

**SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. -**

**Andrea Maru Irigoyen Ponce**, portadora de cédula de ciudadanía No. 0910481126, ecuatoriana, mayor de edad, por mis propios y personales derechos, de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, comparezco ante ustedes para presentar el siguiente **Amicus Curiae** dentro de la **acción de inconstitucionalidad No. 0028-15-IN**, al tenor de los siguientes términos:

**1.- ARGUMENTOS A FAVOR DE LA CUSTODIA COMPARTIDA. -**

**1.1.- La corresponsabilidad parental como norma imperativa**

**1.1.1.-** Dentro de la Teoría del Derecho, las normas han sido objeto de un sinnúmero de clasificaciones; no obstante, juristas como Bobbio, Prieto Sanchis, Camelutti, entre otros, han optado por clasificar a las normas jurídicas como descriptivas y prescriptivas.

Las normas descriptivas son enunciados jurídicos que describen o establecen conceptos (v.gr. los tipos penales), o una condición (v.gr. "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (...)").

En cambio, las normas prescriptivas son proposiciones jurídicas que buscan regular la conducta humana. Estas se dividen en imperativas (mandan), prohibitivas (prohíben) y permisivas (permiten).

**1.1.2.-** En el caso que nos compete, la custodia compartida, como fundamento fidedigno y cuasi perfecto de la corresponsabilidad parental se encuentra en el artículo 83, numeral 16 de la Constitución, el cual establece lo siguiente:

"Art. 83.- Son **deberes y responsabilidades** de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

**16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten.**" (El resaltado me pertenece)

**1.1.3.-** Como se puede observar, esta disposición constitucional se subsume perfectamente dentro de las normas imperativas, ya que contienen un mandato de cumplimiento obligatorio.

En este sentido, realizando una integración del resto de normas constitucionales, es menester señalar que uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar sin discriminación alguna el goce efectivo de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 3.1); todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, **deberes** y oportunidades (art. 11.2); el más alto deber de Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución (art. 11.9).

**1.1.4.-** De lo expuesto, se desprende claramente que lo dispuesto en el artículo 83, numeral 16, la corresponsabilidad parental, no está prohibida ni se establece cláusula de libertad para permitir su institucionalización (lo que no está prohibido, está permitido); más bien, se encuentra positivizada en el Capítulo Noveno denominado "Responsabilidades". De sus 17 numerales, solo el 2 es un

deber u obligación prohibitiva; el resto son mandatos imperativos, de hacer; y en lo que compete, **la crianza en igualdad de proporción, es una responsabilidad imperativa, de hacer.**

## **1.2.- La eficacia como característica de la norma jurídica**

**1.2.1.-** Siguiendo la misma línea argumental, dentro de la misma Teoría del Derecho, a las normas jurídicas se las ha dotado de tres características inherentes: la validez, la eficacia y la justicia.

La validez está relacionada con lo formal, es decir que la norma haya sido expedida por autoridad competente. La justicia (neoconstitucionalista), que la norma esté acorde a principios morales fundamentales en búsqueda del bien común de la sociedad; mientras que la eficacia, se encuentra conexas al cumplimiento efectivo de las normas.

**1.2.3.-** En este caso, quiero centrarme exclusivamente sobre la eficacia. Nuestra Constitución constantemente señala que se debe procurar el goce efectivo de los derechos. Esto podrá cumplirse únicamente si la norma es eficaz. Si la norma es ineficaz, estaríamos hablando un mero enunciado traducido a un papel, o como Loewenstein denominaría, una "Constitución Nominal", es decir, que una *"(...) constitución podría ser jurídicamente válida, pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la constitución carece de realidad existencial (...)"*.

Es incluso paradójico que, conteniendo nuestra Constitución garantías para efectivizar el goce efectivo de los derechos, como la corresponsabilidad parental, ésta sea un derecho-deber válido, justo, pero ineficaz en su aplicación y cumplimiento.

