a la madre, salvo que resultare inconveniente. El número 4 del artículo 106 del mismo cuerpo normativo indica que si ambos progenitores “demuestran iguales condiciones” se preferirá a la madre, siempre que no sea contraproducente.

44. Los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA, reflejan entonces la aplicación de medidas de acción afirmativa a favor de la niñez y adolescencia, así como de las madres, jefas de familia y reflejan la protección prioritaria y reforzada para el niño, en función de su desarrollo integral e interés superior.

45. En este punto se debe enfatizar que la asignación para la madre tampoco es automática, se analiza en conjunto y de conformidad con el interés superior de los hijos, a quienes se debe asegurar que su opinión sea considerada en la decisión, como establece el primer y último inciso del artículo 106 del CONA. La Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No. 85-16-SEP-CC de 16 de marzo de 2016, convalidó la constitucionalidad del artículo 106 del CONA al indicar: *“Los mandatos normativos constitucionales establecidos en los artículos 44, 45 y 46 de la Constitución de la República y que hacen relación a la responsabilidad asumida por el Estado, la sociedad y la familia para el pleno ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes protección y desarrollo integral, los mecanismos para el aseguramiento del ejercicio de sus derechos, así como la prevalencia del principio del interés superior del niño... encuentran desarrollo en las normas infraconstitucionales dispuestas en los artículos 106 y 116 del Código de la Niñez y Adolescencia”* (página 13)²⁴.

46. En este sentido la alegación de la corresponsabilidad parental no puede afectar la calidad y derechos de estos grupos vulnerables como son los niños, niñas y adolescentes, así como las mujeres embarazadas, madres, jefas de familia y víctimas de violencia, que se encuentran íntimamente vinculados, lo que es evidente en caso de separación de la pareja, ya que los hijos quedan al cuidado y protección de sus madres.

47. Esta es la esencia y naturaleza de las reglas contenidas en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA, ya que a falta de acuerdo entre los progenitores se establece una prioridad para que los hijos menores de 12 años de edad permanezcan con su madre (número 2) ; y, si posteriormente los progenitores se encuentran en la misma circunstancia de asumir el cuidado, se prefiere a la madre (número 4), ya que hasta los 12 años los hijos han permanecido junto a ella y cambiar esta situación podría resultar traumática. Estas reglas no son absolutas, ya que si se demuestra la inconveniencia de

²⁴ En adición en la Sentencia No. 150-16-SEP-CC de 04 de mayo de 2016 consideró que en aplicación de las reglas legales, se respeta la opinión del hijo de vivir con su madre (páginas 15 a 17); y, en la Sentencia No. 288-16-SEP-CC de 07 de septiembre de 2016 indicó que conforme a la opinión de los hijos, uno permanecerá al cuidado del padre, mientras que el otro, se quedará con la madre (páginas 4 y 13).

la asignación a la madre se la podrá asignar al padre o a un tutor; y, siempre se contará con la opinión de los hijos.

48. Por lo tanto, las reglas del artículo 106 números 2 y 4 del CONA cuentan con apego constitucional, ya que los niños, niñas y adolescentes, así como sus madres, jefas de familia que los cuidan, son destinatarios de medidas de acción afirmativa constitucionales (artículo 11 número 2 inciso final de la Carta Constitucional), como grupos de atención prioritaria (artículo 35 de la Constitución). Es así que la protección de la mujer embarazada y de la atención especial de su hijo, se enfatiza cuando se encuentran en situación de riesgo (artículo 35 de la Carta Constitucional), en especial cuando han experimentado violencia de género e intrafamiliar (artículo 66 número 3 de la Constitución); y, cuando les ha correspondido asumir como madres y jefas de familia (artículo 69 número 4 de la Carta Constitucional)²⁵.

49. En definitiva, la decisión de la sentencia de mayoría no tomó en cuenta los casos de violencia contra la mujer y la familia, ni resolvió en función de las medidas de acción afirmativa de las madres y sus hijos.

IV. Decisión

50. En mérito de lo expuesto, formulamos el presente voto salvado, en los siguientes términos:

- a.** Desestimar la acción pública de inconstitucionalidad por el fondo de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia.
- b.** Notificar esta decisión y archivar la causa.

Dra. Carmen Corral Ponce
JUEZA CONSTITUCIONAL

Dra. Teresa Nuques Martínez
JUEZA CONSTITUCIONAL

²⁵ En adición, la Ley Orgánica para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres (R.O.S. 175 de 05 de febrero de 2018) enfatiza los casos de las mujeres se encuentran en riesgo y vulnerabilidad, al estar expuestas ellas y los miembros de la familia a una violencia que se debe proscribir (artículos 1, 4 y 9) ; para lo cual se contemplan medidas de acción afirmativa a su favor y de sus familias (artículo 44 número 8).

Razón.- Siento por tal que el voto salvado de las Juezas Constitucionales Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez, en la causa 28-15-IN, fue presentado en Secretaría General el 08 de diciembre de 2021, mediante correo electrónico a las 16:37 y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL