



UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA CONSTITUCIONALIDAD, LEGALIDAD Y
FUNCIONALIDAD DE LOS NUMERALES 2 Y 4 DEL ARTÍCULO 106
DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.**

**PROYECTO DE FIN DE CARRERA PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

PABLO JOSÉ CRESPO ÁLVAREZ

DIRECTOR: DOCTOR ABELARDO POSSO SERRANO

QUITO

SEPTIEMBRE, 2015

ÍNDICE

RESUMEN.....	1
INTRODUCCIÓN.....	2
EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	4
LA NORMA EN CONFLICTO.....	8
LA PATRIA POTESTAD.....	10
EL ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL ECUADOR: UNA NORMA INCONSTITUCIONAL.....	17
DEL CONFLICTO ENTRE EL ARTICULO 106, NUMERALES 2 Y 4 Y LA NORMA DENTRO DE LA QUE SE ENMARCA.....	25
CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA PRESUNCIÓN.....	37
EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL COMO UNA AMENZA COLATERAL.....	41
CONCLUSIONES.....	46
RECOMENDACIONES.....	48
BIBLIOGRAFÍA.....	49

RESUMEN

Creencias tales como la mayor aptitud de la madre para el cuidado de los hijos, o un apego más pronunciado de los menores hacia aquella, han dado como resultado legislaciones que en materia de patria potestad prefieren, al menos como regla general, a la madre frente al padre. En el caso particular de la legislación ecuatoriana esto deriva en una violación flagrante de normas constitucionales.

Además, este tipo de disposiciones resultan incongruentes con la generalidad del ordenamiento legal y contrarias a los principios rectores de la materia. En la práctica por otro lado, causan efectos negativos al vulnerar el bienestar de los hijos, lo cual se contradice con el principio de Interés Superior del Niño, base fundamental hacia donde debe apuntar toda legislación infantil. En tal virtud, cabe realizar un análisis responsable y detenido sobre la norma, con miras al equilibrio debido, que haga posible la coexistencia de derechos y obligaciones armoniosamente.

ABSTRACT

Ideas such as greater ability of mothers to exercise custody or the existence of a closer bond between them and children had driven legislations to prefer female from male in matters of children rights. In Ecuadorian legislation this kind of laws result in a flagrant violation of constitutional statutes.

By virtue, such provisions are inconsistent with the legal system and go against its principles. Also it has an adverse effect on society, and prejudice the best welfare of children, which should be the basis for every concerning children legislation. As such, it should make a responsible and careful analysis of the norm, in order to balance due, which makes possible the coexistence of rights and obligations harmoniously

INTRODUCCIÓN

El interés por este trabajo nació a partir de una conversación cotidiana, en la que se comentaba haber percibido una tendencia a favorecer a las mujeres en materia de regulación de patria potestad. Pese a apreciar que esa tendencia efectivamente podía darse, se vio la necesidad de buscar la existencia de normas que adolezcan de tal vicio, a fin de verificar si lo que hasta entonces era una mera percepción, se materializaba en nuestro ordenamiento legal. En la realización de esta tarea se pudo constatar este problema. Pese a que cualquier tipo de preferencia que vulnere el ordenamiento constitucional resultaría discriminatoria, al realizar el análisis de la norma se pudo notar más.

Al tratarse de una norma atributiva de patria potestad, esta debería estar al igual que el resto del ordenamiento aplicable a la Niñez y Adolescencia, subordinado al mayor interés del menor. Por esta razón la diferenciación entre ambos padres podría pasar a un segundo plano, en caso de ser esto beneficioso para el menor (siempre que obedezca a este fin y no sea fruto de una discriminación deliberada). En tal virtud, surge de forma natural una segunda interrogante, luego de que se pudiera probar que en efecto existe una diferenciación ente los progenitores por razones de sexo, se vuelve necesario sopesar si aquella diferenciación obedece al beneficio del menor, antes que a imposición de creencias preconcebidas o disputas ideológicas.

Mediante la investigación de este trabajo se pudo obtener respuesta a las dos interrogantes. En primer lugar se estableció que efectivamente, el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, yerra en ser desigual en el tratamiento que se da al padre y a la madre. Además, la norma en cuestión es contradictoria con el cuerpo legal en el que está contenida, derivando ambas situaciones en un perjuicio para el bienestar de los menores.

En vista de los puntos que se deben tratar, el trabajo ha sido estructurado a través de un esquema lógico que permite una cadena de ideas ordenadas, facilitando llegar a una conclusión clara. Primeramente se realizará una explicación general del principio de Interés Superior del Niño, al que debe seguir la legislación de la materia. En segundo lugar se procederá al señalamiento de la norma en conflicto. Posterior a esto se realizará una pequeña explicación del concepto de patria potestad, su alcance en el derecho ecuatoriano, diferenciándolo de otros derechos con los cuales podría asociarse. Paralelamente se ahondará en la naturaleza del concepto de patria potestad, siendo una institución orientada al servicio y beneficio del menor, antes que un conjunto de potestades destinados a proveer de facultades a los padres. En tercer lugar serán analizadas las normas constitucionales violentadas por la norma en estudio, fundamento por lo tanto de la inconstitucionalidad de dicha disposición. Luego se pasará a revisar diversos componentes del Código de la Niñez y Adolescencia vigente, a los cuales no está apegado el artículo 106 del mismo cuerpo legal. Finalmente se tomarán varios casos jurisprudenciales, los cuales derrumban el posible fundamento sobre el que se basaría la norma centro de esta investigación, es decir, una creencia no comprobada de que la madre posee mayor aptitud para la crianza de los menores que el padre. Esto último complementado con un análisis del Síndrome de Alienación Parental, teniendo como resultado una visión tanto desde el punto de vista fáctico como legal.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

A modo de preparación se procederá en este momento a explicar el Interés Superior del Niño, pues es mencionado en numerosas ocasiones en la Ley referente a la materia. Así mismo, manera, es importante entenderlo, pues es el punto de referencia para la actuación del legislativo en lo relacionado a Niñez y Adolescencia.

Lamentablemente, no existe uniformidad de opiniones con respecto al Interés Superior del Niño, tanto en doctrina, jurisprudencia y legislación, puesto que determinadas corrientes opinan que no ha sido suficientemente definido para dar una validez absoluta. Sobre todo existen diferencias de apreciación frente a si este principio cuenta con una definición clara que dé un criterio absoluto que sea de aplicación general. El gran referente internacional en esta materia es la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la cual fue ratificada por Ecuador en el año 1990, a la que siguen la Constitución en su artículo 44 y el Código de la Niñez y Adolescencia en sus artículos primero y décimo primero.

Tal como se adelantó, la idea de realizar este análisis, es discernir el nivel de trascendencia que tiene este principio en el ordenamiento legal y de tal forma establecer si es un criterio que debe prevalecer o no sobre otros, como puede ser la preferencia de la madre en casos de patria potestad para determinadas situaciones.

Pese a que el Interés Superior del Niño es ampliamente aceptado, según la doctora Silvia Amores Osorio y la abogada Rosa Valladares Paz, en un estudio realizado para la *Revista de*

Investigaciones Jurídicas Illumanta de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, “El Interés Superior del Niño es considerado como un concepto problemático por lo cual se han generado [sic] un debate de posiciones teóricas, principalmente alrededor de su aplicación” (Dra. Silvia Amores Osorio, 2014). Según explican las autoras, existen dos posturas frente al principio en mención, estando por un lado las que alegan que es “un concepto indeterminado” (Dra. Silvia Amores Osorio, 2014) y por otro “las que sostienen que el principio del interés superior del menor se encuentra expresado en términos bastante precisos en el numeral 1 del Art. 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño” (Dra. Silvia Amores Osorio, 2014).

Como consecuencia de lo expuesto, puede existir una visión muy disímil entre los que pregonan una u otra postura. En la primera, se corre el riesgo de que la no determinación absoluta del concepto, impida una unidad de criterios al momento de aplicar la Ley por parte del juzgador. Ello podría devenir en la falta de seguridad jurídica necesaria para el implicado, en este caso de manera principal el menor y de manera colateral quienes pueden influir de una manera u otra en su bienestar. Tal puede ser el caso de su círculo familiar; aquellos que tengan a su cuidado al menor, sean estos familiares o no; instituciones educativas; instituciones de protección de derechos; entre otras.

Por su parte la segunda postura traería como consecuencia un concepto claro, que facilite la comprensión del principio y los elementos derivados del mismo, tal como su naturaleza, alcance, modo de uso y directrices de aplicación, espíritu para su creación, nivel de preferencia frente a otros principios que puedan existir, etc.

Luego de lo referido en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, existe mención expresa en el artículo 44 de la Constitución del Ecuador, además de su presencia en los artículos 1 y 11 del Código de la Niñez y Adolescencia. Siendo el primero de los mencionados el más importante desde el punto de vista jurídico, por tener la Constitución la condición de norma suprema, se encarga de señalar el criterio sobre el cual se guía todo el marco legal con relación a la materia.

“El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.”. (Constitución Ecuador, 2008)

Esta disposición señala de manera explícita la presencia del principio en el ordenamiento legal nacional y por lo tanto la necesidad de regularlo y aplicarlo en las Leyes de la materia. De lo dicho se encarga el Código de la Niñez y Adolescencia, mismo que hace mención del principio en su primer artículo, referente a la finalidad de dicho cuerpo legal. Según el referido artículo, el Estado, la sociedad y la familia son obligados a garantizar la protección integral de los menores, a la vez que en su inciso segundo señala la función reguladora de la norma, con respecto al goce y ejercicio de sus “derechos, deberes y responsabilidades” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003). Inmediatamente explica la conformidad que debe guardar con el interés superior de la niñez y adolescencia. Posteriormente, el artículo 11 de la misma norma legal lo define de la siguiente manera:

“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.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

En virtud de lo establecido tanto en este artículo como en los ordenamientos constitucionales pertinentes, al momento en que derechos de menores entran a formar parte de una situación específica, deberá primar lo que resulte más beneficioso para el menor. De tal modo, luego de que se analice si existe o no un tratamiento desigual entre los progenitores dentro de la norma estudiada, se deberá establecer si aquello resulta o no favorable al niño.

LA NORMA EN CONFLICTO

El Código de la Niñez y Adolescencia, vigente en el Ecuador, al regular la atribución de la patria potestad, para los casos que la misma norma señala, plantea seis numerales, los cuales operan como reglas sobre los que el juzgador deberá basarse para conceder dichos derechos. No obstante, los numerales 2 y 4 plantean una preferencia en favor de la madre, la cual es contradictoria con lo dispuesto en la Constitución del Ecuador, así como con los demás numerales del propio artículo, la Ley en general y sobre todo el interés superior del menor. A continuación el texto completo del artículo en referencia:

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:

- 1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;
- 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;
- 3.- 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;
- 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;

5.- 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; y,

6.- 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. 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.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad es un concepto legal generalmente definido como la suma de derechos y obligaciones que tienen los padres en relación con el cuidado, educación, salud y demás asuntos de interés del menor. Se define en el Código de la Niñez y Adolescencia, poniendo acento en el hecho de que no trata únicamente de derechos. Se podría entender que con la aclaración del Código se pretende hacer énfasis en las responsabilidades que conlleva la paternidad, pero sin dejar de aclarar que existen también ciertos derechos. Este enfoque sin duda alguna va muy de la mano con el concepto del interés superior del niño, pues se propone una óptica en que se orientan los esfuerzos desde la intención de beneficiar a la parte vulnerable. Otra cosa sería reconocer únicamente un conjunto de facultades a los padres. Es decir, se trata de una figura hecha para el principal protagonista de la materia de Niñez y Adolescencia; el cual es el menor y no simplemente para someterlo a una autoridad.

Al ser la patria potestad definida en la legislación ecuatoriana desde un enfoque dualista, se establece tanto su dimensión relativa a obligaciones como la de derechos, así lo establece el artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia cuando reza:

“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” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

De esta forma, no se puede entender la patria potestad como un concepto simple, pues incluye varias facultades que se otorgan a los progenitores, así como las cargas que implican. El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas (2010), actualizado por Guillermo Cabanellas hijo, da una definición bastante similar a la que estipula el Código Civil del Ecuador, pues determina la patria potestad como el “Conjunto de derechos y deberes que al padre y, en su caso, a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados”. Es preciso apuntar que ambas definiciones señalan la calidad de no emancipados para distinguir aquellos hijos que aún se encuentran bajo este régimen legal, con la salvedad de que la Ley ecuatoriana expresamente incluye la condición de minoría de edad.

Esta reiteración del concepto bien puede obedecer a que la institución tiene como fin el aseguramiento de los derechos de quien no está capacitado para valerse enteramente por sus medios y por tanto permanece en estado de no emancipación. Una vez más se puede apreciar que el enfoque de dicha figura pretende el bienestar de los menores, por lo que la discusión sobre estos debe girar en torno a si son beneficiosos o no para estos y no la búsqueda de un cónyuge “ganador” y otro “perdedor”. Si la misma atribución de este derecho debe ser pensada desde el interés superior del menor, más aun lo deberá ser la presunción que se haga a favor de uno de los cónyuges.

Volviendo a la naturaleza dualista de la institución, se aprecia la obligatoriedad que recae sobre los padres, la cual es correlativa a las obligaciones que tienen los hijos en virtud de este derecho. La obra de Cabanellas coincide con la legislación ecuatoriana en señalar la existencia de obligaciones, así como derechos. Esto último tiene relevancia en el tema central de estudio, siempre que se constituye esta figura en obligaciones traducidas en derechos del menor (sujeto de protección de esta rama del Derecho) y a la vez en derechos de los progenitores, quienes también gozan de potestades, facultades y derechos como tales, al tener la patria potestad. Este segundo elemento, es neurálgico, pues el artículo del Código de la Niñez y Adolescencia que

motiva este trabajo, es evaluado en un primer momento en función del trato igualitario o no que se dé a ambos progenitores, lo cual se da en alto nivel en función de que puedan o no ejercer las potestades de esta institución jurídica. Claro está, que la igualdad también da la misma importancia a que las cargas repartidas a uno y otro progenitor sean similares (pues ambos son sujetos pasivos de las obligaciones hacia el menor). No obstante, el desequilibrio legal en estudio atenta contra la igualdad de derechos entre progenitores al momento de poder exigirlos y no tanto en una desequilibrada repartición de obligaciones.

Resumiendo lo anteriormente dicho, se podría establecer que la patria potestad plantea tanto derechos como obligaciones de quien la ostenta, pero para el interés de este trabajo académico es más trascendente el ejercicio de los derechos de esta, pues la norma a analizarse versa sobre los criterios de concesión del mismo. Nuevamente, no es irrelevante la dimensión imperativa del asunto en observación, pero la discriminación que se pretende mostrar obedece a una omisión del legislador en conceder facultades iguales, más que una imposición excesivamente gravosa en cuanto a las cargas, siendo más exigentes para uno que para otro. Pese a que en primera instancia trata una vulneración de los derechos de los padres, no deja de tener esto una importancia sustancial en los derechos del menor.

Puede que no sea evidente que el defender los derechos paternos redunde en un beneficio posterior para el menor, pero en miras del interés superior y su desarrollo integral, sería poco conveniente limitar de antemano la presencia de uno de los progenitores en la vida de su hijo, siempre que esto se origine de una presunción legal en contra de alguno de los dos, antes que de una demostrada falta de probidad para ejercer las responsabilidades que el quehacer paterno implica. No por esto se dice que la patria potestad deba ser concedida de forma innegable a los progenitores por su condición de tal, pues esta concesión en favor de un progenitor no idóneo para el cuidado de los hijos derivaría en un perjuicio para aquellos. No obstante, resultaría vulnerar su estabilidad el privarles de la oportunidad de contar con la presencia y apoyo de alguno de sus padres si aquella o aquel se encontrasen en condiciones de ser un aporte para su vida. Por lo expuesto, favorecer anticipadamente el derecho de uno de los progenitores en desmedro del otro, supone una pérdida significativa para el menor.

Es importante agregar a lo dicho que la legislación ecuatoriana asimila la custodia con el concepto de patria potestad. Es decir, que los hijos vivirán con aquel padre que ostente este conjunto de derechos. Mientras que en términos generales la patria potestad (como ya se vio) atiende a un conjunto de derechos y obligaciones de las que se derivan funciones y potestades como pueden ser decidir sobre el tipo de educación o el centro en el que se desea que el menor se eduque, el centro de salud al que acuda, etc., la custodia es un derecho independiente que define con cuál de los padres vivirá el menor.

En nuestro ordenamiento legal ha existido desde el Código Civil una tendencia a que la concesión de ambas figuras vayan juntas. En esta norma se establece que la patria potestad corresponderá a aquel de los progenitores que tenga a su cargo el cuidado de aquellos, lo cual se determinaba por las reglas del artículo 108 de la misma norma. También este cuerpo legal señala una presunción a favor de la madre. Antes de que rigiese el Código de la Niñez y Adolescencia, la concesión del cuidado implicaba automáticamente tener también la patria potestad. En la actualidad esta institución no se encuentra establecida de la misma forma en que se señalaba en el Código Civil, pues el Código de la Niñez y Adolescencia utiliza las palabras custodia y cuidado en un sentido distinto.

En el caso de la palabra custodia, es empleada para referirse a una medida administrativa de protección señalada en el artículo 217, la cual en su numeral 6 refiere la custodia de emergencia. En un sentido similar la menciona el artículo 79 del mismo cuerpo legal, pues establece las medidas de protección, dentro de las que menciona la custodia familiar, que tiene igualmente la finalidad de suplir de forma provisional las funciones del núcleo familiar, en caso de faltar este. La palabra cuidado por su parte aparece en repetidas ocasiones a lo largo del Código, asimilando el tener a su cuidado a un menor con el hecho de ser responsable de esa persona. Tal es el caso de su artículo 29:

“Art. 29.- Obligaciones de los progenitores.- Corresponde a los progenitores y demás personas encargadas del cuidado de los niños, niñas y adolescentes, brindar la atención

de salud que esté a su alcance y asegurar el cumplimiento de las prescripciones, controles y disposiciones médicas y de salubridad.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Si bien se desprende de este texto, que la ley entiende al cuidado como una situación que obliga a determinadas personas a responder por el bienestar del menor, en este caso concreto por su salud, no es posible establecer un mayor alcance del concepto que ese, pues no existe una definición del mismo en el código. De igual forma, no es posible encontrar una mención referente al alcance, limitaciones, derechos y obligaciones que se deriven de ostentar el cuidado y a esto se suma que no consta en ningún artículo las reglas que rigen el otorgamiento de este derecho, requerimientos para ostentarlo ni una pormenorización, ni aun mención, de quienes están en capacidad de ser sus titulares. Por tal razón, los conceptos de custodia y cuidado en la ley vigente deben ser entendidos en su contexto correcto. En base a lo establecido en el Código Civil se podía entender como cuidado la atribución que goza quien vivirá regularmente con el menor, no obstante, como se dijo, el Código de la Niñez y Adolescencia ofrece un concepto de cuidado que atiende más a su significado general que jurídico. Con la palabra custodia que en lenguaje común se suele entender como el derecho que tiene aquel de los padres con quien vive el menor, no toma esa acepción en este caso, como quedó demostrado. La ley vigente en Ecuador prescribe este derecho mediante la figura de la tenencia. La misma está contemplada en el Libro Segundo, referente a *El Niño, Niña y Adolescentes en sus relaciones de familia*, Título III, *De la Tenencia*. El artículo 118 explica la procedencia de este derecho de la siguiente forma:

“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.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

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. Entonces, al existir la figura de la tutela de forma independiente, se puede

entender el alcance de la patria potestad, que puede no tener relación o coincidir con cuál de los padres será con el que viva el menor. Incluso, al dar la tenencia se pueden otorgar ciertas facultades originalmente comprendidas dentro de la patria potestad, sin que por ello se haya perdido el derecho en cuestión. No obstante, esta concesión se rige por las reglas del artículo 106, sobre las cuales se genera la duda de su equilibrio en favor de ambos progenitores. En consecuencia, toda conclusión que se pueda hacer sobre el equilibrio que presenten las reglas de concesión aplicadas a patria potestad, serán igualmente aplicables al derecho de tenencia, tomando esta relevancia en el estudio pues de alguna manera seguirá aquella la misma suerte que la patria potestad en cuanto a criterios de atribución. Tal derecho supone no solo un complemento desde el punto de vista jurídico frente a la patria potestad, con relación a la repartición de cargas y responsabilidades hacia los progenitores, sino también una ayuda para entender las limitaciones y alcance de la patria potestad de forma más clara, pues la definición de atribuciones de aquella no es taxativa en la Ley.

De manera adicional, es conveniente mencionar el derecho de visitas como otro derecho del que pueden gozar los progenitores, siendo independiente de los derechos incluidos en la patria potestad. Este se constituye como contraparte natural al derecho de tenencia, pues mientras que la patria potestad tiene como característica ser compartida, en el Derecho ecuatoriano la tenencia es concedida a uno de los dos padres con exclusión del otro. Como consecuencia, aquel padre que no goce de este derecho podrá ver a su hijo según determinación judicial al establecer el derecho a visitas. La Ley manda de manera expresa que a la concesión del uno se establezca el otro, en el artículo 122 del Código de la Niñez y Adolescencia (p. 23):

“Art. 122.- Obligatoriedad.- En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

De tal forma, la existencia del primero obliga a la del segundo y como se puede observar por medio de las disposiciones de ambos artículos, ambos tienen independencia de la patria potestad. Si bien, el caso de la tutela puede al ser concedida modificar o limitar la patria potestad, son en

estricto sentido derechos autónomos. Queda por tanto esbozado de manera general los límites que puede tener la patria potestad y por tanto, también su alcance.

EL ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL ECUADOR: UNA NORMA INCONSTITUCIONAL

Tal como se estableció en las primeras líneas, este trabajo tiene su motivación original en la desigualdad que pueda existir entre el trato que se dé a un progenitor en base a su género. La existencia efectiva de esta discriminación tiene su principal cimiento en cuanto a violación legal en normas de orden constitucional. Pese a que si eventualmente se determina que la norma en cuestión contraviene los intereses del menor, la misma sería inconstitucional también por contradecir el principio constitucional del Interés Superior del Niño. No obstante, por tratarse de dos temas distintos y por motivos prácticos que comporta la realización de un trabajo de esta naturaleza resulta más conveniente primero establecer si existe o no una violación a la Constitución, con base en la igualdad de los progenitores.

El ya citado artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, en sus numerales 2 y 4 dispone una presunción en favor de la madre, en tanto se le otorga la patria potestad bajo supuestos propios de aquel artículo. En el primer caso esto ocurre bajo el supuesto de que no se dé un acuerdo entre los padres, mientras que en el segundo sucede si ambos progenitores se encuentran en iguales condiciones para la crianza. La Constitución del Ecuador señala en los artículos 424 y 425, la necesidad de que toda norma de nivel inferior al constitucional o actos del poder público guarden coherencia con los principios proclamados en la misma. El primero de estos establece la supremacía constitucional, mientras que el segundo detalla la jerarquía que ha de regir todo el ordenamiento ecuatoriano:

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de

derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

(...)

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.” (Constitución Ecuador, 2008)

De esta forma, existe un marco legal que de manera inequívoca somete todas las disposiciones a un conjunto de principios superiores. Cualquier contradicción carecería de valor y debería ser modificada o expulsada del ordenamiento, según el sistema de Control Constitucional (tema no relevante para efectos de este estudio). A continuación se procederá a analizar varios artículos de la Constitución ecuatoriana vigente, que proclaman la igualdad debida entre ambos progenitores.

Dentro del Título II que lleva por nombre Derechos, en Capítulo Primero, llamado Principios de aplicación de los derechos, se encuentra el artículo 11, el cuál dispone en su numeral 2, la igualdad de todas las personas ante la ley:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

(...)

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.”
(Constitución Ecuador, 2008)

El reconocimiento de la igualdad de las personas ante la ley tiene determinadas implicaciones que resultan trascendentes con relación al análisis, en curso. En primer lugar, esta igualdad implica que la Ley, esto es el ordenamiento legal en su conjunto, no podrá contradecir tal igualdad bajo ningún aspecto, pues toda norma debe estar sometida a las directrices constitucionales. La contravención hacia esta proclamación de igualdad sería la discriminación a cualquier persona, sobre todo con base en las diferencias que establece este artículo. De manera expresa se incluye el sexo, por lo tanto, en base a esta norma, no cabe la realización de diferencias como la expuesta en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, tomando como única base el hecho de ser mujer u hombre los sujetos. Cabe anotar que el texto

expresamente refiere la prohibición de dar un trato distinto a las personas en razón de su sexo “Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo (...)” (Constitución Ecuador, 2008)

Para evitar confusiones respecto a la terminología utilizada por la Constitución en esta materia cabe citar la definición provista por la Real Academia de la Lengua Española, pues pese a que se ha expandido el uso del vocablo género para efectos de violencia y discriminación, la palabra sexo no deja de tener validez. Un ejemplo del uso asociativo que se da sobre este término es la Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2012). Dentro del boletín emitido por la misma entidad el 19 de marzo de 2012 se emplea el mismo término. A nivel institucional el INEC, no es la única entidad que ha empleado esta misma expresión, pues tanto el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador como el Ministerio de Interior del Ecuador han realizado publicaciones similares en sus páginas virtuales www.justicia.gob.ec y www.ministeriodeinterior.gob.ec (2014). En ambos casos, la página en referencia contiene un boletín en el que se comunica la intención de realizar acuerdos entre la Policía Nacional del Ecuador y el Ministerio de Interior a fin de erradicar la llamada Violencia de Género. En el caso de la segunda institución mencionada la aplicación de la terminología ha llegado al punto de usarse en campañas de concienciación, como la emprendida en el mes de abril del año 2014, “Ecuador actúa Ya, Violencia de Género, ni más. Sensibiliza tu comunidad” (MINISTERIO DE INTERIOR, 2014). La misma terminología es usada por la Fundación Mujeres de España, así como numerosas organizaciones no gubernamentales de varios países.

Para entender el significado estricto de esta expresión hay que remitirse al concepto que estipula la Real Academia de la Lengua Española. La palabra género es definida como: “1. m. Conjunto de seres que tienen uno o varios caracteres comunes. 2. m. Clase o tipo a que pertenecen personas o cosas. 3. m. En el comercio, mercancía” (Real Academia Española, 2012). Tanto el primero como el segundo significado se pueden aproximar a referir la distinción entre hombre y mujer, ya que el primero habla de seres con características en común (como puede ser el caso de los

hombres frente a los demás hombres y las mujeres frente al resto de mujeres) y el segundo con relación a una clase o tipo al que pueden pertenecer personas. Sin embargo, estas definiciones resultan excesivamente amplias en cuanto a la delimitación del concepto. Con respecto a la palabra sexo, existe una adecuación exacta de lo que la materia pretende. Como primer significado define: “Condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas” (Real Academia Española, 2012), mientras que la segunda es aún más cercana a la materia en estudio “Conjunto de seres pertenecientes a un mismo sexo. Sexo masculino, femenino”. Ambas definiciones hacen una alusión inequívoca que la palabra sexo concierne a la diferenciación existente entre hombre y mujer. Por lo tanto, el vocabulario empleado en la Constitución no solo que es también aplicable, sino que resulta ser el que en realidad debería usarse, en lugar de la palabra género, como se indicó, incorrectamente extendida. De tal forma, queda excluida toda duda sobre la pertinencia de la norma con respecto a que la disposición del artículo 11 haga referencia a la discriminación por razón de ser mujer u hombre, pues se confirma que sin ningún lugar a dudas este es el sentido en que se puede entender la norma. Así, cuando el Código de la Niñez y Adolescencia establece se preferirá a la madre en los casos ya señalados existe una violación del artículo 11 de la Constitución, pues se inclina a reconocer derechos a un progenitor en razón de su sexo, sin mediar otros elementos.

Otra norma constitucional que se ve vulnerada es el artículo 69 en su numeral 5. Tal violación opera en cuanto señala la promoción de la corresponsabilidad paterna por parte del Estado. La promoción de la corresponsabilidad viene a significar, que el Estado procurará la imposición equitativa de deberes para ambos progenitores. El no cumplimiento de esto significaría el excesivo gravamen sobre uno de ellos, pero a su vez la pérdida de los derechos correlativos a tales obligaciones. Así, la limitación que exista hacía las responsabilidades de cualquiera de los dos padres se traduce en una limitación de los derechos que aquella comporta.

Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

(...)

5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.”
(Constitución Ecuador, 2008)

Es digno de mención el hecho de que la corresponsabilidad entre los dos padres deba ser promovido por el Estado. Aquello redundaría en la obligación que de la función legislativa de dirigirse en este mismo sentido. No obstante, la existencia de un artículo que otorga derechos y obligaciones dispares a los padres no cumple con la promoción señalada.

A las normas locales de orden constitucional ya mencionadas, se puede sumar el artículo 67, que en su inciso primero reconoce la igualdad entre los miembros de la familia, a la vez que en el inciso segundo se proclama la igualdad entre los cónyuges:

Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.” (Constitución Ecuador, 2008)

Al mencionar la igualdad en derechos y obligaciones entre los cónyuges, se prescribe tácitamente que no existirá entre ellos ninguna diferenciación en materia de patria potestad, pues esta figura precisamente está conformado por derechos y deberes. Claro está que la materia de patria potestad no tiene una vinculación necesaria con las relaciones familiares entre padre y

madre, pues pueden existir, en primer lugar, casos en que los contrayentes ya se encuentren separados o divorciados, así como otros que no hayan tenido un vínculo matrimonial. Para cada uno de estos dos presupuestos, es preciso un análisis individual.

El artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, precisamente hace referencia a casos en que el que la atribución de la patria potestad, se enmarca en un contexto en el cual los progenitores se encuentren en estado de divorcio o separación. En su primer inciso se establece que el artículo regirá los casos del artículo 325 del Código Civil. De manera literal se expresa: “Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 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 (...)” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003). Actualmente ese artículo de la norma corresponde al 307.

“Art. 307.- En el estado de divorcio y en el de separación de los padres, la patria potestad corresponderá a aquel de los padres a cuyo cuidado hubiere quedado el hijo. Los padres podrán, con todo, apartarse de esta regla, por mutuo acuerdo y con autorización del Juez, quien procederá con conocimiento de causa.” (Código Civil, 2005)

Si bien, este artículo dispone también que la patria potestad corresponderá a aquel de los progenitores que tenga el cuidado del menor, siendo una norma adicional y estando por tanto en conflicto con el resto de reglas del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, será analizado más adelante, al momento de revisar la validez legal de la disposición con relación a normas de similar jerarquía. De igual manera se hará con la estipulación que da el artículo 307, facultando a los progenitores a apartarse de esa regla, pues su relación con la norma sobre la que se centra este estudio no tiene relevancia en el orden constitucional. En este momento, únicamente resulta relevante la contextualización de la regla dentro de los casos de progenitores en estado de divorcio o separación.

Ya establecido que el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 106 se remite a los casos en que hay vínculos matrimoniales disueltos o separación de progenitores anteriormente unidos por este vínculo, se lo puede poner en relación con el artículo 67 de la Constitución. De acuerdo a lo revisado, aquel dispone la igualdad en derechos y obligaciones de los contrayentes matrimoniales, empero es plenamente aplicable a aquellos titulares de patria potestad ya no ligados por el contrato de matrimonio por dos motivos, ambos fundados en el artículo 11 de la Norma Suprema. Primeramente, su numeral 2 al proclamar la no discriminación, incluye de manera expresa el estado civil, como una de sus causas. Por lo tanto, no es aceptado dentro del ordenamiento legal nacional que se dé un trato desigual a alguien en razón de una modificación a su estado civil. No existe razón para pensar que la Constitución proclame un derecho con miras a extinguirlo por motivos de un cambio circunstancial de la persona. Más aún, resulta poco razonable este cambio, si tal limitación tendrá consecuencia no solo en el titular del derecho, sino además en otra persona, como es el caso del menor. Justamente, siguiendo la idea de la perpetuidad del derecho se relaciona el numeral sexto del mismo artículo, pues manda que: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía” (Constitución Ecuador, 2008). Tanto la inalienabilidad como su irrenunciabilidad suponen la permanencia de los derechos en el tiempo.

Como ya se mencionó, en relación a este reconocimiento de igualdad de derechos establecida por el artículo 67, existe un segundo grupo de sujetos, los cuales definitivamente no se ven afectados por esta disposición. Estos son aquellos progenitores que no se encuentren vinculados por relaciones de familia, incluso por una relación familiar ya extinta. Tal puede ser el caso de los progenitores donde no existió una relación estable, que se pueda considerar como unión de hecho, ni tampoco ha existido vínculo matrimonial previo. No obstante, a luz del principio de Interés Superior del Menor, se debería entender que esta norma busca antes el beneficio de los hijos que la reivindicación de los derechos paternos, especialmente al tomar en cuenta que son un grupo de atención prioritaria, al cual la Constitución dedica el Capítulo III del Título II (Constitución Ecuador, 2008).

DEL CONFLICTO ENTRE EL ARTICULO 106, NUMERALES 2 Y 4 Y LA NORMA DENTRO DE LA QUE SE ENMARCA

Si bien ya se estableció que el Código de la Niñez y Adolescencia, a través de su artículo 106 (numerales 2 y 4), vulnera principios constitucionales de manera insalvable, no todo este texto legal adolece de iniquidades como las mencionadas. De hecho, esta norma resulta tener grandes aciertos, pues da una especial importancia al Interés Superior del Niño. De esta forma, la presunción en favor de la madre resulta ser más bien excepcional dentro de este texto. Precisamente en casi todo el contenido de esta Ley se puede apreciar un trato equitativo hacia los progenitores. Fuera del artículo 106 del Código de Niñez y Adolescencia, el artículo 118 sobre la tenencia, aplica de manera llamativa un criterio desigual frente a los padres.

La relevancia de este hecho no resulta menor, pues las normas de interpretación legales establecen la existencia de un criterio de aplicación normativa, en base al llamado *espíritu de la Ley*, que viene a ser la intención del legislador al dictar una disposición específica. Su finalidad es la de orientar y otorgar herramientas de juicio para la interpretación, dentro del contexto en que se dictó toda la norma. El Código Civil proclama el espíritu como criterio en su artículo 18. En lo tocante a contextualización de partes específicas de la Ley, resultan relevantes los numerales 2 y 6 de este artículo, a citarse:

“Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes:

(...)

1a. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento;

6a. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural; y,” (Código Civil, 2005)

Ambos numerales sugieren que el espíritu de la Ley hará las veces de un marco general sobre el que se deberán interpretar determinados pasajes en caso de no existir claridad en su sentido. De tal manera existe inequívocamente una dirección en la cual se dicta toda Ley, donde según el numeral sexto, aquellos pasajes contradictorios se apreciarán en el sentido más armónico con el cuerpo legal en que estén contenidos. Es importante por tanto, señalar que el ordenamiento legal pretende una unidad de criterio, por lo que una sección incongruente se convertiría en contraria al espíritu general de la Ley. Como se procederá a analizar, el espíritu que sigue la norma pertinente en materia de Niñez y Adolescencia, tiende hacia la igualdad de los progenitores y el principio de Interés Superior del Niño, existiendo una brecha con respecto los numerales 2 y 4 del artículo 106.

Es tan notoria la diferencia de criterio de la norma, que dentro del artículo 106 existen disposiciones que la contradicen. La primera de estas disparidades legales se manifiesta en el primer inciso del artículo analizado. Su texto prescribe:

“Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (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: (...)” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Antes de dar paso a la aplicación de las seis reglas que establece este artículo, se ordenan dos acciones previas para el juzgador: primeramente, ceñirse a los casos establecidos en el artículo 307 del Código Civil. Cabe aclarar que la Ley no manda a aplicar las mismas reglas de este artículo (pues en ese caso existiría una clara contradicción legal), sino que únicamente declara aplicable el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia para las mismas situaciones en que es aplicable el artículo del Código Civil en mención. Estos vendrán a ser los casos en que los progenitores se encuentren en estado de divorcio o separación. Luego de enmarcar los casos particulares en que deberá el Juez seguir estas reglas, se le establece la obligación de escuchar al menor. Teóricamente, la obligación de escuchar al menor, implicaría el aportar al magistrado un elemento crítico para formar su visión en base a la posterior determinación de patria potestad. La existencia de elementos útiles para elaborar una conclusión del juzgador implica por tanto que este gozará de cierta discrecionalidad, se entendería que basada en la sana crítica para resolver.

La posibilidad de deliberar es contraria a una presunción legal, pues si de manera previa la Ley ya ha decidido que la madre será más apta, queda sin fundamento la necesidad de escuchar al menor. De hecho, incluso queda sin fundamento la misma necesidad de que se realice un análisis antes de emitir un fallo. En todo caso, si la intención general de la norma fuese establecer siempre una preferencia a favor de la madre, en este primer inciso se debería haber establecido la indicación para el Juez de escuchar al menor, pero con un sesgo sobre sus dichos, traducido en escepticismo hacia lo positivo que se diga en favor del padre, o bien incredulidad frente a lo negativo de la madre, debiendo contrastarse con más fuentes para corroborar lo dicho.

Un lector agudo de la norma podrá expresar que pese a la tendencia de favorecer a la madre, la necesidad de un análisis queda intacta, puesto que en los numerales 2 y 4 se establece su inaplicabilidad en razón de que no son convenientes para el menor; numeral 2: “salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003), numeral 4: “siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”.

Es decir que no se trata de una presunción absoluta, sino sujeta a que sea conveniente en cada caso.

Sin embargo, ¿qué sentido tiene que la Ley establezca una tendencia crítica, para inmediatamente dejar abierta la posibilidad de su aplicación? Además, existen limitaciones obstaculizar una apreciación correcta por parte del Juez, aún en caso de que la medida sea contraria al bienestar del menor.