Es más, Ferrajoli no puede divorciar la justicia de la eficacia de la norma, por cuanto asevera que la justicia se ve cumplida con el goce efectivo de los derechos.

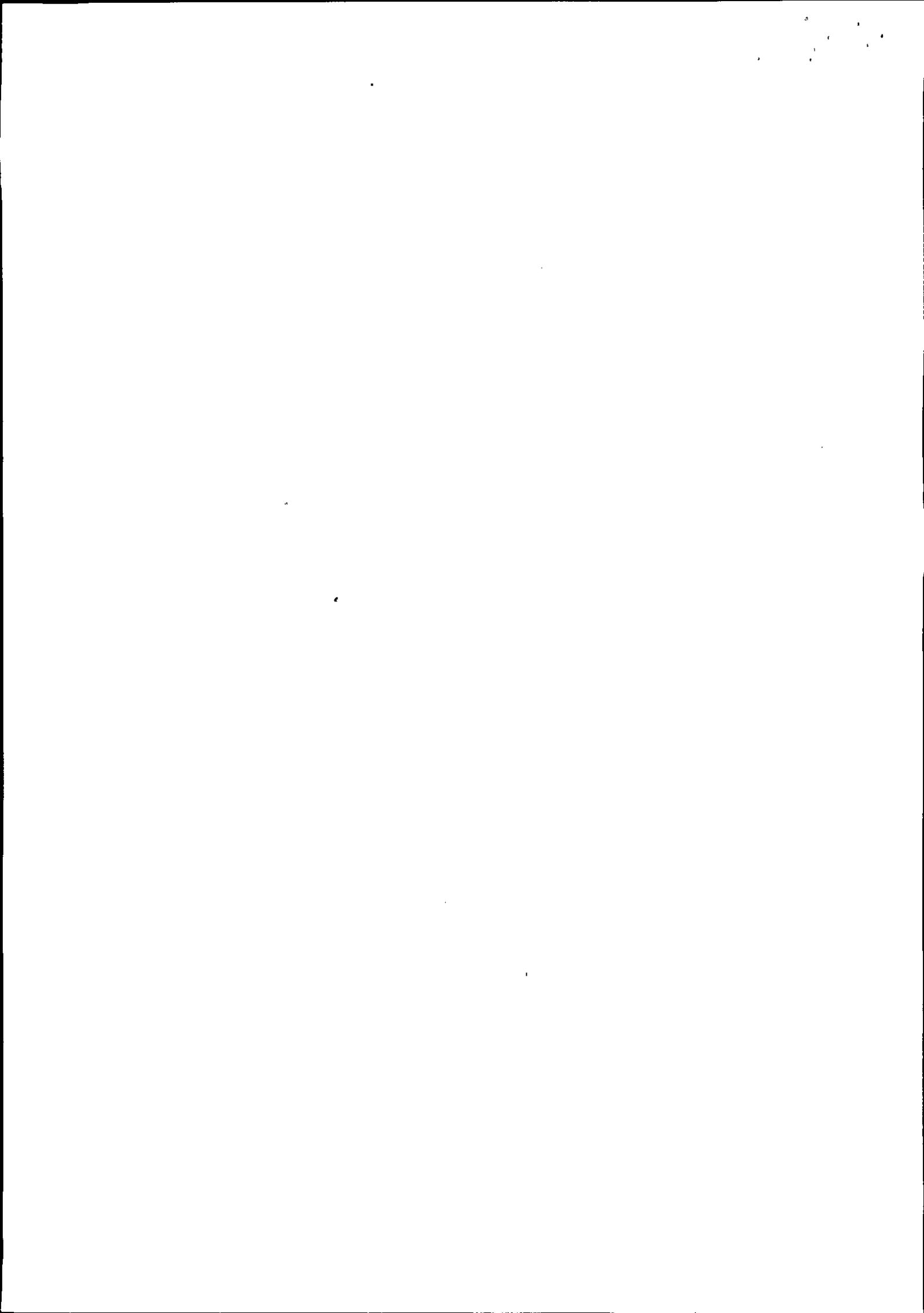
**1.2.4.-** Como se puede observar, la Constitución no solo está colmada de derechos, sino también de deberes que deben ser cumplidos por las ecuatorianas y ecuatorianos. Estamos acostumbrados a reclamar y exigir el goce efectivo de nuestros derechos, pero nos solemos olvidar, quizás por conveniencia, que también tenemos responsabilidades adquiridas dentro de la sociedad.

