



**UNIVERSIDAD
ESTATAL
DE BOLÍVAR**



UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y

POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PREVIO LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE

ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA

TEMA:

“LA APLICABILIDAD DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

NO.28-15 IN, EN RESOLUCIONES JUDICIALES DE CORRESPONSABILIDAD

PARENTAL Y TENENCIA COMPARTIDA DE NIÑAS, NIÑOS Y

ADOLESCENTES”

AUTOR:

CÉSAR OLMEDO PEÑA URREA

TUTORA

Dra. Karina Ruiz Abril

Guaranda-Ecuador

2023

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA

Yo, **Dra. Karina Ruiz Abril**, en mi calidad de Tutora del Proyecto de Investigación, designada por disposición de Consejo Directivo, bajo juramento **CERTIFICO:** que el señor **César Olmedo Peña Urrea**, egresado de la Universidad Estatal de Bolívar, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, Escuela de Derecho, ha cumplido con su trabajo de grado previo a la obtención del título de Abogados de los Tribunales y Juzgados de la República; con el tema: “**APLICABILIDAD DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL NO.28-15 IN, EN RESOLUCIONES JUDICIALES DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y TENENCIA COMPARTIDA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES**”; mismo que ha cumplido con todos los requerimientos exigidos por la institución, siendo la misma de su propia autoría, por lo que se aprueba la misma.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando a las interesadas a hacer uso de la presente, así como también se autoriza la presentación para la calificación por parte del jurado respectivo.

Atentamente:



Tutora

Dra. Karina Ruiz Abril

DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTENTICIDAD DE AUTORÍA

Yo; **César Olmedo Peña Urrea**, egresado de la Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar, bajo juramento declaro en forma libre y voluntaria que el presente Proyecto, con el tema: “APLICABILIDAD DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL NO.28-15 IN, EN RESOLUCIONES JUDICIALES DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y TENENCIA COMPARTIDA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES” es de mí autoría, así como las expresiones vertidas en la misma, que se ha realizado bajo la recopilación bibliográfica tanto de libros, revistas, publicaciones, así como de artículos de la legislación ecuatoriana para el presente trabajo investigativo.

Atentamente:



Autor
César Olmedo Peña Urrea



Notaria Tercera del Cantón Guaranda
Msc. Ab. Henry Rojas Narvaez
Notario

No. ESCRITURA

20230201003P00661

**DECLARACION JURAMENTADA
OTORGADA POR:**

PEÑA URREA CESAR OLMEDO

CUANTIA: INDETERMINADA

FACTURA: 001-006-000003268

DI: 2 COPIAS

En la ciudad de Guaranda, capital de la provincia Bolívar, República del Ecuador, hoy día veintisiete de marzo de dos mil veintitrés, **ante mi Abogado HENRY ROJAS NARVAEZ, Notario Público Tercero del Cantón Guaranda**, comparece el señor PEÑA URREA CESAR OLMEDO, estado civil soltero, domiciliado en este cantón Guaranda, con celular número 0982468523; por sus propios derechos. El compareciente es de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, hábil e idónea para contratar y obligarse a quien de conocerla doy fe en virtud de haberme exhibido sus documentos de identificación y con su autorización se ha procedido a verificar la información en el Sistema Nacional de Identificación Ciudadana, bien instruida por mí el Notario con el objeto y resultado de esta escritura pública a la que procede libre y voluntariamente, advertida de la gravedad del juramento y las penas de perjurio, me presenta su declaración Bajo Juramento que dice: **Declaro que el presente trabajo de investigación titulado: "LA APLICABILIDAD DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL NO.28-15 IN, EN RESOLUCIONES JUDICIALES DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y TENENCIA COMPARTIDA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES."** Previo la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, de la facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y políticas de la Universidad Estatal de Bolívar, es de mi autoría, este documento no ha sido previamente presentado por ningún grado de calificación profesional y que las referencias bibliográficas que se incluyen han sido consultadas por la autora. Es todo cuanto puedo declarar en honor a la verdad, la misma que la hago para los fines legales pertinentes. **HASTA AQUÍ LA DECLARACIÓN JURADA.** La misma que queda elevada a escritura pública con todo su valor legal. Para el otorgamiento de la presente escritura pública se observaron todos los preceptos legales del caso, leída que le fue al compareciente por mí el Notario en unidad de acto, aquel se afirma y se ratifica de todo lo expuesto y firma conmigo en unidad de acto, quedando incorporado al protocolo de esta Notaria, la presente declaración, de todo lo cual doy fe.-

PEÑA URREA CESAR OLMEDO
C.C. 0202477526



AB. HENRY ROJAS NARVAEZ

NOTARIO PUBLICO TERCERO DEL CANTON GUARANDA

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedico con mucho amor a mi madre, quien ha sido un soporte y fortaleza en cada momento de mi vida.

César

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi madre por su constante confianza y sostén, por ser la que, sin duda, ha estado día a día junto a mí ayudándome en todo mi trayecto, demostrándome con amor y sabiduría que todo se puede cumplir. Le agradezco por siempre decirme que nunca diga no puedo sin antes intentarlo, gracias, mamá por ser todo en mi vida. Agradezco a cada una de las personas que estuvieron durante toda la carrera y me enseñaron el valor de la amistad y el compañerismo.

Agradezco a la Dra. Karina Ruiz, por haberme guiado en el desarrollo de este trabajo de investigación, por la constante ayuda y paciencia que me supo brindar desde el primer día que acepto ser mi tutora y por haber sido la docente que confió en mi potencial como estudiante de derecho.

César Olmedo Peña Urrea

INDICE

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA	II
DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTENTICIDAD DE AUTORÍA	III
DEDICATORIA	IV
AGRADECIMIENTO	V
TITULO	1
CAPITULO I	2
PROBLEMA	2
1.1. Resumen.....	2
Abstract	4
Introducción	6
Planteamiento del Problema	8
Formulación del Problema	9
Hipótesis	9
Variables	10
Variable Independiente	10
Variable Dependiente	10
Objetivos	10
Objetivo General	10
Objetivos Específicos	10
Justificación	10
CAPITULO II	13
MARCO TEÓRICO	13
El Principio de Igualdad y No discriminación	13
La Tenencia como institución jurídica en el derecho de familia	16
Las Acciones de Inconstitucionalidad	19
Efectos jurídicos de las Sentencias de la Corte Constitucional	21
2.2. Marco Legal	22
Constitución de la República	22
2.2.2. Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia	24
Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	25
CAPITULO III	27

METODOLOGÍA	27
3.1. Método de la Investigación	27
3.2. Tipo de Investigación	28
3.3. Técnicas e Instrumentos de Investigación	28
Criterio de Inclusión y Criterio de Exclusión	29
.3.5. Población y Muestra	29
3.6. Localización geográfica del estudio	29
CAPITULO IV	30
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	30
Resultados	30
Entrevistas	31
Encuestas	36
CAPÍTULO V	46
Conclusiones y Recomendaciones	46
5.1. Conclusiones	46
5.2. Recomendaciones	47
BIBLIOGRAFÍA	48
LEXGAFRIA	49

TITULO:

**“APLICABILIDAD DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
NO.28-15 IN, EN RESOLUCIONES JUDICIALES DE CORRESPONSABILIDAD
PARENTAL Y TENENCIA COMPARTIDA DE NIÑAS, NIÑOS Y
ADOLESCENTES”**

CAPITULO I

PROBLEMA

Título

“APLICABILIDAD DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL NO.28-15 IN, EN RESOLUCIONES JUDICIALES DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y TENENCIA COMPARTIDA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES”

1.1. Resumen

El presente trabajo de investigación pretende realizar un análisis jurídico de la aplicabilidad de la sentencia de la Corte constitucional No. 28 15 – IN, en resoluciones judiciales que hacen referencia a la corresponsabilidad parental y Tenencia Compartida de niños, niñas y adolescentes.

La legislación ecuatoriana a confiado siempre con preferencia y a determinado que los hijos e hijas en situaciones de divorcio, separación de los padres queden al cuidado de su madre; más sin embargo con la evolución del derecho y por ende las leyes; constitucionalmente se ha determinado la igualdad como uno de los principios básicos que tienen que ser observados y aplicados.

En casos de Tenencia Compartida como parte de la Corresponsabilidad Parental se inobserva varias circunstancias que no permiten que esta sea otorgada o en ocasiones se da el mayor tiempo a la madre, dejando apenas fines de semana o pequeños espacios al padre lesionando sus derechos como ciudadano ecuatoriano y como progenitor.