Como punto de partida, se puede dejar sentada la observación de que al momento de juzgarse en base a estas reglas existirá una preferencia por la madre, que de cualquier modo se contradice, al menos conceptualmente con el hecho de ser escuchado el menor y de que el Juez goce de un criterio para decidir. De una forma u otra, el Juez ya deberá observar de manera más benigna a la progenitora mujer, sin importar del todo lo que diga el menor. Pese a ser este escuchado, la madre ya gozará de cierta ventaja, pues en caso de desprenderse que los elementos formados son parejos, habrá el Juez de optar por aquella. Y lo que resulta aún más grave, en caso de no existir elementos para formar un juicio, como podría ser el de los menores que, ya sea por incapacidad física, madurez o una turbación psicológica insuperable no estén en condiciones de expresar su opinión, el Juez debería preferir a la madre. Nuevamente, se puede apreciar que esta presunción se ve limitada en los casos en que no sea favorable aplicarla en miras al bienestar del menor. Pero si ocurre como en alguno de los casos expresados y el menor no tiene posibilidades, o de tenerlas no goza de la estabilidad emocional para manifestarlas con libertad, la presunción a favor de la madre operara y no habrá modo de saber si su aplicación estaba en contra del bienestar del menor.

De manera muy similar se presenta la contradicción del numeral 1, cuyo texto dice: “Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003). El texto acierta al disponer que se estará a lo acordado por los padres, siempre que ello no vaya en perjuicio del niño. Sin duda alguna, es absolutamente positivo que como primera opción la Ley conceda la decisión a los progenitores.

Esta concesión de acordar entre los padres tiene como límite la consideración que pueda tener el Juez de que lo acordado vaya o no en pro del bienestar de la hija o hijo y resulta igualmente conveniente para preservar los derechos de la parte más vulnerable, siendo esta el menor.

A partir de la revisión, ambas disposiciones resultan razonables y al igual que lo ordenado en el inciso primero, se extrae que al dar el Código Civil a los progenitores la capacidad de decidir sobre el modo de atribuirse la patria potestad, por un lado entiende que ambos son igual de capaces de tomar a su cargo al menor. Tal igualdad se soporta, por un lado, en que podría resultar uno u otro titular del derecho de forma indistinta. Y por otro que cuentan con el mismo nivel de capacidad y cargan el mismo nivel de responsabilidad. Es decir, al otorgar la Ley a la facultad de decisión a los progenitores, tácitamente pone de relieve su igualdad. Siguiendo el orden en que están planteados los numerales del artículo 106, nos encontramos con que el Código de la Niñez y Adolescencia otorga iguales derechos a ambos padres y los dota de facultades plenas para decidir en conjunto el futuro del hijo en común. Siguiendo esta regla caben dos resultados posibles, que exista acuerdo (aprobado por Juez), en cuyo caso se obrará según lo decidido, o que no se llegue a acuerdo y se confíe a la madre el cuidado de los hijos menores de doce años. Cada una de estas vías legales tiene una connotación jurídica distinta. De concurrir la primera situación existiría una disposición normativa lógica, pues opera bajo los mismos conceptos durante toda su aplicación, los cuales son la presunción de igualdad de los padres y la atribución del Juez para decidir. La segunda por su parte, degeneraría en una ruptura de ambos conceptos, tanto la presunción de igualdad, como la atribución absoluta del Juez para decidir.

Para profundizar este hecho se puede retratar la condición jurídica de ambos padres y la atribución del Juez para decidir en una línea de tiempo. Iniciado el primer momento, es decir previo a la separación o disolución del vínculo matrimonial, ambos progenitores gozan de las mismas facultades y son vistos como iguales ante la Ley (tal como dispone el artículo 67 de la Constitución del Ecuador ya analizado). Al ocurrir la separación o el divorcio de los padres viene un segundo momento, persistiendo su igualdad, pues como queda dicho, el numeral 1 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, les otorga la posibilidad de decidir sobre la patria potestad en una posición de equidad para ambos. En este momento se le otorga además

al Juez la capacidad de aceptar o no este acuerdo, sin otra indicación que la conveniencia del menor. Es por eso que hasta este momento, existirían dentro del juicio dos partes iguales y la libertad del Juez de decidir según cuanto obre en el proceso. Su motivación queda por tanto basada en la sana crítica y lo que hubieren acreditado las partes en el proceso, según corresponde a un proceso judicial desarrollado de manera natural, pudiendo aceptar o no el acuerdo.

Llegado a este punto, en caso de existir una decisión favorable del juzgador se habrá cumplido varios momentos parte de una vida jurídica, con la estabilidad de conceptos tan básicos como la irrenunciabilidad de derechos o la igualdad ante la Ley. No obstante, si se suscita, o bien que el Juez no confirme el acuerdo al que hayan llegado las partes, o bien que estas no hayan llegado a un acuerdo, la potestad del Juez para decidir se verá automáticamente reducida. Volviéndose un criterio de aplicación vinculante el otorgamiento de la patria potestad de los menores de doce años a favor de la madre (salvo prueba en contrario). De igual forma, las partes que hasta el preciso momento del acuerdo eran considerados exactamente iguales, pasan a ser distintos, siendo por alguna razón la mujer más apta para el cuidado de los menores y no de una forma general, sino de una forma restringida solo a una parcela de responsabilidad de todo lo que supone la patria potestad. Además del inmenso sinsentido que supone el repentino rompimiento de una línea ininterrumpida de igualdad procesal y confianza en el criterio judicial, surgen varios cuestionamientos sobre la coherencia de la norma en su conjunto y que la respuesta de estas es de manera más que evidente la incongruencia de la misma.

Del hecho de que la norma señale, a partir del tercer momento jurídico que la mujer resulta mejor dispuesta para la crianza de los hijos que el padre, *a contrario sensu*, se arroja que el padre posee menores condiciones para esta función. Si se conoce de antemano que el hombre está en una condición de inferioridad frente a la mujer, entonces ¿por qué esperar hasta un tercer momento jurídico para mandar al juzgador a aplicar según estas distintas aptitudes de crianza existentes entre uno y otro? O también corresponde preguntar ¿por qué se concede inicialmente al hombre la facultad de decidir sobre la patria potestad de su hijo o hija, sabiendo de antemano que aquel se encuentra en una posición de inferioridad?

Evaluando la actitud del legislador a la luz de estas contradicciones, no solo se aprecia la falta de justicia y equidad en la elaboración de la norma, sino una marcada irresponsabilidad y la omisión de la seguridad jurídica debida, al legislar en base a principios distintos según el caso. Es decir, si el legislador efectivamente considera que la mujer goza de capacidades superiores a la del hombre (lo cual como se vio está en clara contradicción con el ordenamiento constitucional), su actitud debería ser la de reconocer esta superioridad durante todo el transcurso en que opere la Ley. Caso contrario, se estaría poniendo en riesgo al menor, puesto que si la inferioridad del hombre es auténtica, se debería evitar a toda costa que este puede tomar decisiones relacionadas con el menor o al menos que lo haga en condición de subordinación, teniendo siempre la opinión de la mujer mayor peso. Lamentablemente esto no ocurre y tal como se puede apreciar en el numeral 1 el hombre goza de igual nivel de decisión que la mujer, por lo que, si el legislador buscó fundar su criterio en una efectiva superioridad de la mujer, está traicionando esa idea y como se dijo poniendo el riesgo al menor, al exponerlo a una situación que desfavorece su interés superior.

En sentido inverso, si el legislador motivó desde un principio su decisión de otorgar idénticas facultades a ambos padres, basado en el hecho de que estos son iguales, la inclusión del numeral segundo (y el cuarto, a analizarse más adelante), llevaría a pensar que la actitud de legislador fue ya no solo poco diligente, sino además discriminatoria. Nuevamente se pondría en riesgo a la hija o hijo, si es que quien legisla deliberadamente prefiere a un sujeto, luego de que el mismo órgano ha dejado ver tácitamente que considera que ambos son iguales. Esta falta de coherencia jurídica, lastimosamente, no perjudica solo a quienes reciben los efectos de una determinación de patria potestad, sino que trasciende en la carencia de un criterio único para el Juez.

Naturalmente, si el juzgador observa de manera apropiada los principios rectores que deben ser seguidos, podrá discernir que el criterio único a aplicarse es la igualdad entre las partes, sin embargo, no habría como excluir que una legislación que presente contradicciones, conduzca a equívocos al momento de la administración de justicia. El profesor Gian Franco Rosso tuvo a

bien decir en una de sus clases y a cuyos apuntes me remito: “a mala legislación, mala jurisprudencia” (Rosso, 2013) y en el caso particular es posible que esto se suscite.

Al saber que ambas posturas son contradictorias y que en un caso u otro el titular del órgano legislativo hubiese obrado imponiendo un criterio contrario a otro también defendido, queda sin posibilidad de argumentarse que haya compatibilidad entre ambas normas. En tal situación, la única justificación que podría haber para la inclusión de una norma contraria a todo el ordenamiento legal sería la aplicación de una excepción. Por ejemplo, la Constitución de la República del Ecuador, a través del numeral 1 del artículo 18, proclama como regla general el derecho a recibir y difundir información sin restricción alguna al momento de emitirla. Por lo tanto, toda persona sometida al derecho ecuatoriano gozará de la posibilidad de no ser censurado con respecto a toda información que quiera difundir, pudiendo responder por ella únicamente después de su emisión (responsabilidad ulterior).

Sin embargo, pese a existir esta regla general, los artículos 164 y 165 de la misma norma establecen una excepción a la regla. Precisamente aquellos regulan el llamado “estado de excepción”, el cual podrá ser decretado por la Presidenta o el Presidente de la República “en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural” (Constitución Ecuador, 2008).