En el presente caso, la corresponsabilidad parental es un mandato del cual madres y padres no custodios de nuestras hijas e hijos no queremos desentendernos. Más bien, queremos cumplirlo, queremos ejercerlo.

Existe una dura realidad, y es que muchos padres y madres abandonan a sus hijos, dejándolos huérfanos en vida, matándolos psicológica y emocionalmente, cavando un hueco profundo y dejando un lúgubre vacío en sus vidas.

Nosotros no queremos ser esa clase de padres y madres; ¿por qué negamos la oportunidad de que nuestras hijas e hijos crezcan compartiendo igual tiempo tanto con sus padres y madres separados?

Cierto sector denominado "feminista" se niegan rotundamente a eso, y la razón es clara: mantener la custodia exclusiva de los hijos es un arma eficaz para seguir



ejerciendo relaciones asimétricas de poder hacia sus ex parejas. No les importan los hijos, sino mantener el poder, el control sobre las ex parejas sea por capricho, resentimiento o alguna otra inescrupulosa razón.

### **1.3.- Los numerales 2 y 4 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia**

**1.3.1.-** Habiéndose establecido que la corresponsabilidad parental traducida en la custodia compartida es un deber de obligatorio cumplimiento que no está siendo cumplido, tomándose esta norma en ineficaz, es indispensable establecer lo que indica la norma infraconstitucional, que debería ser compatible con la constitucional. Me refiero a los numerales 2 y 4 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Estos prescriben lo siguiente:

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

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

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

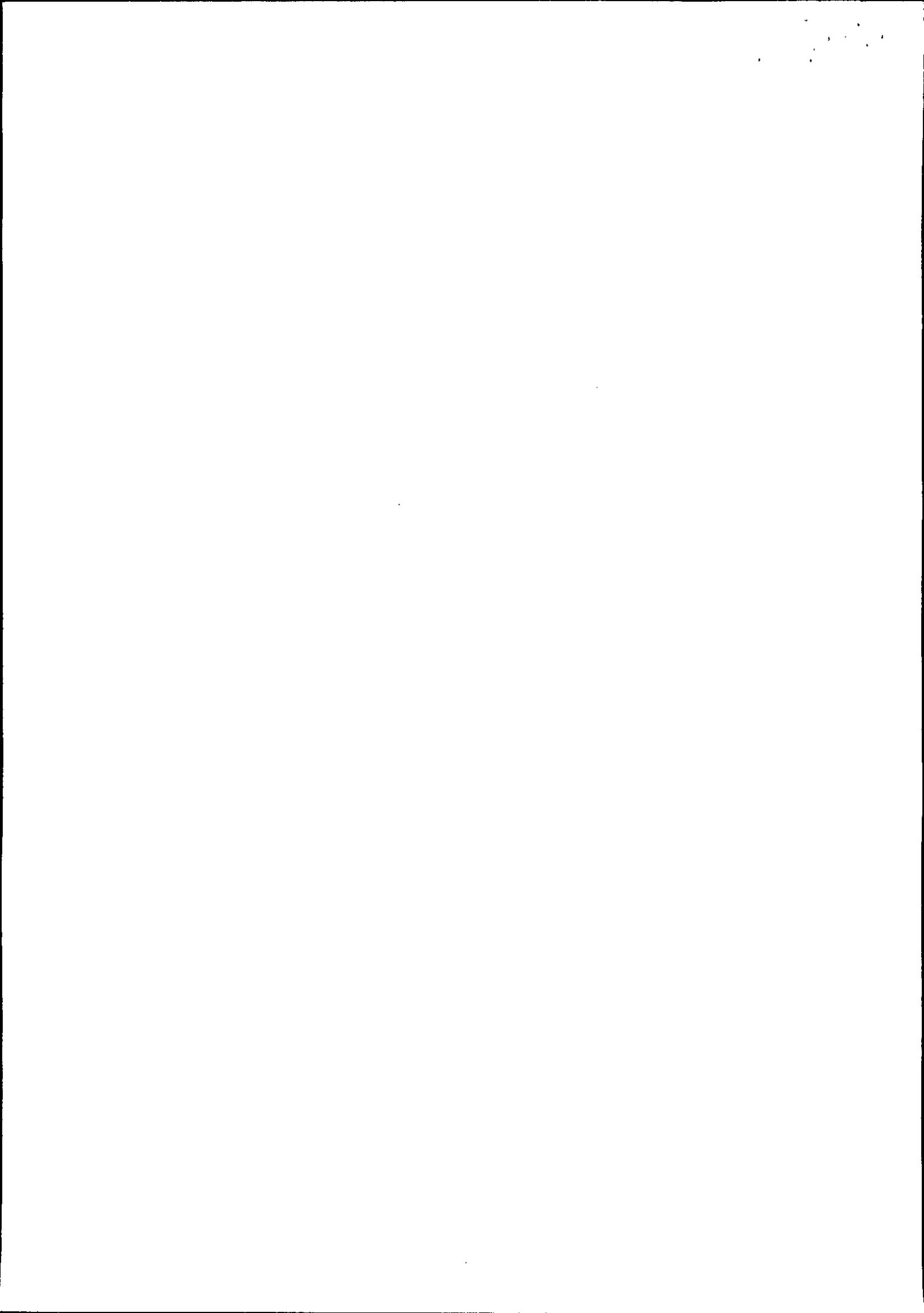
**1.3.2.-** Por encontramos dentro de un Estado constitucional, donde uno de los pilares fundamentales es el principio de supremacía constitucional, todas las políticas públicas, actos administrativos y normas jurídicas deben estar acordes a la Constitución, y por ende a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si realizamos en mismo ejercicio fenomenológico que hicimos con la norma constitucional en acápites previos, nos encontramos que las reglas establecidas en los numerales 2 y 4 del artículo 106 de la ley citada, son también normas imperativas, conteniendo una obligación legal de hacer, esto es, otorgar preferentemente la custodia de las hijas e hijos a las madres, aun cuando ambos progenitores estén en iguales condiciones de criarlos.

La diferencia es que estas reglas deben estar acordes a la Constitución, y como se analizó previamente, es evidente que existe una discordancia entre lo establecido en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, con numeral 16 del artículo 83 de la Constitución.

**1.3.3.-** ¿Qué ocurre si una norma legal se contrapone a una constitucional? La propia Constitución en su artículo 424 da la respuesta: carecerá de eficacia jurídica. Esto quiere decir que debería ser inaplicada e incluso expulsada del ordenamiento jurídico vigente. Pero, ¿qué sucede? En la práctica sigue aplicándose.

Es una norma injusta, ya que no existe razón fundamentada para dar trato preferente hacia la madre y relegándose al padre a un segundo plano, en



calidad de visitador, efectuándose un claro trato discriminatorio, pero sigue siendo una norma eficaz, porque su cumplimiento se consuma a cabalidad.

**1.3.4.-** Como se puede observar, esta es una de las incongruencias más evidentes que se dan en nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado, la Constitución dispone como deber y responsabilidad la corresponsabilidad parental traducida en custodia compartida; y por otro, una norma infraconstitucional, dispone la custodia monoparental materna.

#### **1.4.- La custodia compartida como máxima expresión de la corresponsabilidad parental**

**1.4.1.-** Las personas, para el ejercicio de cualquier actividad, desde el pensar hasta criar a nuestros hijos, requiere de dos condiciones a las que estamos sometidos de forma ineludible: tiempo y espacio. Como aseveró Heidegger, "(...) el tiempo es aquello donde suceden los acontecimientos (...)", y nos encontramos ligados a este.