La necesidad de investigar los niveles de cumplimiento de una Sentencia que tiene fuerza legal por ser emitida por el máximo organismo de control constitucional es imperante, ya que se trata del bienestar de niños, niñas y adolescentes.

Realizar un trabajo investigativo que permita determinar los niveles de cumplimiento de una Sentencia Constitucional y la necesidad de reformar la ley especial en este caso el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia estableciendo nuevas reglas que respeten los derechos de equidad, de protección integral a niños, niñas y adolescentes, que respete el principio fundamental de Interés Superior del Niños es imperante por tratarse del bienestar de un grupo vulnerable de la sociedad.

La metodología de la investigación de tipo cualitativa, con el método dogmático e interpretativo de la norma constitucional y legal, pues a través de estos métodos se ofrece una respuesta al problema tratado a partir de lo que cree la mejor reconstrucción posible permitida por el material jurídico que tiene a disposición; además Los hechos o fenómenos sociales estudiados en este trabajo son medibles y cuantificables mediré y estableceré relaciones causales entre las variables, para explicar el problema de estudio y la realidad social actual

Palabras Claves: Sentencia, Corresponsabilidad Parental, Equidad, Cumplimiento, Normativa.

Abstract

The present research work intends to carry out a legal analysis of the applicability of the Constitutional Court ruling No. 28 15 - IN, in judicial resolutions that refer to parental co-responsibility and Shared Custody of children and adolescents.

Ecuadorian legislation has always trusted and has determined that sons and daughters in a situation of divorce and separation from parents, remain under the care of the mother; however, with the evolution of the law and therefore of the laws, equality has been constitutionally established as one of the basic principles that must be observed and applied.

In cases of Shared Custody as part of Parental Co-responsibility, several circumstances are not observed that prevent it from being granted impartially, giving the mother the most time, leaving only weekends or small spaces for the father, thus injuring his rights as a ecuadorian citizen, as well as a parent.

There is a prevailing need to investigate the levels of compliance with a Judgment that has legal force because it is issued by the highest body of constitutional control, since it deals with the well-being of children and adolescents.

Because it deals with the well-being of a vulnerable group in society, it is also imperative to carry out an investigative work that allows determining the levels of compliance with a Constitutional Judgment and the need to reform the special law, in this case, the Organic Code for Children and Adolescence, establishing new rules that respect the rights of equality, comprehensive protection for children and adolescents, and that respects the fundamental principle of the Best Interest of the Child.

The research methodology is of a qualitative type, with the dogmatic and interpretive method of the constitutional and legal norm, since through these methods an answer to the problem treated is offered based on what produces the best possible reconstruction allowed by the law material that is available; in addition, the facts or social phenomena studied in this work are measurable and quantifiable, therefore, I will measure and establish causal relationships between the variables, to explain the study problem and the current social reality.

Keywords: Judgment, Parental Co-responsibility, Equity, Compliance, Regulations.

Introducción

La Constitución del 2008 determina derechos y garantías que deben ser cumplidas por todos; pero por sobre todo por los organismos estatales; en base a principios fundamentales siendo uno de los primordiales la igualdad, la equidad el que automáticamente debe aplicarse.

En el caso del contenido del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia que dispone las reglas para confiar el ejercicio de la Patria Potestad o la Tenencia; en sus numerales 2 y 4 en los cuales consta un favoritismo a la madre del menor sin tomar en cuenta el contenido constitucional de igualdad y corresponsabilidad parental.

Con respecto a este tema el 1 de abril se presenta una acción de inconstitucional de este contenido legal por transgredir principios constitucionales como la igualdad, la corresponsabilidad parental y es así que la Corte Constitucional inicia un largo periplo para resolver este tema; en el camino se presentar decenas de *amicus curiae*, elevando el nivel de debate acerca del tema.

Los accionantes en su argumentación afirmaron que: "...la preferencia materna no es proporcional ya que este trato desigual sacrifica valores y principios de mayor peso que los que se pretende satisfacer por medio de esta distinción. Aparentemente, esta disposición gira en torno a la protección del menor ya que se ha entendido que la madre es la persona idónea para cuidar al niño. No obstante, el hecho de que siempre se deba atribuir la tenencia a la madre, perpetúa un estereotipo discriminatorio a las mujeres, a la vez que resulta incompatible con el principio del interés superior del niño..." (Expediente de la Corte Constitucional fjs. 15)

La Corte esgrimió parámetros para evaluar, caso por caso, el encargo de la tenencia de niños, niñas y adolescentes, estableció que esta sentencia apuesta a la

necesidad de combatir estereotipos de género y la desigualdad en el ambiente doméstico, buscando el cumplimiento de la corresponsabilidad parental.

El estado y sus instituciones plantearos escasos argumentos para defender la constitucionalidad de la norma más sin embargo hay que resaltar que a los argumentos de los accionantes se sumaron lo de los amicus curiae; como por ejemplo el de la comunidad “Coparentalidad Ecuador”; que textualmente dice:

“1. Su interés radica en que los padres, en caso de separación, mantengan el contacto con NNA, basado en un acuerdo proporcional de derechos y obligaciones.

2. Buscan evitar situaciones de alienación parental y estigma hacia la figura paterna.

3. Sugieren la incorporación de la figura de la tenencia compartida.

4. Determinan que la norma impugnada es contraria al artículo 11 del CONA, ya que refuerza el sistema monoparental y viola los principios de igualdad entre padre y madre. 5. A su entender, la norma impugnada es contraria a la corresponsabilidad parental y al interés superior de NNA, “beneficiando” solo a la madre en lo referente a la tenencia de los hijos”.(Sentencia C.C, No. 28-15 IN).

La Corte Constitucional en la sentencia 28 – 15 IN dispuso al Defensor del Pueblo que, contando con la participación activa de las organizaciones sociales y de manera coordinada con los distintos organismos estatales, prepare un informe que sea conocido por la Asamblea Nacional para que continúe el debate del “Proyecto del Código Orgánico para la Protección Integral de niñas, niños y adolescentes”. Además, también se dispuso que la Defensoría del Pueblo y el Consejo de la Judicatura, de forma conjunta, elaboren un plan de capacitación dirigido a funcionarios judiciales que resuelvan casos relacionados con niñez y adolescencia, para que se proporcione formación referente a la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia intrafamiliar.

La sentencia tiene fecha de 24 de noviembre del 2021; ahora es importante hacer un análisis de la aplicabilidad de esta en las Unidades de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de la Función Judicial al momento de administrar justicia.

Planteamiento del Problema

Los derechos de niñas, niños y adolescentes son muy discutidos constantemente, son tratados en las distancias pertinentes para construir la norma y luego es manejada para aplicarla en los órganos jurisdiccionales, esto es, unidades de la niñez y la adolescencia de la función judicial del Estado ecuatoriano; en donde se resuelve prácticamente el desarrollo integral de seres humanos en etapa de crecimiento, en una etapa que marca su futuro como persona. El énfasis de la construcción de la norma se ha basado “En el interés superior del niño”; más, sin embargo, con la vigencia, aplicación, el tratamiento de casos día a día en las instancias correspondientes se van presentando casos que se contraponen a principios constitucionales de igualdad, equidad, protección integral a niños, niñas y adolescentes.

El contenido del artículo **Art. 106**; textualmente determina: “**Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.** - *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 esté en condiciones de expresar su opinión, observarán las siguientes reglas:*

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 12 años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ellos se perjudica los derechos del hijo o la hija.

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

El contenido transcrito se contrapone a la igualdad de hombres y mujeres en la aplicación de la ley; pues más allá de sólo pensar en condiciones machistas o feministas está un verdadero análisis técnico y jurídico del verdadero bienestar del niño, niña y adolescente, con el objeto de precautelar el principio básico del interés superior del niño, niña y adolescente.

La Corte Constitucional ya ha dado un pronunciamiento con respecto a la inconstitucionalidad del contenido de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la niñez y de la adolescencia, por ser contrarios de los principios básicos de igualdad, corresponsabilidad e interés superior del niño, niña y adolescente.

La importancia de esta investigación radica en romper los parámetros y estigmas sociales de que solamente la madre tiene los atributos morales y físicos para cuidar y ser responsable de sus hijos. La importancia de realizar un análisis del papel que pueden cumplir los padres y por, sobre todo, que se respete la corresponsabilidad que tienen para responder por sus hijos e hijas.