En caso de aplicarse se podrá restringir a los medios la emisión de información relacionada con los motivos del estado de excepción y por motivo de seguridad nacional. El artículo 121 del Código Civil dispone otro ejemplo de excepción. En este caso en todo juicio de divorcio será abierta la causa prueba, sin perjuicio de que la otra parte se haya allanado. Es decir, que aún si el demandado ha confirmado lo planteado por la parte demandante, se procederá a abrir la etapa probatoria. Sin embargo, esto no operará en los casos donde exista divorcio por mutuo consentimiento.

Ambos casos ilustran bien el modo en que opera una excepción legal, pues la utilización de esta figura armoniza dos principios contradictorios, como pueden ser la difusión libre de información y la censura previa, en el caso de la Constitución, o la aplicación general de apertura del período probatorio para todos los juicios de divorcio, con la omisión de este requisito en los casos de divorcio por mutuo consentimiento. Tal como se estableció previamente, el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia contrapone dos elementos incompatibles, como son la presunción de igualdad entre dos partes y el favorecer a una de estas dos de antemano. Luego, la única manera de conciliar esos principios sería que uno sea excepción de otro.

Para que se constituya una excepción, son requeridos varios presupuestos observables a lo largo del uso de esta figura en la Ley. En primer lugar, es indispensable que se plantee un principio como regla general y otro opuesto como salvedad al primero. En segundo lugar, debe establecerse de forma expresa la excepción (o aún tácita, siempre que sea posible inferirla de manera clara e inequívoca de la lectura del texto legal), por motivos de seguridad jurídica, proclamado en el artículo 82 de la Constitución y por la necesidad de la certeza del derecho. De la mano de este último punto y fundado en los mismos motivos, va la necesidad de especificar cuáles son los supuestos en que operan las excepciones. Finalmente, aunque no se podría establecer como una necesidad para que exista una excepción, pero sí obedeciendo a principios de lógica, toda excepción de contar con una justificación, o una razón que motiva su ruptura con el principio generalmente aplicado.

Tomando el ejemplo del artículo 18 de la Constitución, se cuenta de forma inequívoca con un principio basado en la libertad de expresión, siendo su excepción la censura previa, los escenarios en que es aplicable los especificados en el artículo 165 de la Constitución relativo al estado de excepción y su fundamento lógico el evitar la conmoción pública. En el caso señalado en el Código Civil, la regla es una disposición procesal general, la excepción su no aplicación, el caso en que opera la excepción es en los juicios de divorcios por mutuo consentimiento y la razón resulta evidente, pues sería absurdo solicitar pruebas en un proceso no controvertido, salvo la manifestación de voluntad de acuerdo de las partes. Si se analiza el artículo 106, no se

encuentra el establecimiento expreso de una regla general, pero con base lo establecido por la Constitución y la posición generalizada de la Ley, se entiende a la igualdad como un principio universal y específico para los padres. Luego, no se encuentra ningún indicio de que la preferencia de la madre sea planteada como una excepción. Los casos en que operaría la excepción del numeral 2 serían aquellos en que los padres no hubiesen llegado a un acuerdo, siendo su ámbito de aplicación para las niñas y niños menores de doce años. Por último, de la lectura del artículo y del texto legal en general no se desprende una motivación clara para la excepción.

Un defensor de la presunción establecida a favor de la madre, podría argumentar que la verdadera motivación de la Ley al plantear esta contradicción, es que para los casos de niños menores de 12 años resulta más conveniente estar con la madre. Sin embargo, aún en el supuesto de que la madre fuese más apta que el padre para el cuidado del menor, esta justificación carecería de validez, puesto que la misma Ley niega su validez absoluta. Si la Ley aplicase desde un principio la preferencia en favor de la madre para los menores de la edad señalada, cabría pensar que basa en ello su justificación, no obstante solo se aplica cuando los padres no puedan llegar a un acuerdo. Como resultado, la premisa no sería “la madre será más apta que el padre para el cuidado del menor”, sino “la madre será más apta que el padre para el cuidado del menor si estos no llegan a un acuerdo”, lo cual carece de toda lógica. Por lo tanto, es evidente que el numeral dos proponer un principio que contradice la regla general del ordenamiento nacional y dado que al no poder ser considerada jurídicamente como una excepción, su existencia contradice los principios legales nacionales.

Al final del inciso se señala que la presunción a favor de la madre no sería aplicable si es contraria al interés superior del niño, lo cual es acertado. Sin embargo, esto constituye otro argumento más en contra de la presunción, pues el simple hecho de que la tenencia materna pueda sea susceptible de ser juzgada como inconveniente, hace a uno preguntarse si no hubiera sido más práctico que no exista presunción desde un principio y en juzgar a ambos en igualdad de condiciones. Queda entonces sentada la contradicción entre el numeral primero y segundo.

Luego sigue a estos el numeral tercero, que establece la discrecionalidad del Juez de determinar cuál de los dos progenitores goza de mejores facultades para cumplir con estas tareas. La contradicción se vuelve más evidente para este caso, pues de manera lógica, si el Juez debe intervenir para calificar las cualidades de ambos, la presunción de igualdad será evidente. De ser al revés, debería haberse planteado que el Juez evalúe siempre con preferencia a la madre. A continuación el numeral 3:

“3.- Tratándose de los hijos o hijas que ha 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;” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Contradiendo lo dicho en el inciso primero, numeral primero y de manera especial al numeral tercero, el numeral cuarto dispone que en caso de ser iguales ambos se preferirá a la madre. Este es un sinsentido de proporciones notables, pues luego de establecer la igualdad de ambos como punto de partida para evaluar, y poniendo como condición que sean iguales, prefiere a uno en lugar de otro. Resulta precisamente lo mismo que establecer, que “si ambos son iguales, uno no lo será”. Igual lógica es aplicable a los numerales 5 y 6, en el primer caso por qué la privación para aquellos o la inhabilidad sugiere igual susceptibilidad para ambos, manteniéndose la tendencia a la igualdad. Por esta misma vía se maneja el inciso final, pues el oír al niño y con obligatoriedad para el caso de los adolescentes cae dentro de la situación descrita en el inciso primero, pues la lógica de escuchar al menor se plantea en una situación de igualdad. Para referencia del lector a continuación el texto de estos numerales y el inciso final:

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

5.- 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; y,

6.- 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.

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.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Otra disposición que va en sentido contrario a la lógica presentada en los numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia son los artículos 111, 112 y 113 de la misma norma. Estos establecen la posibilidad de que el ejercicio de la patria potestad sea limitado, suspendido, privado o perdido por parte de los progenitores. En caso de incurrir ellos en causales establecidas por estas disposiciones podrían ser sancionados con tales penas. Nuevamente, si en estos artículos no se establece una diferenciación para aplicar estos criterios hacia los padres y por ende se los coloca en situaciones similares, con iguales posibilidades de cometer las faltas determinadas en estos artículos, no es posible entender que la Ley contemple a uno como más apto que el otro. Como se dijo, resulta entonces irresponsable la actitud del legislador y por lo tanto contraria al interés superior del menor, consagrado en varios artículos del Código de la Niñez y Adolescencia como pueden ser el 1 y 11 (ya mencionados) y presente en muchos otros artículos de la misma norma (por mencionar algunos, el mismo artículo 106, agravando la contradicción, los artículos 111, 258, entre otros.)

CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA PRESUNCIÓN

No hay razones para pensar que la madre es más apta que el hombre y esto se traduce en realidades prácticas. El origen de esta creencia puede ser cultural, como lo manifiesta María Monserrat Pérez Contreras en una investigación de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) sobre la custodia familiar compartida:

“Debe quedar claro que no existen argumentos para descalificar a un padre respecto del otro en la crianza de los hijos, salvo aquellos promovidos por las prácticas culturales, roles y estereotipos de género que siempre perjudicarán a alguna de las partes, en este caso a uno o varios miembros de la familia. Asimismo, por el interés superior o el mejor interés de los menores, y en igualdad de condiciones y de circunstancias del hombre y la mujer, cualquiera de los padres está capacitado y habilitado para el cuidado de los hijos.”
(Contreras)

En todo caso, ya sea que el origen de esta teoría sea cultural, o tenga un fundamento científico o sociológico, es clave anotar que no se cumple en la práctica esta idoneidad. Esto debido a que en numerosos casos se aprecia en la realidad madres que no son más aptas que sus contrapartes masculinas. Lejos de querer afirmar que habrá siempre un progenitor bueno y uno malo, (pues bien puede ocurrir que ambos sean buenos, así como ninguno de ellos) se quiere demostrar que no hay razón para creer que la mujer tenga que ocupar de manera necesaria la categoría de más apta. Casos de la jurisprudencia nos permiten apreciar como madres no diligentes en el ejercicio de estas funciones son removidas del cargo. Es necesario hacer hincapié en que el mismo problema afecta a hombres por igual, pero no se busca probar su posibilidad que tiene el

progenitor masculino de incurrir en errores, lo cual ya es presumido por la Ley, sino probar la posibilidad de la mujer de incurrir en iguales errores.