Nosotros, como seres temporales, debemos expresarnos dentro de un espacio determinado. Esto es lo que Heidegger denomina "ser en el mundo", por cuanto, lo que realicemos, quedará plasmado en un espacio definido. Entonces, como seres temporales y espaciales, estamos sujetos a realizar actividades dentro de un lapso y un lugar determinado.

**1.4.2.-** En el caso que compete, pasando de lo abstracto a lo concreto, para el cumplimiento del deber de crianza de las hijas e hijos en **igual proporción**, se requiere una inversión de tiempo y espacio acorde al principio de igualdad.

Por "igual", debemos entender como "de la misma manera" (Real Academia Española). En ese sentido, tanto madres como padres deben criar a sus hijas e hijos en igual proporción, es decir de la misma manera. Si la madre mantiene custodia de las hijas e hijos, el padre, **de la misma manera**, debería mantenerla también, no sólo por mandato constitucional, sino porque se ajusta al sentido común.

**1.4.3.-** Entonces, si madres y padres deben cumplir con la crianza de las hijas e hijos en igual proporción, eso quiere decir que deben invertir de la misma manera, tiempo y espacio en ellos. Es imposible y absurdo criar a las hijas e hijos en igual proporción sin inversión de tiempo y espacio.

En relación al tiempo, la custodia compartida se podría traducir en que el 50% del tiempo pase con la madre, y el otro 50% con el padre, tal como sucede, por ejemplo, en Suecia, Holanda, Francia, Chile, entre otros países.

Y, en relación al espacio, que las hijas e hijos se desarrollen en igual proporción, dentro del entorno materno y en el paterno.

Es decir, que nuestras hijas e hijos puedan compartir tiempo y espacio con sus progenitores en igual proporción; de la misma manera tanto con la mamá como con el papá.

**1.4.4.-** Como se puede observar, la institución de la custodia compartida como expresión magna de la corresponsabilidad parental se ajusta no solamente al ordenamiento jurídico, sino al sentido común.

## 2.- CONCLUSIONES. -

De lo expuesto en el acápite previo, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

**2.1.-** La corresponsabilidad parental, traducida en la praxis a la custodia compartida, es un deber, una responsabilidad, una obligación de rango constitucional que debe ser cumplida.

**2.2.-** En la praxis, la corresponsabilidad parental traducida en custodia compartida, es derecho-deber es válido, justo, pero ineficaz.

**2.3.-** La custodia compartida, como efecto de la corresponsabilidad parental, debe manifestarse en igual proporción en tiempo y espacio.

**2.3.-** La ineficacia de la corresponsabilidad parental traducida en custodia compartida se debe a que se encuentra vigente la inconstitucional custodia monoparental materna establecida en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

## 3.- SOLICITUD. -

De lo expuesto, solicito respetuosamente lo siguiente:

**3.1.-** Que se declare la inconstitucionalidad por razones de fondo de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

**3.2.-** Que dentro del control constitucional que ustedes realizarán, sea institucionalice en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia la custodia compartida como fidedigno reflejo de la corresponsabilidad parental.

**3.3.-** Que se me permita intervenir en calidad de Amicus Curiae en la audiencia que se convocará para sustanciar la acción de inconstitucionalidad No. 0028-15-IN, a fin de exponer mi planteamiento de manera eficaz.

## 4.- NOTIFICACIONES. -

Recibiré notificaciones a mi correo electrónico maruirigoyen82@gmail.com .

Atentamente,

  
**Andrea Maru Irigoyen Ponce**  
C.C. No. 0910481126

	SECRETARIA GENERAL BOGOTÁ, COLOMBIA
Fecha de recepción	11 MAR 2023
Hora de recepción	15:56
Nombre del remitente	Anny
Asunto	sin Anexos
FIRMA RESPONSABLE	