Formulación del Problema

¿Por qué la inaplicabilidad de la sentencia de la Corte Constitucional No.28-15 In, en resoluciones judiciales de corresponsabilidad parental y tenencia compartida de niñas, niños y adolescentes lesiona a los principios de igualdad, corresponsabilidad e Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente?

Hipótesis

La inaplicabilidad de la sentencia de la Corte Constitucional No.28-15 In, en resoluciones judiciales, por parte de los jueces, lesiona a los principios de igualdad, corresponsabilidad e Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente ya que al no existir una relación familiar consolidada el menor tiene un desarrollo inestable por el simple hecho de tener a uno de

sus progenitores a su cuidado y crianza, lesionando el principio de igualdad con el padre.

VARIABLES

Variable Independiente

Inaplicabilidad judicial de la sentencia de la Corte Constitucional No.28-15 In, al momento de resolver casos de tenencia compartida de niñas, niños y adolescentes.

Variable Dependiente

Lesiona el principio de Igualdad y Corresponsabilidad Parental.

Objetivos

Objetivo General

Analizar técnica, jurídica y metodológicamente la aplicabilidad de la sentencia de la Corte Constitucional No. 28-15 IN, en resoluciones judiciales de corresponsabilidad parental y tenencia de niños, niñas y adolescentes.

Objetivos Específicos

1.- Analizar jurídicamente el contenido de la Sentencia de la Corte Constitucional No. 28 -15 IN que declara la inconstitucional del contenido de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.

2.- Determinar la aplicabilidad de la sentencia de la Corte Constitucional en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Guaranda.

3.- Proponer una reforma al contenido del artículo 106 numerales 2 y 4 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.

Justificación

La problemática generada en torno a la tenencia de los hijos menores impacta tanto en los involucrados como en la sociedad en general, por lo que se ha hecho

pertinente realizar un estudio concreto de la figura de tenencia de menores, un diagnóstico que determine la situación de la problemática jurídica y su impacto en los derechos de las niñas, niños y adolescentes, para finalmente fundamentar la necesidad de que se reconozca y regule la tenencia compartida de los hijos en la legislación ecuatoriana, en virtud de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Es necesario realizar un análisis para tener una visión objetiva de la necesidad de reformar el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia de una forma técnica y que permita en su contenido asegurar la igualdad, la corresponsabilidad parental siempre cuidando del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente ya que su desarrollo es imprescindible para el estado y la sociedad.

El análisis jurídico práctico y metodológico de la aplicabilidad de la sentencia 28 15 IN de la Corte Constitucional en decisiones judiciales es importante para ver el giro que ha tenido la justicia en familia después de esta sentencia y cuáles son sus efectos; así, proponer un cambio que contenga igualdad y corresponsabilidad parental.

Cualquier intento de enajenar a los hijos del otro progenitor debe verse como una violación directa y deliberada de uno de los principales deberes de la paternidad.

La necesidad de que juezas y jueces puedan actuar en los casos de existencia de algún tipo de conflicto en la marcha de las relaciones paterno-filiales en caso de ruptura de pareja o matrimonio, y con carácter conflictivo o lo que se ha denominado Alienación Parental, ya que dicho precepto permitiría que los operadores de justicia puedan llevar a cabo modificaciones en tenencia y del régimen de visitas de los progenitores respecto de los hijos menores.

La posibilidad de que el Juez o Jueza adopte nuevas medidas en la tenencia y visitas en caso de considerar la necesidad de completar o modificar las medidas previamente acordadas, adoptar medidas que hayan de sustituir a las anteriores por falta

de acuerdo entre cónyuges o la modificación de las medidas acordadas, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al acordarlas.

En definitiva, al abordar este fenómeno se plantea la necesidad y conveniencia de admitir la existencia del fenómeno relacional de la Alienación Parental, es evidente que actualmente nos encontramos ante un fenómeno real al que se enfrentan en la práctica diaria los diferentes profesionales, ya sean peritos forenses o jueces, y que se detecta en el ámbito de las rupturas conflictivas de pareja. Y que el resultado es la privación total o parcial al hijo menor de una relación parental normalizada con alguno de sus progenitores y respecto de la familia de éste.

Por todo ello el objetivo primordial se centraría en preservar el interés superior del menor, y para ello se hace necesario legislar en este sentido para evitar la alienación parental y además formar a los profesionales para que puedan analizar objetivamente con la máxima profesionalidad posible la situación, y teniendo siempre presente que el reconocimiento o detección de dicho trastorno no es un fenómeno estático, al no agotarse su definición en sí misma, ya que se trataría de una realidad en continua revisión. Y de manera que a través de la puesta de manifiesto de dicho fenómeno se pueda conseguir evitar que se ponga en peligro o se vulnere el interés superior del menor que en definitiva es lo que preponderaría y sería el principal objeto de protección.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

El Principio de Igualdad y No discriminación

La igualdad o no discriminación es una de las normas declaradas con mayor frecuencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos norma internacional que fue dictada, promulgada y ratificada por los países miembros de la Organización de la Naciones Unidas después del holocausto y el asesinato de seis millones de judíos, incluyendo un millón de niños.

En los últimos 45 años, organismos internacionales se han abocado, en forma continua, al desarrollo y la promulgación del derecho de igualdad. Esto ha ocurrido en diversos contextos: en relación con derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; en empleo, remuneraciones y educación; y en tortura, raza, sexo e infancia. Actualmente, también se está considerando en diversos contextos adicionales, incluyendo la religión, los enfermos mentales, las poblaciones indígenas y el derecho de salida y retorno.

La igualdad o no discriminación es un tema dominante y recurrente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la norma no está contemplada en la totalidad de las diversas fuentes del derecho internacional de manera única y unificada. En cuanto a una definición de igualdad, el derecho internacional se ha centrado especialmente en cuatro áreas de importancia: a) los métodos estructurales para prohibir la discriminación o proteger la igualdad; b) el asunto de si la intención discriminatoria es un elemento necesario de la discriminación; c) la fijación de un límite entre distinciones justificadas e injustificadas; y d) la coherencia entre las medidas especiales de protección y la no discriminación.

El Principio de Igualdad ante la ley es un principio general del derecho que propugna la igualdad de trato de las personas de manera que ante situaciones iguales se

otorgue el mismo trato y en situaciones desiguales se favorezca un trato distinto a las personas. La igualdad puede ser vista desde un punto de vista formal en la regulación de las diferentes cuestiones en las leyes (igualdad en la ley), así como desde un punto de vista material en la aplicación de las mismas (igualdad en la aplicación de la ley).

El Art. 11 de la Constitución determina que el ejercicio de los derechos debe regirse a varios principios; entre ellos:

El numeral 1: “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 de la República, 2008).

El numeral 4: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”, numeral 5: “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia...” (Constitución de la República, 2008).

En el numeral. 6. “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”. (Constitución de la República, 2008).

En la Conferencia Internacional sobre la Igualdad Parental se decidió suscribir un documento en que se establecen los principios básicos de la tuición o custodia compartida, conocido como "Declaración de Langedac", los cuales se mencionan a continuación:

1.- Se le debe otorgar tanto a los padres y como a las madres el mismo status en relación a la crianza de sus hijos. Consecuentemente, deben tener también igualdad de responsabilidades y de derechos.

2.- Cuando los padres no puedan llegar a un acuerdo en relación al tiempo de convivencia con los hijos luego de la separación, los niños deberán gozar de igual tiempo de convivencia con ambos.

3.- La paternidad y la maternidad pueden basarse solamente en la calidad de las relaciones padres-hijos y no en la calidad de las relaciones que mantienen los cónyuges separados entre sí. Los niños tienen el derecho de tener un vínculo con ambos padres y viceversa.

Entre los aspectos analizados en la Conferencia Internacional sobre la Igualdad Parental, están: Los intereses del niño y contrato a elección de los padres. La tenencia compartida tiene el objetivo de proteger a la familia y mantener el vínculo entre padres e hijos y sus relaciones parentales, afectivas, educativas importantes en la crianza de los niños el contar con las dos figuras paterna y materna, además la familia debe constituirse sólidamente pues es de ahí donde nacen nuestros ciudadanos esa es la primera escuela que percibimos la que determinara muchas características rasgos que nos definirán como una persona de bien o como un problema para la sociedad y la familia.