Según María Soledad Quintana Villar, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, existen legisladores que dentro de juicios de cuidado de menores aducen como de “orden natural que la madre detente su cuidado” (Quintana Villar, 2009). Tal criterio sin atender al esencial Interés Superior del Niño, sobre el cual se priorizan otros como el derecho a la identidad legal o en base a artículos discriminatorios como el 225 del Código Civil de Chile: “a la madre le toca tener el cuidado personal de los hijos”. Un ejemplo de esta forma de proceder lo constituye la sentencia emitida en causa ro N° 657-2008, de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, del 25 de noviembre de 2008, citada por la autora en esos términos, y que menciona:

“La relación madre-hijo es fundamental, independientemente de si la madre es drogadicta delincuente, prostituta, etc. (...) Por tal razón aparece como muy importante que el niño no sea separado de su madre en esta etapa de la vida, aun cuando esté en un Centro Penitenciario, por qué lo determinante aquí es el vínculo entre ambos” (2008)

Esta actitud evidencia una omisión absoluta del principio de Interés Superior del Niño, soportando toda la decisión sobre una creencia no comprobada de que el vínculo que une a la madre debe persistir aun cuando a todas luces es evidente que esto contraviene su bienestar. De tal modo se termina priorizando un principio de preferencia materna antes que el beneficio del menor. Más adelante, en su investigación Quintana destaca la labor de determinados magistrados, mencionando sus actuaciones como excepciones, pues la mayoría se pronuncian en sentido inverso, destacando su prudencia:

“Tal es el caso de la causa rol N° 236-2007, de fecha 4 de octubre de 2007, de la Corte de Apelaciones de Concepción (...)” en la que le es denegada a la madre la restitución

del cuidado sobre su hija pues “(...) en la audiencia confidencial con la menor en la que ella expresó su deseo de no vivir con su madre, los jueces estimaron da lugar a la solicitud (...) toda vez que su progenitora aún presentaba rasgos de alcoholismo” (Quintana Villar, 2009).

De manera similar las Cortes de Apelaciones de Iquique y Valparaíso respectivamente prefieren preservar el bienestar del menor, en lugar de reforzar la infundada teoría de superioridad de la madre. Resumen de esto hace la autora en expresiones que dejan apreciar claramente que en efecto existen reiterados casos en que la madre ha fallado en sus condiciones para la crianza:

“Por su parte la Corte de Apelaciones de Iquique en causa rol N° 812-2008, del 30 de enero de 2009 falló que la madre no puede detentar el cuidado personal de su hija dado que su entorno es nocivo para la integridad física y psíquica de esta (...) En tanto la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en causa rol N° 1969-2007 del 3 de marzo de 2008, confirmó la sentencia de primera instancia que resolvió otorgar el cuidado personal del hijo al padre residente en Noruega por sufrir la madre un trastorno grave de personalidad límite y antisocial, unido a bipolaridad.” (Quintana Villar, 2009)

Un caso similar se menciona expresamente en la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dentro del caso Johansen contra Noruega del 7 de agosto de 1996. La opinión del tribunal es la de no confiar a la madre el cuidado de la menor por carecer de la estabilidad que se precisa:

“La niña vive en la actualidad en un entorno seguro y estimulante, en el seno de un hogar de acogida y, en opinión del tribunal, los padres de acogida parecen ser más adecuados para criarla que su madre natural. Además el tribunal considera que la madre corre gran

riesgo de no ser capaz de llevar a cabo convenientemente” (Johansen contra Noruega, 1996).

Dentro de los fundamentos sobre los que se basa la expresión emitida por el Tribunal destaca la opinión del psicólogo Knut Ronbeck, quien emitió un dictamen profesional que hace parte del juicio:

« (...) A primera vista, parece una joven encantadora, amable y bien organizada. (...) Al contemplarla más detenidamente, sin embargo, aparece la imagen clara de una mujer con problemas mentales no resueltos que afectan mucho a su funcionamiento social y su capacidad para ocuparse [de un niño]. (...) en mi condición de experto en este caso, que no abrigo esperanzas en cuanto a la capacidad futura de la interesada para ocuparse de sus hijos, aunque sin duda los quiere y está apegada a ellos. » (Johansen contra Noruega, 1996)

EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL COMO UNA AMENZA COLATERAL

Otro caso práctico que se adapta al equívoco de la presunción legal a favor de la mujer es el Síndrome de Alienación Parental (SAP). Un informe de la Biblioteca Nacional de Chile sobre este fenómeno lo describe con ayuda de las palabras de Richard Gardner, psiquiatra quien propusiese esta teoría:

“El SAP, tal como lo describe Gardner, es un síndrome (un conjunto de factores observables que ocurren bajo un patrón), cuyos signos y síntomas concurrentes y defendibles son producidos por comportamientos específicos del «padre alienador» que «lava el cerebro» del niño, lo que resulta en que el menor adopte una perspectiva negativa hacia el otro padre y, en casos graves, lo rechace totalmente” (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile)

Si este síndrome es capaz de influir en la psicología del menor, es perfectamente posible que aún en caso de haberse expresado, las opiniones emitidas se hayan encontrado viciadas. Como consecuencia, si la adjudicación de la patria potestad no es en beneficio del menor no existirían pruebas para saberlo, pues el testimonio de aquel no reflejaría lo que realmente ocurre. De manera similar ocurriría si por miedo a uno de los progenitores, infundado precisamente por la alienación causada por uno de los padres hacia el otro, el menor teme hablar mal en contra de ese progenitor, o de hablar en general por miedo. Obviamente, estas son posibilidades no dejan de ser más que hipotéticas, sin embargo, las leyes se basan precisamente en casos hipotéticos, y toda posibilidad, aun meramente virtual, que quede fuera de ella, puede dar pie a que en el caso de perfeccionarse las posibilidades planteadas, no se logre la finalidad de favorecer al menor a través del otorgamiento más beneficioso de la patria potestad. Así, aún la tan deseable audiencia de un menor, puede ser infructuosa debido a una presunción no fundada en argumentos sólidos.

Pese a que este síndrome aún no está presente en todas las legislaciones a nivel mundial, según el estudio realizado por la biblioteca del congreso chileno, se sanciona penalmente en Argentina (Ley N° 24270) y se encuentra expresamente definido en la legislación del Estado de Aguas Calientes en México y el Estado de Ohio dentro de los Estados Unidos: “Especial preocupación por el SAP se evidencia en el Estado de Ohio. El Código Revisado (Revised Code) de dicho estado establece normas relacionadas con conductas de alienación parental” (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile). Su reconocimiento en jurisprudencia es abundante. En el caso canadiense su reconocimiento se da en 74 fallos, según el mismo estudio. Estados Unidos también cuenta con una extensa variedad de estos casos: “*Davis v. Flickinger (Corte Suprema de Ohio, 1997)*, (...), *Grant v. Grant (Corte de Apelaciones de Ohio, 1997)*, (...) *Breg v. Perlow (Tribunal del Condado de Palm Beach, Estado de Florida)*, (...)” (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile), por citar algunos. En Chile la sentencia del 16 de enero de 2008 de la Magistrada Marcela Villegas, a través de una Sentencia de Protección del Juzgado de Familia de Coquimbo y la sentencia fechada el 23 de mayo 2007, del Juzgado de Familia de Temuco. El Tribunal Europeo de Derechos Humanas ha tratado el asunto en varias sentencias. Muchas de ellas mencionan una de las principales consecuencias del síndrome, que a la larga termina convirtiendo al padre que no cuenta con la tenencia en un extraño para los menores por el hecho de no haberse mantenido un vínculo estable.

En el Caso Piazzi contra Italia, por ejemplo (2010), la opinión de la psicóloga según palabras del tribunal sugiere el riesgo de que los vínculos emocionales existentes entre el padre que no goza de la tenencia se vean cortados: “los intentos de la madre de enfrentar al menor con su padre podían desembocar, en este caso, en un síndrome de alienación parental” (Piazzi contra Italia, 2010). De igual forma ocurre en el Caso Sylvester contra Austria (2003), en el que padre e hija demandan al Estado austriaco por la falta de ejecución de la orden de devolución, que ordenaba que la menor sea reintegrada con su padre luego del secuestro por parte de su madre. Este caso evidencia mala fe por parte de la madre, con la ausencia de un padre para la vida de la menor en su infancia:

“En base a la opinión del experto, el Tribunal decidió que desde el nacimiento de la segunda demandante, su madre había sido su principal persona de referencia. Sin embargo, el primer demandante había tenido contacto regular con ella hasta el 30 de octubre de 1995, fecha del secuestro. Desde entonces no habían tenido ningún contacto. Habían transcurrido un año y cuatro meses desde que se había dictado la orden de vuelta y el primer demandante se había convertido en un perfecto extraño” (Sylvester contra Austria, 2003)

La vinculación con la madre tornaba poco conveniente el retorno con su padre, pues como se dijo este era ya un extraño. Si bien situaciones de alienación parental se pueden dar también por parte de los padres, como puede ser el caso Bordeianu contra Moldavia (2011), se puede apreciar que en todo caso el problema puede venir el problema de cualquiera de los dos progenitores, mitigando la falsa creencia de que la madre es necesariamente más apta que el padre.