La Tenencia como institución jurídica en el derecho de familia

Con estos antecedentes del principio de igualdad procederé a realizar un análisis de la tenencia compartida:

El tratadista Juan Larrea Holguín, en su obra Manual Elemental de Derecho Civil, manifiesta dentro de los efectos de la separación: “Los hijos menores de edad quedan al cuidado de aquel de los padres a quien corresponda según las mismas reglas que para el caso de divorcio, salvo la excepción del ordinal del artículo 108 del Código Civil, ejerce la patria potestad aquel padre a cuyo cuidado quedan los respectivos hijos menores.” (Larrea, 2010, pág. 240)

Al existir hijos menores de edad ante la situación de que los padres ya no se encuentran conviviendo, ya sea como matrimonio o unión libre, es deber del juez a petición de parte resolver la situación jurídica y económica de los menores fijando una pensión alimenticia, un régimen de visitas, la patria potestad y la tenencia. En el caso de que se encuentre un divorcio en trámite es indispensable que el juez de oficio resuelva estos parámetros antes de declarar disuelto el vínculo matrimonial que uno a los padres de las niñas, niños y adolescentes.

El jurista Rodrigo Saltos Espinoza, en su obra La conflictividad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes: “La tenencia es la permanencia de los hijos con sus padres quienes le proporcionan los cuidados necesarios y suficientes a fin de garantizar una crianza, crecimiento y desarrollo físico y mental normal de los menores. Es un derecho que tienen solamente los padres para criar, cuidar, alimentar, educar proteger a sus hijos que permanecen con ellos. Cuando no existen sus padres, por ausencia, muerte, incapacidad física o mental, el juez procederá a nombrar a un tutor para cuide los intereses del menor de edad.” (Saltos, 2011, pág. 375)

Cristóbal Pinto Andrade, expone como fundamento: “Al tiempo de regular la guarda compartida, se tiene que atender a dos aspectos muy importantes, el tiempo y el domicilio. En relación al tiempo, se puede establecer una custodia compartida por noches, (lunes y martes con el padre, miércoles y jueves con la madre y fines de semana alternos), por semanas (una semana con cada progenitor), por quincenas (quince días con el padre y quince con la madre) o por meses (un mes con cada uno). Se debe regular igualmente, un régimen de visitas a favor del otro progenitor mientras no tenga bajo su guarda a los menores”. (Pinto, 2009)

El artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia manifiesta que “para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, el Juez estimará confiar su cuidado, crianza, a uno de los progenitores (es decir la tenencia), sin alterar el ejercicio de la patria potestad”, en este mismo código se define a la patria potestad de la siguiente manera: “no solo 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”. “(...) También podrá confiar la tenencia con atribuciones de uno o más derechos y obligaciones comprendidas en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso anterior”. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2019)

Según el Estudio de Chunga, sobre tenencia en el campo jurídico esta se refiere al poder que tienen los padres o guardadores sobre sus hijos o sobre el niño, niña o adolescente que se encuentre en su poder, además consiste en un derecho para tener consigo a sus hijos y en algunos casos podría otorgarse dicho derecho a quién tiene legítimo interés. (Chunga, 2000, pág. 124)

Generalmente es la madre quien queda con la tenencia de los hijos, y también con todas las responsabilidades que las tareas de crianza implican. En algunos casos los

“alimentos” resultan insuficientes y la madre comienza a alienarse tratando de generar ingresos y de criar a la vez a los hijos, volcando su ira contra su ex-cónyuge, alimentando culpas con los hijos y postergando su propia vida afectiva y personal. En cambio, en otros casos, se da el problema de que el progenitor que se queda con los hijos (generalmente la madre) aprovecha la situación para su beneficio personal.

La tenencia compartida plantea un nuevo modelo de tenencia de los hijos de parejas separadas o divorciadas, así como su inserción en el orden jurídico. Es una propuesta del ejercicio de la autoridad parental, en la que ambos padres ejercen sus derechos y deberes sobre sus hijos basados en el interés superior del menor y en la igualdad entre hombres y mujeres.

La jurista María Alessio, manifiesta: “La continuidad de la convivencia del menor con ambos padres, es indispensable para el desarrollo emocional saludable del mismo. Por eso, no puede dejar de cuestionarse las formas desactualizadas de solución a este problema, como es la tenencia de la madre, que se otorga en nuestro país por considerarse la más adecuada al interés del niño” además, dice: “mientras la familia permanece unida, el menor disfruta de los dos progenitores. La ruptura crea una nueva estructura y la responsabilidad parental se concentra en apenas uno de los padres, quedando el otro reducido a un papel secundario. En la realidad social, surgen cada vez más conflictos que involucran las relaciones entre padres e hijos, sin embargo, son escasas las normas legales en relación a esto. Le cabe, mientras tanto, a la doctrina y a la jurisprudencia establecer soluciones que privilegien los lazos familiares, en acuerdo con el texto constitucional, privilegiando el interés superior del niño.” (Alessio, 2007)

Las Acciones de Inconstitucionalidad

Son procesos que se ventilan en la Corte Constitucional, por la potestad que tienen, por sus funciones y atribuciones que emanan de Constitución de la República y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; normativa que regula los procedimientos y las reglas para cada caso; estos tienen como finalidad cuidar que leyes de menor rango no contravengan el contenido constitucional.

Este es un trámite que obviamente se presente ante el organismo de control constitucional que es la Corte Constitucional quien resuelve en instancia única y declara en su sentencia si la norma que ha sido impugnada, efectivamente, contradice o no la Constitución.

En el caso de que la Corte Constitucional declarase la inconstitucional de una norma, ésta pierde efecto, lo que equivale a que partir del momento en que se dicta la sentencia de inconstitucionalidad deja de existir en el ordenamiento jurídico.

El Constitucionalista Héctor Fix Zamudio, textualmente dice: “Esta institución surgió en el derecho constitucional europeo con el objeto de otorgar a las minorías parlamentarias, la posibilidad de impugnar ante los organismos de justicia constitucional (cortes tribunales constitucionales e inclusive el Consejo Constitucional Francés) las disposiciones aprobadas por la mayoría, especialmente en Austria, República Federal de Alemania, Francia y Portugal”.(FIX, 1998).

El autor García Rosado, sobre la acción de inconstitucionalidad dice: “... que se trata de una acción, abstracta porque busca garantizar la aplicación de la Constitución y la certeza del orden jurídico, de ahí que no sea necesario un agravio o interés jurídico específico para iniciar este procedimiento...”.(GARCIA, 2009).

Entonces por medio de la Acción de Inconstitucionalidad que constituye un mecanismo de control constitucional se busca la declaración de invalidez de una norma general que se estima contraria a la máxima norma del estado en aras de respetar la supremacía constitucional.

Si bien se requiere para su ejercicio del impulso de los sujetos activos, su resultado recae o afecta, más que a las partes, a la propia norma general y evidentemente a la sociedad, más allá de que esta acción puede proceder sin la necesidad de existencia de agravios directos en perjuicio de los legitimados.

En el caso del Ecuador, la Constitución de la República dispone en el numeral 2 del artículo 436 que la Corte Constitucional conozca y resuelva las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo y por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado, indicando que la declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

Asimismo, en el numeral 4 del mismo artículo la Constitución ecuatoriana dispone que la Corte Constitucional conocerá y resolverá, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por la autoridad pública, cuya declaratoria tendrá también como efecto la invalidez del acto administrativo. Esta acción, de conformidad a lo mandado en el artículo 439 de la Carta Magna ecuatoriana puede ser ejercida por cualquier ciudadana o ciudadano de manera individual o colectiva; entendiéndose que, si la declaratoria de la Corte Constitución tiene el efecto de declarar su invalidez, esta declaratoria tendrá efecto general por cuanto la norma o acto acusado es contrario al orden constitucional establecido.

Efectos jurídicos de las Sentencias de la Corte Constitucional

Las sentencias de la Corte Constitucional que declaran Inconstitucionalidad La importancia y los efectos que producen las sentencias constitucionales tanto en cuanto a las autoridades y personas a quienes se aplica, como en lo relativo a su aplicación en el tiempo, es significativa por cuanto las decisiones que se adoptan en la jurisdicción constitucional, como se ha anotado, modifican el ordenamiento jurídico del Estado, delimitan el ámbito de la competencia de los órganos del poder público, o restablecen los derechos fundamentales o garantías constitucionales.

Si bien las sentencias constitucionales tienen forma y contenido jurídico, también tienen efectos políticos de diversa índole pues éstos se extienden al ámbito social y económico, por lo cual no pueden adoptar una modalidad única en cuanto a su contenido ni en cuanto a sus efectos, por el contrario se han tenido que adoptar diversas modalidades o tipos, sea desde el punto de vista del contenido de la decisión o desde el punto de vista de sus efectos temporales, es decir desde el punto de vista del dimensionamiento de los efectos en el tiempo, o desde el punto de vista de los efectos en cuanto a las personas.

José Antonio Rivera Santiváñez; dice: "...la modulación de los efectos de las sentencias constitucionales ha generado algunas controversias respecto a quien debe determinar dichos efectos, si es el legislador ordinario que, en desarrollo de las normas previstas en la Constitución determina en las normas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional o en las leyes procesales constitucionales; o en su defecto si es el Tribunal Constitucional, el que al substanciar el respectivo proceso define y señala los efectos de sus sentencias".(SANTIVÁÑEZ,)

Rivera Santiváñez además opina: "...le corresponde al Tribunal Constitucional, como máximo guardián y último interprete de la Constitución que señale en sus sentencias

los efectos de ella, en resguardo del sistema de valores supremos, como el de la justicia y la dignidad humana, así como el resguardo del principio de la seguridad jurídica y los derechos fundamentales de la persona”.

En este contexto es necesidad puntualizar que la modulación de los efectos de la sentencia constitucional no debe ser entendida como una arbitraria invención de los tribunales constitucionales, por cuanto se trata de una consecuencia de la labor de control de constitucionalidad que ejercen dichos órganos para dar solución a la problemática jurídico normativa que se presenta.

2.2. Marco Legal

Constitución de la República

El artículo 66 reconoce de entre los derechos de libertad los siguientes: numeral 4 “Derecho a la igualdad formal, material y a la no discriminación”

El artículo Art. 67. además, 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 artículo 69 delimita parámetros para protección de la familia por parte del Estado; así determina;

Numeral 1: “Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo”;

Numeral 4:” El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa” y numeral.

Numeral 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”.

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

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

Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

2.2.2. Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia

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.

Art. 14.- Aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente.

-Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño.

Art. 21.- Derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos.

- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA -

Página 4 eSilec Profesional - www.lexis.com.ec convivencia o relación afecten sus derechos y garantías. No se les privará de este derecho por falta o escasez de recursos económicos de sus progenitores.

Art. 101.- Derechos y deberes recíprocos de la relación parental. - Los progenitores y sus hijos se deben mutuamente afecto, solidaridad, socorro, respeto y las consideraciones necesarias para que cada uno pueda realizar los derechos y atributos inherentes a su condición de persona y cumplir sus respectivas funciones y responsabilidades en el seno de la familia y la sociedad

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Art. 75.- Competencias. - Para ejercer el control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional será competente para:

Leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley

Art. 95.- Efectos de la sentencia en el tiempo. - Las sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, la plena vigencia de los derechos constitucionales, y cuando no afecte la seguridad jurídica y el interés general.

Cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica produzca un vacío normativo que sea fuente potencial de vulneración de los derechos constitucionales o produzca graves daños, se podrá postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad.

Art. 96.- Efectos del control de constitucionalidad. - Las sentencias que se dicten sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad surten efectos de cosa juzgada, en virtud

de lo cual:

Ninguna autoridad podrá aplicar el contenido de la disposición jurídica declarada inconstitucional por razones de fondo, mientras subsista el fundamento de la sentencia. Cuando la sentencia que desecha la demanda de inconstitucionalidad ha estado precedida de control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado, mientras subsista el fundamento de la sentencia.

Cuando la sentencia no ha estado precedida de un control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado con fundamento en los cargos analizados en la sentencia, mientras subsista el fundamento del juicio de constitucionalidad.

Las sentencias producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales.

CAPITULO III

METODOLOGÍA

3.1. Método de la Investigación

Cuantitativa se asocia a la tradición positivista, que concibe la realidad social como una estructura objetiva. Los hechos o fenómenos sociales estudiados en este trabajo son medibles y cuantificables. A través de estos métodos medí y establecí relaciones causales entre las variables, para explicar el problema de estudio y la realidad social actual

Deductivo: Utilicé el método deductivo ya que el campo de acción de la investigación objeto de estudio se basa en aplicar los conocimientos generales para aplicarnos en este caso específico

Dialéctico: Porque constituye el método científico de conocimiento del mundo. Proporciona al hombre la posibilidad de comprender los más diversos fenómenos de la realidad. El método dialéctico al analizar los fenómenos de la naturaleza, de la sociedad y del pensamiento permite descubrir sus verdaderas leyes y las fuerzas motrices del desarrollo de la realidad.

Científico. - Se aplicó este método científico para mi investigación porque me valdré de métodos técnicos, como la entrevista, las encuestas aplicadas a los actores en el lugar en donde se desenvuelve esta investigación.

Método de estudio sistemático de la naturaleza que incluye las técnicas de observación, para el razonamiento y la predicción; ideas sobre experimentación planificada y los modos de comunicar los resultados experimentales y teóricos.

3.2. Tipo de Investigación

Investigación Básica, Exploratoria, Descriptiva.

3.3. Técnicas e Instrumentos de Investigación

LA ENTREVISTA. - Esta técnica de investigación permite obtener resultados o datos relevantes para la presente investigación, ya que se confeccionó un cuestionario de preguntas previamente elaboradas, con el fin de ejecutar una conversación recíproca entre el entrevistado y entrevistador, en razón de que el universo o población es pequeño y manejable.

LA ENCUESTA: Este instrumento aporta con datos obtenidos sobre una muestra poblacional del cantón Guaranda Provincia de Bolívar acerca del conocimiento de la Norma y su aplicabilidad a nivel local. Se la realizó en base a ocho preguntas a un grupo de 50 ciudadanos del cantón Guaranda.

LECTURA CIENTÍFICA. - Realicé el análisis lógico jurídico y comparativo de los libros, y más instrumentos que sirven de fuente de consulta, en la que se deducen las diferentes doctrinas, criterios de autores y la jurisprudencia o vivencia histórica ecuatoriana y comparada, que permitió sustentar mi investigación académica y proponer soluciones viables y aplicables al problema en cuestión.

ANÁLISIS DEL MARCO LEGAL: Analice de manera minuciosa el marco legal que respalda la normativa y su cumplimiento, el proceso de creación de la normativa parte de la investigación y sus formas de aplicabilidad a nivel local.

Criterio de Inclusión y Criterio de Exclusión

La entrevista la apliqué a los dos jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Guaranda Provincia de Bolívar, quienes resuelven casos de Tenencia a diario; su experiencia aportó a la investigación de una manera objetiva desde el punto de vista profesional, pero por sobre todo desde la perspectiva de quien es operador de justicia del organismo jurisdiccional competente y quien directamente tiene que aplicar la normativa respetando principios y derechos para garantizar la seguridad jurídica pero por sobre todo el bienestar de niños, niñas y adolescentes.

En lo que respecta a las encuestas se las aplicó a 50 ciudadanos padres, madres, abogados en libre ejercicio usuarios del sistema de justicia en materia de niñez y adolescencia específicamente en tenencia, con la finalidad de obtener datos concretos acerca del tema de esta investigación y así sustentarla con datos concretos.

3.5. Población y Muestra

1. Se procedió a encuestas a 50 ciudadanos del Cantón Guaranda Provincia de Bolívar que correspondía a: 25 Padres, madres y 25 abogados del cantón Guaranda en libre ejercicio profesional, grupo poblacional importante para determinar de una manera objetiva información relevante para el desarrollo de esta investigación
2. En lo que respecta a la entrevista las realice a:
 - 2 Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Guaranda Provincia de Bolívar; operadores de justicia quienes a diario están en contacto con casos de tenencia; teniendo que resolverlos y de cuya decisión depende el bienestar y el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes.

3.6. Localización geográfica del estudio

Cantón Guaranda, Provincia de Bolívar

CAPITULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Resultados

Para la obtención de datos en la presente investigación se realizó entrevistas a personas que desempeñan funciones clave dentro de Instituciones que comprenden el ámbito de estudio del presente trabajo investigativo como son jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia del Cantón Guaranda.

Así mismo procedí con las encuestas respectivas a 50 ciudadanos y ciudadanas como muestra, cuya opinión es importante para con sus resultados demostrar, determinar y concluir los objetivos que me he planteado en el presente trabajo investigativo.

Entrevistas

Entrevistado: Dr. Luis Gabriel Guzmán Rochina, Ab. María Velasco.

Cargo: Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Guaranda.



En conclusión y condensando la información las entrevistas se resumen:

¿Se aplica la Sentencia No? 28 15 de la Corte Constitucional en casos de Tenencia Compartida en la Unidad Judicial de la Familia, Niñez y Adolescencia?