A los ya revisados se suma el caso Elsholz contra Alemania (2013), mismo que provee de manera especial elementos para entender el problema del SAP. Como antecedentes expuestos por el Tribunal señala que el demandante, un ciudadano alemán, es padre de un hijo nacido en 1985 fuera del matrimonio, que tuvo junto con su pareja, con quien vivía desde noviembre del mismo año. Además de su pareja, él convivía con el primer hijo de ella y el hijo que tenían entre ambos. En junio de 1988 ella abandonaría el apartamento junto con sus dos hijos, pese a lo cual el contacto del demandante con su hijo continuó hasta julio de 1991, fecha desde la cual no pudo volver a visitar al niño. Según expone el tribunal, al padre no le era permitido ver a su hijo por parte de la madre, bajo el fundamento de “no haber cuidado bien al niño cuando éste en julio de 1991, se rompió el brazo accidentalmente jugando” (Elsholz contra Alemania, 2000). A partir de este momento se sucederán numerosos intentos del padre por ver a su hijo y la negativa de la madre por permitir aquello. En el mismo año el demandante intentaría ver a su hijo con la colaboración de la oficina de la Juventud de Enkrath, como intermediario. A esta solicitud el menor manifestó a su intermediario que no quería volver a ver a su padre, lo que también hizo al ser escuchado por el Tribunal, el cual estableció que: “no debía ordenar dichos contactos,

salvo que fueran útiles y beneficiosos para el bienestar del menor” (Elsholz contra Alemania, 2000). La naturaleza conflictiva de la situación y las opiniones vertidas por el menor hacia su padre llevaron a concluir que no era conveniente fomentar tales encuentros, no obstante, no dejó de cuestionar hasta qué punto lo manifestado por el menor obedecía a sus propias ideas:

“La madre alimentaba de fuertes prevenciones contra el demandante, que había transmitido al niño, de manera que éste no tenía la posibilidad de mantener con su padre una relación libre de prejuicios” (Elsholz contra Alemania, 2000)

La influencia de la madre contra su progenitor parece hacerse evidente en el caso, toda vez que un inicio manifestó que él siempre había sido generoso. Sobre todo, se torna más probable esta influencia con las manifestaciones del menor que difícilmente parecen ser espontáneas, como lo son referirse a su padre como “malo” o “idiota”. Incluso señala de forma expresa situaciones en que la madre se refiere de forma negativa hacia él: « “Mamá dice siempre que Egbert no es mi padre. Mamá tiene miedo de Egbert” ». De acuerdo a la narración del Tribunal, la actitud de la madre concuerda con el temor que manifiesta, pues ella huiría “corriendo” al encontrarse ambos coincidentemente en una declaración realizada ante el Tribunal inferior. Indistintamente de si las opiniones de la madre contra el demandante eran ciertas o no, en este caso el rechazo de la construcción de vínculos paterno filiales controlados por parte de la madre repercute negativamente en la vida del menor. Indudablemente la imagen que sobre su padre se formó el niño, ha sido cuando menos, exagerada por parte de la madre. En este sentido opina el Tribunal Europeo, agregando que este tipo de alienación es contrario al interés superior del menor:

“En consecuencia, el niño rechazaba cualquier contacto con su padre. Si en esa época se hubiera consultado a un especialista en psicología familiar o infantil, habría podido demostrar que el niño había sido predispuesto, es decir, utilizado por su madre contra su padre. Por ello la sentencia de los dos Tribunales de no nombrar a un perito, medida solicitada por el demandante y recomendada por la Oficina de la Juventud, constituiría una vulneración de los intereses no solamente del padre sino también del niño, ya que

los contactos con el otro padre favorecen el interés del niño a medio y largo plazo.”
(Elsholz contra Alemania, 2000)

Son estos varios de los casos que demuestran la falta de aplicación práctica que podría tener la creencia de una superioridad materna como norma. Sumada a las numerosas contradicciones legales ya observadas, cabe reiterar la reprobación contra el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia en sus numerales 2 y 4.

CONCLUSIONES

Como conclusión sencilla y por demás evidente, si en más de un caso se ha probado que el cuidado de la madre puede resultar contraria al interés superior del menor, la presunción sobre la que se podrían fundar tanto el numeral 2 como el 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, carecen de todo valor práctico.

Primeramente se pudo observar que la naturaleza de la patria potestad como institución, es la de una responsabilidad otorgada a los padres, además de un derecho con el que ellos cuentan en el caso de su concesión. Sin embargo, se hace un énfasis mayor en las obligaciones que tienen los progenitores hacia los hijos, pues es su beneficio el que debe primar. En virtud de esta premisa, es indispensable tener en cuenta que no se trata de que alguno de los dos padres obtenga el derecho de patria potestad sobre los hijos, sino de que se establezca lo que sea más conveniente para su beneficio. Puede resultar más conveniente para el menor tanto que se otorgue la patria potestad a la madre como al padre, pero incluso podría resultar en algunos casos que no sea concedido este a ninguno de los dos. Si este es realmente el principio que sigue la Ley, no debe existir diferenciación ni favorecimiento de ningún tipo frente a ninguno de los progenitores.

Por otro lado, se ha demostrado la existencia de numerosas posibilidades para la no idoneidad de la madre en el ejercicio de la patria potestad. No con esto se querrá decir que se debe desestimar la aptitud que puedan tener las mujeres en general para el cuidado de los menores, pero sí resulta fundamental establecer que tampoco existen razones que sugieran una superioridad por parte de aquellas con relación a los hombres. Como consecuencia, antes de que se demuestre lo contrario la Ley debería permitir a ambos gozar de iguales posibilidades de responder por el menor, sobre todo tomando en cuenta que será su beneficio el que se verá

perjudicado si se opta sin fundamento cierto por alguno de ellos y este resulta no cumplir cabalmente con las exigencias que implica. Así mismo en caso de no poder determinarse cual de ambos goza de mejores capacidades, sería necesario una solución equilibrada (las cuales se incluirán en recomendaciones, como puede ser el caso de la co paternidad), antes que preferir a la mujer como ordena el numeral 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Entre las situaciones que acreditan una potencial no idoneidad de la madre están además del SAP, los demás casos de jurisprudencia en que exponen claros ejemplos que desmienten una posible teoría de su superioridad. Se constituye por tanto un riesgo para el menor y con ello nuevamente se contradice el principio de su interés superior. Claro está que se podría argumentar que los numerales 2 y 4 se establecen que su aplicación quedará limitada de no ser beneficiosa para el menor. No obstante si se sabe de antemano que existe la posibilidad de que tales preferencias queden sin aplicación, sería más conveniente no establecer nunca una preferencia y evaluar a los dos progenitores en igualdad de condiciones, en lugar de dejar abierta una presunción que la misma Ley reconoce como susceptible de error.

A todo esto se suma el hecho ya probado de qué el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia sea opuesto a la Constitución de la República del Ecuador. Además resulta trascendental la contradicción que tiene con otras normas de igual nivel en el ordenamiento legal, pues además de su falta de validez práctica, está supeditada a normas superiores y principios generales que la convierten en incongruente. Al criterio práctico ya expuesto, se suman los vicios jurídicos de los que la existencia de esta norma jurídica adolece. Como base fundamental se tiene el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual proclama la igualdad de todas las personas ante la Ley, sumado cada una de las demás disposiciones analizadas, siendo el resultado concluyente.

RECOMENDACIONES

A modo de recomendaciones, se sugiere el ahondar en determinados temas que por no ser materia central de este trabajo no fueron abordados, pero que revisten gran importancia. Entre ellos se puede contar la comprensión del fenómeno cultural o social que lleva a la preferencia materna por encima de la paterna.

Por otro lado, resulta vital establecer la necesidad de una reforma legal, o bien de la derogación de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia. Es muy importante destacar la contradicción que presenta esta norma con el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, la cual es motivo suficiente para su expulsión del ordenamiento legal nacional.

Como otra alternativa se puede sugerir la inclusión de la figura de co paternidad, para la concesión de la patria potestad. Esta viene a ser un cuidado compartido entre ambos padres, aplicada dentro de España y que se ha considerado ya en países como Chile. De igual forma se sugiere ahondar en este tema, que por su complejidad y extensión no pudo ser tratado en este trabajo, pero que puede resultar una opción lógica frente a la desigualdad que plantea nuestra legislación. Como cualquier teoría esta se podrá encontrar con argumentos a favor así como argumentos en contra, pero resultaría conveniente revisar esta opción, sobre todo al encontrarnos frente a un problema de inconstitucionalidad, razón de fuerza mayor para emprender la búsqueda de soluciones distintas.

BIBLIOGRAFÍA

- AMORES, S. (2014). *Como perfilar el Interés Superior del Niño para su aplicación en las resoluciones y sentencias judiciales de Ecuador*. Revista de Investigaciones Jurídicas "Illumanta" de la Corte Nacional de Justicia, Quito.
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE ECUADOR, Constitución. (2008). Montecristi
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. (s.f.). *Síndrome de Alienación Parental, Regulación y Jurisprudencia en Chile y en el Derecho Comparado*. Valparaíso.
- CABANELLAS, G. (2010). *Diccionario Jurídico Elemental*. Bogotá.
- CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Código Civil Chile. (1856). Código Civil Chile.
- CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR, Código Civil del Ecuador. (2005).
- CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR, Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador. (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*.
- CONTRERAS, M. M. (s.f.). <http://www.juridicas.unam.mx>. Obtenido de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/116/art/art8.htm>
- CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, Causa rol N° 657-2008, 25 de noviembre de 2008).
- ELSHOLZ contra Alemania, TEDH\2000\152 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 13 de julio de 2000).
- JOHANSEN contra Noruega, TEDH\1996\31 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 7 de agosto de 1996).
- PIAZZI contra Italia, JUR\2010\360648 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2 de noviembre de 2010).

QUINTANA, M. (2009). Legislación y jurisprudencia sobre el cuidado personal del niño y la relación directa y regular con él. *Revista de Derecho de Valparaíso (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)*, 10.

ROSSO, G. (2013). *Apuntes en Clase, Derecho de Familia y Sucesiones*. Santiago de Chile: Universidad de los Andes.

SYLVESTER contra Austria, JUR\2004\73113 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 24 de abril de 2003).

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS (INEC). (19 de marzo de 2012).

<http://www.ecuadorencifras.gob.ec/>. Obtenido de

<http://www.ecuadorencifras.gob.ec/violencia-de-genero/>

MINISTERIO DE INTERIOR. (10 de abril de 2014). <http://www.ministeriointerior.gob.ec/>. Obtenido de

<http://www.ministeriointerior.gob.ec/campana-ecuador-actua-ya-violencia-de-genero-ni-mas-sensibiliza-a-toda-la-comunidad/>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (22 de junio de 2012). <http://www.rae.es/>. Obtenido de

<http://lema.rae.es/drae/?val=>