No es aplicable de la a razón de nuestro ordenamiento jurídico y en base a la costumbre que se ha venido llevando siempre existe la tendencia de entregar a la madre a razón de su condición de mujer, porque se está entendiendo que dentro de esta norma debe existir una prelación por el simple hecho de ser mujer y ser madre.

¿Es necesario exigir la aplicabilidad del principio constitucional de igualdad en casos judiciales de corresponsabilidad parental?

Es totalmente urgente exigir la aplicación del principio de igualdad, porque si nos basamos en un estado constitucional de derechos y nuestra constitución es garantista de derechos de los mismos, el principio de igualdad nos pone en el mismo rango tanto a padres como a madres no se puede entender que deba existir una desigualdad, es por ellos que se

habla con total claridad sobre la corresponsabilidad parental, lamentablemente la misma se ha visto mal direccionada y mucho más en su aplicación en virtud de que el padre es corresponsable del pago de una pensión alimenticia mas no responsable de la tenencia de sus hijos.

¿Es indispensable para el normal desarrollo mantener las relaciones parento filiales para los niños, niñas y adolescentes?

Las relaciones parento filiales tanto para los niños como para sus padres deben ser entendidos como un principio fundamental y totalmente indispensable para el normal desarrollo a razón de que, los padres requieren también ser parte en el desarrollo de sus hijos, en ese desarrollo se debe entender que la responsabilidad es de las dos partes, es por ello que es necesario que dentro de la norma y la aplicación de las mismas se consideren sí que el normal desarrollo que tienen los niños se genere entre los dos.

¿Los derechos y obligaciones de cuidado y protección de los hijos e hijas solo le corresponden a la madre?

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en lo esencial habla sobre derecho y obligaciones que tenemos los padres para el cuidado y protección de los hijos, pero nuestro ordenamiento jurídico se ha visto siempre enfocado en que este derecho y la obligación solo de cuidado y protección solo le corresponde a la madre, cuando esto contraviene al principio fundamental de la igualdad, porque estamos sobre cayendo que solos los derechos y obligaciones de cuidar y proteger es de la madre, pero si es una obligación y un derecho del niño que el padre asista solo con el pago de la pensión alimenticia, socavando en realidad en este caso todos los derechos adicionales que le permite al ordenamiento jurídico establecer en la misma igualdad y en la prelación de derechos tanto al padre como a la madre.

¿La aplicación Judicial del principio de igualdad en casos de Tenencia acabará con la violencia intrafamiliar?

En los casos de tenencia se socaba en realidad la relación parento filial en el sentido que ejerce poder el padre al realizar el pago de su pensión, de creer que tiene también el derecho de visitar o de estar dentro de sus actividades diarias de sus hijos, esto ha permitido en cambio que la madre cree un conflicto de intereses en este sentido en virtud de que si el padre aporta con su obligación alimenticia tiene derecho a ver sus hijos esto en casos de tenencia siempre llevara a conflictos inherentes a violencia intrafamiliar, porque la no existir el respeto a que el padre forme parte de la tenencia se vuelve un conflicto y no permite el desarrollo integral de sus hijos.

¿Se justifica la preferencia materna en casos judiciales de Tenencia?

La presencia de la madre en los casos judiciales de tenencia es importante en virtud del cuidado y respeto de los menores, pero entendiendo con claridad que dentro de un proceso de divorcio existe el nombramiento de un curador ad-litem, el cual cumple la mera formalidad que la ley le pide cuando no se entiende que la obligación de este curador es velar por la protección y cuidado de los derechos que tiene el menor, en este caso se puede desvirtuar la presencia de la madre a razón de que ejerza presión sobre los menores para que ellos tiendan aceptar la tenencia de la misma, cuando debe estar en realidad totalmente liberada de esa responsabilidad padre y madre para que una persona que es en este caso el curador tenga mayor objetividad sobre quien debería tener la tenencia de los menores.

¿Es urgente la reforma del contenido del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia?

En el caso que nos ocupa sobre la tenencia compartida es importante determinar que el artículo 106 en sus numerales 2 y 4 del CONA contraviene con el principio de igualdad a

razón de que en los dos de los mismos se hace mención que se confiara a la madre y se preferirá a la misma en el caso de que no exista igual de condiciones de los dos o no exista un acuerdo entre las partes, en este caso se debería respetar que la norma obligaría al ordenamiento jurídico a establecer un proceso adecuado de valoración del menor y de las condiciones socioeconómicas de los dos padres para establecer cuál de los dos progenitores deberían tener la tenencia del menor.

¿Se aplica la Sentencia No. 28 15 de la Corte Constitucional en casos de Tenencia Compartida en la Unidad Judicial de la Familia, Niñez y Adolescencia?

En este caso concreto que se investiga no han habido procesos hasta el momento, pero siempre la previsibilidad jurídica es importante; ya que en un futuro cercano pueden darse procesos en los que se pueda aplicar mencionada sentencia constitucional en la que refiere la tenencia para ambos progenitores, viendo las mejores condiciones y posibilidades de los mismos.

¿Es necesario exigir la aplicabilidad del principio constitucional de igualdad en casos judiciales de corresponsabilidad parental?

Obligatoriamente por que un niño necesita la parte afectiva de ambos progenitores, es necesario que se aplique el principio de igualdad ya que ambos progenitores tienen los mismos derechos y obligaciones con relación a sus hijos.

¿Es indispensable para el normal desarrollo mantener las relaciones parento filiales para los niños, niñas y adolescentes?

Obligatoriamente, por que un niño necesita desarrollarse dentro de su núcleo familiar, como manifesté anteriormente cumpliendo todos los derechos y obligaciones con relación a sus hijos y como padres.

¿Los derechos y obligaciones de cuidado y protección de los hijos e hijas solo le corresponden a la madre?

No, como las obligaciones son de ambos progenitores y así establece la constitución de la república.

¿La aplicación Judicial del principio de igualdad en casos de Tenencia acabará con la violencia intrafamiliar?

De cierta manera podría acabar, pero no al cien por ciento, porque existirá un conflicto de intereses con sus progenitores.

¿Se justifica la preferencia materna en casos judiciales de Tenencia?

El Código Orgánico de Niñez y Adolescencia establece que se confía a la madre a los menores de doce años, pero en casos de vulneración de derechos al menor se podría conferir la tenencia a su padre siempre y cuando tengan mejor estabilidad económica para su mejor desarrollo.

¿Es urgente la reforma del contenido del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia?

Es importante que la asamblea haga una reforma urgente para que se pueda dar la tenencia compartida de manera expresa ya que la existencia de la reforma se da a través de una sentencia constitucional, deberían existir reglas y parámetros para una buena aplicabilidad de esta misma sentencia; sobre todo para que se haga efectivo el principio de equidad entre los progenitores.

Encuestas

Las encuestas las realice en diferentes sectores de la ciudad y encueste a una muestra poblacional de 50 ciudadanos entre hombres y mujeres.

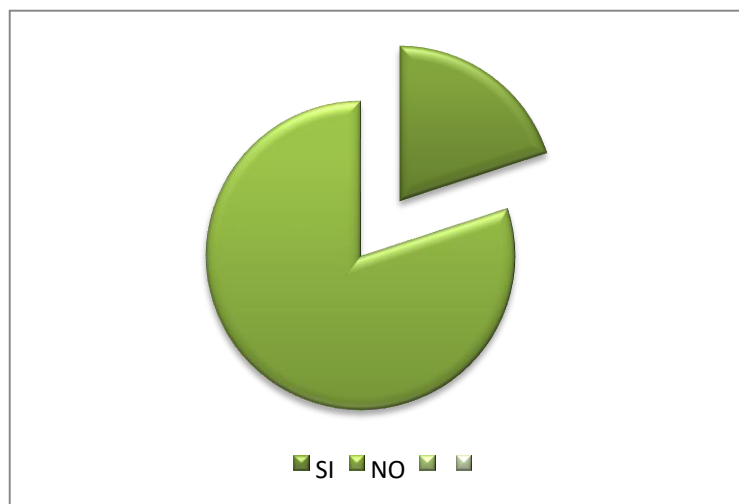
PREGUNTA 1

¿Está usted de acuerdo con la figura jurídica de la Tenencia Compartida?

Tabla No. 1

SI	NO	%
10	40	100%

Gráfico No. 1



Investigador: César Olmedo Peña Urrea

Población: Habitantes Cantón Guaranda Provincia Bolívar

ANÁLISIS: La mayor parte de los encuestados manifiestan estar de acuerdo con la Tenencia Compartida de los hijos; un pequeño grupo de manifiesta su negativa ante la pregunta planteada.

PREGUNTA 2

¿Es indispensable para el normal desarrollo mantener las relaciones parento filiales para los niños, niñas y adolescentes?

Tabla No. 2

SI	NO	%
45	5	100%

Gráfico No. 2



Investigador: César Olmedo Peña Urrea

Población: Habitantes Cantón Guaranda Provincia Bolívar

ANÁLISIS: De las 50 personas encuestadas 45 expresan que es indispensable para los niños, niñas y adolescentes y su normal desarrollo mantener las relaciones parento filiales; más sin embargo existe apenas respuesta negativa ante el planteamiento de 5 personas.

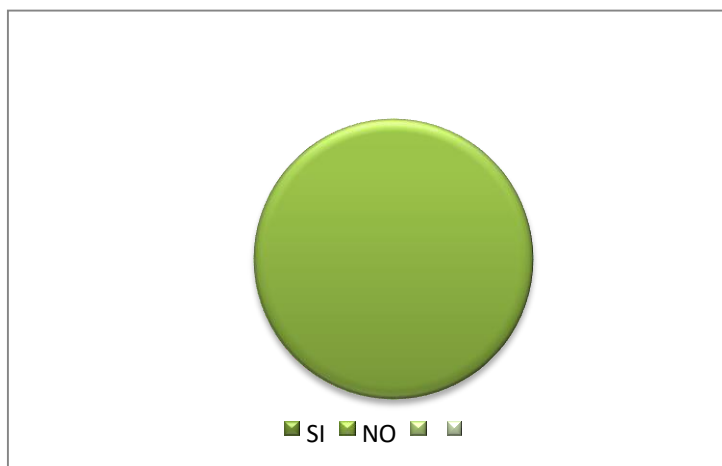
PREGUNTA 3

¿Los derechos y obligaciones de cuidado y protección de los hijos e hijas solo le corresponden a la madre?

Tabla No. 3

SI	NO	%
0	50	100%

Gráfico No. 3



Investigador: César Olmedo Peña Urrea

Población: Habitantes Cantón Guaranda Provincia Bolívar

ANÁLISIS: En esta pregunta existe una contundente respuesta en el NO, que la responsabilidad de cuidar a los hijos no solo es de la madre; por lo que se sobreentiende que el padre también tiene esa obligación y derecho.

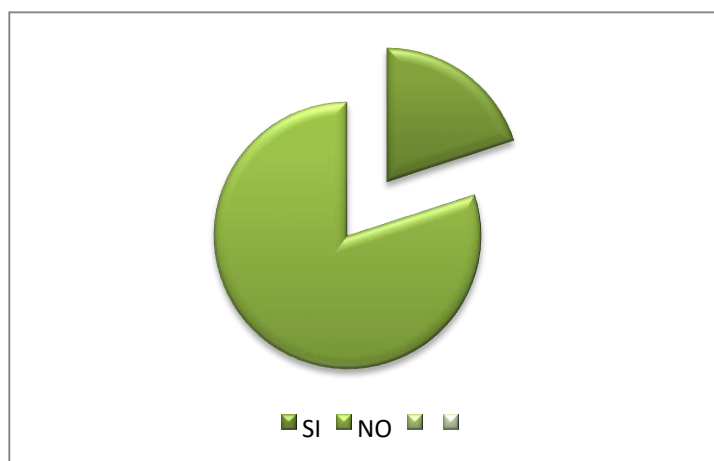
PREGUNTA 4

¿Cree usted que la Tenencia compartida afecta el normal desarrollo del niño, niñas y adolescentes?

Tabla No. 4

SI	NO	%
10	40	100%

Gráfico No. 4



Investigador: César Olmedo Peña Urrea

Población: Habitantes Cantón Guaranda Provincia Bolívar

ANÁLISIS: La mayoría de los encuestados piensan que la tenencia compartida no afecta el normal desarrollo de los niños; mientras que un pequeño grupo considera que sí puede existir afectación en el desarrollo de niños, niñas y adolescentes.

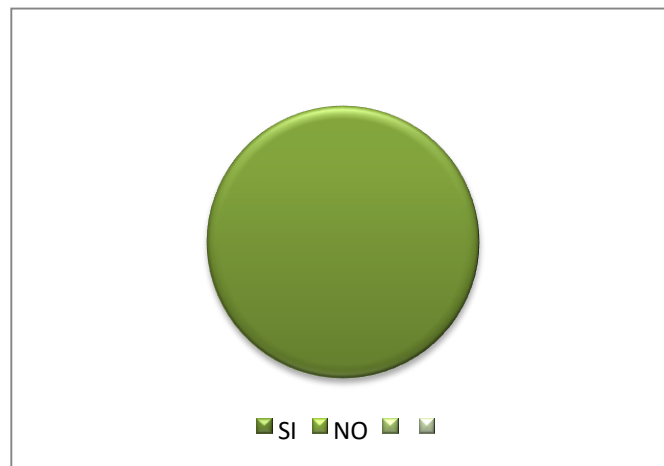
PREGUNTA 5

¿Conoce usted la funciones de la Corte Constitucional?

Tabla No. 5

SI	NO	%
50	0	100%

Gráfico No. 5



Investigador: César Olmedo Peña Urrea

Población: Habitantes Cantón Guaranda Provincia Bolívar

ANÁLISIS: Hay un resultado unánime en esta pregunta todos los encuestados conoce la Función de la Corte Constitucional.

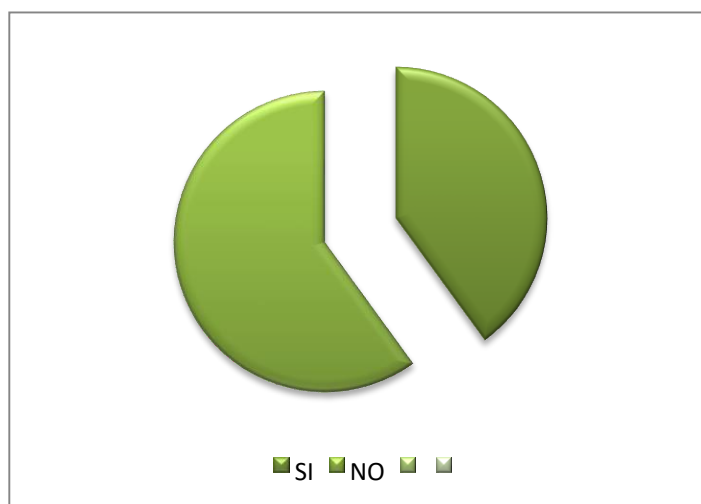
PREGUNTA 6

¿Tiene usted conocimiento de la Reglas que establece el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia para conceder la Tenencia a los padres?

Tabla No. 6

SI	NO	%
20	30	100%

Gráfico No. 6



Investigador: César Olmedo Peña Urrea

Población: Habitantes Cantón Guaranda Provincia Bolívar

ANÁLISIS: En esta pregunta el comportamiento de las respuestas obedece a la diversidad de encuestados puesto que un gran número eran profesionales del derecho. En su mayoría desconocen las reglas establecidas para la tenencia en la normativa, mientras que un número de 20 personas respondieron que sí.

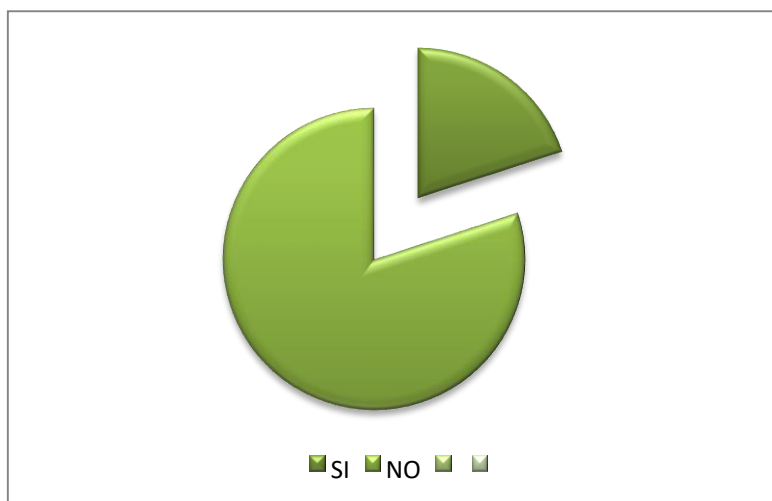
PREGUNTA 7

¿Cree usted en la igualdad de derechos de hombres y mujeres?

Tabla No. 7

SI	NO	%
10	40	100%

Gráfico No. 7



Investigador: César Olmedo Peña Urrea

Población: Habitantes Cantón Guaranda Provincia Bolívar

ANÁLISIS: La mayoría de encuestados manifiestan no estar de acuerdo en que exista igualdad de derechos; y un mínimo de personas piensan que sí. Esta pregunta requiere una amplia investigación porque los hombres en su mayoría se sienten lesionados en sus derechos y manifiestan que no hay equidad.

PREGUNTA 8

¿En temas de familia debe haber preferencia para la madre en la Tenencia de los hijos?

Tabla No. 8

<i>SI</i>	<i>NO</i>	<i>%</i>
<i>30</i>	<i>20</i>	<i>100%</i>

Gráfico No. 8



Investigador: César Olmedo Peña Urrea

Población: Habitantes Cantón Guaranda Provincia Bolívar

ANÁLISIS: Una mayoría manifiesta que se debe dar preferencia a la madre en la tenencia de los hijos, mientras que 20 personas de las encuestadas manifiestan que no. Esta pregunta nos da un parámetro de la necesidad de equidad en estos casos.

Discusión

La Tenencia Compartida es una institución jurídica que se viene utilizando en actualmente en las Unidades de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con la finalidad de atender petitorios de los progenitores quienes afirman desean mantener una relación cordial, cuidar a sus hijos en igualdad de condiciones y ser partícipes de s crianza, educación y desarrollo.

El Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 106 determinan las Reglas de la Tenencia y patria potestad de manera general; más sin embargo al haber posturas que se pronuncian que este artículo violenta los principios de equidad entre padres y madres se presentó una Acción de Inconstitucionalidad y mediante Sentencia la Corte Constitucional resolvió dejar sin efecto el contenido de los numerales 2 y 4 de la citada norma; abriendo así un gran debate social, a nivel profesional y por supuesto en las esferas jurídicas en virtud de que el clamor por equidad e igualdad de oportunidades entre padres hizo eco.

Del estudio investigativo doctrinario se puede determinar que existen derechos que respetar solo para las madres, sino también para los hijos, que la tenencia compartida tiene polos de apoyo a favor y en contra; pero que con la evolución del derecho es indispensable que la norma vaya a la par de las necesidades actuales respetando los principios y derechos de los seres humanos sin distinguir sexo, raza, religión. Así también se hizo un análisis del Control Constitucional y de la Acción de Incumplimiento presentada para que se declare la inconstitucionalidad del contenido normativo; lo importante que es este procedimiento y como el máximo organismo en este la Corte Constitucional debe minuciosamente realizar un estudio y motivar sus decisiones que tendrán un efecto de obligatoriedad y de inmediato cumplimiento.

Ahora bien la investigación se centra en el cumplimiento de sentencia de inconstitucionalidad del contenido 2 y 4 y su aplicabilidad en las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer Niñez y adolescencia para lo cual realice una investigación de campo entrevistando a juzgadores quienes fueron firmes en la necesidad de reforma al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia en donde se conceptualice la Tenencia Compartida y se establezca la reglas claras para concederla; así también para la tenencia simple y para la patria potestad; acoplando sus contenidos a las declaraciones Constitucionales.

El Legislador debe preocuparse por crear normas, actualizarlas de acuerdo a las nuevas necesidades sociales, de acuerdo al contenido de los tratados internacionales y sobre todo atendiendo el principio de Supremacía Constitucional; si se procede de esta manera también se producirá un efecto social de seguridad jurídica; por cuanto, siempre hay vacíos o contraposición de normas que estacan los problemas judiciales y se derivan en otros más grandes.

El sentir de la población también es plasmado y causa preocupación el desconocimiento de términos legales importantes y que deben ser manejados no solo por los profesionales sino por la población; más aún al tratarse de temas de familia, niñez y adolescencia; su clamor por justicia y seguridad jurídica también queda plasmado en este trabajo,

CAPÍTULO V

Conclusiones y Recomendaciones

5.1. Conclusiones

1. El contenido de la Sentencia de la Corte Constitucional No. 28 -15 –IN que declara la inconstitucional del contenido de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, es de aplicación inmediata porque así lo dispone la Constitución de la República, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Esta se dictó de manera motivada respetando la normativa que declara la equidad para hombres y mujeres en el estado ecuatoriano más aún cuando se trata del bienestar, desarrollo y protección de los hijos.

2. Del estudio realizado se determina que en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Guaranda no existen muchos casos de Tenencia Compartida, pero sí de Tenencia Normal; y que es necesario la aplicabilidad de la Sentencia de la Corte Constitucional No. 28 -15 –IN que declara la inconstitucional del contenido de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia; porque al momento de entrar en vigencia y ser dictaminada tiene el carácter de inmediata ejecución.

3. Respetando el principio de igualdad entre padres y madres ante el cual la Corte Constitucional se pronunció es necesario la Reforma al Artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia para establecer parámetros claros en la concesión y tratamiento judicial de la tenencia de los hijos, la norma de guardar armonía con el contenido constitucional respetando tanto el derecho de los padres como el de los hijos.

5.2. Recomendaciones

A la Asamblea Nacional se recomienda un inmediato tratamiento del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia en donde se incluya la Institución Jurídica de la Tenencia Compartida, por cuanto se está aplicando a través de resoluciones constantemente en las Unidades Judiciales de la Familia Mujer, Niñez y Adolescencia y es necesario reglarla legalmente en la normativa respetando las disposiciones Constitucionales.

A la Asamblea Nacional incluir en las reformar al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia la del artículo 106 en lo que respecta a las reglas para la Tenencia y por ende para la Patria Potestad; construyendo cada una de ellas con respeto a los padres, madres, con respeto a la decisión de los hijos; pero por sobre todo enfatizando circunstancias específicas que permitan la protección integral y un correcto desarrollo de los hijos.

A la Universidad Estatal de Bolívar, Facultad de Jurisprudencia Ciencias sociales y Políticas, Carrera de Derecho; realizar investigaciones legales que permitan detectar vacíos legales, inconstitucionalidades en la normativa para que se convierta en actor propositivo desde la academia de reforma de la normativa existente y que en varios casos necesita de manera urgente ser actualizada como es el caso demostrado del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUIRRE, R.” La Tenencia de Menores”. Editorial Gráficas Cárdenas. Quito Ecuador. 2010
2. ALESSIO, M. “Derecho de Familia”. Editorial Rubinzal. Distrito Federal de México. 2007
3. CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”. Editorial Heliasta. Buenos Aires Argentina. 1999
4. CHUNGA,, F. “Código de los niños y adolescentes”. Editorial: Universidad San Martín de Porres.Lima Perú.2000
5. FIX Zamudio, Héctor, EL SIGNIFICADO ACTUAL DE LA CONSTITUCIÓN, Memoria del Simposio Internacional, México, 1998. (PDF). www.jurídicas.unam.mx, visita 07-01-09.
6. GARCÍA Rosado, Francisco Javier, REPLANTEAMIENTO DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL EN MATERIA ELECTORAL, pdf. www.tegroo.org.mx, visita: 07-01-09.
7. LARREA, Juan. “Manual Elemental de Derecho Civil” Segunda Edición. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2010.
8. LÓPEZ Medina, Diego Eduardo, EL DERECHO DE LOS JUECES, Legis Editores, Bogotá, D.C.
9. MARTÍNEZ Caballero, Alejandro, TIPOS DE SENTENCIAS EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES: LA EXPERIENCIA COLOMBIANA”, en: Revista Tutela de Editorial Legis, Bogotá, D.C., agosto de 2000, Págs. 1719-1734. ¾ Martínez Caballero, Alejandro, “TIPOS DE SENTENCIAS EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES: LA EXPERIENCIA COLOMBIANA”, en:

Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia # 316, Bogotá, D.C., junio de 2000,

10. MONROY, Manuel. “Derecho de Familia y de Menores” Editorial: Librería del Profesional.2012
11. PINTO, C. “La Custodia Compartida”. Editorial: Bosch. Barcelona España. 2009
12. RIVERA Santibáñez, José Antonio, LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN EL ORDENAMIENTO INTERNO, ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Chile, 2006.
13. ZAVALA, H “Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres”. 2004. Quito, Universidad Central de Quito; recuperado de:
https://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/handle/25000/4143/1/FT-UCE-0013-Ab-275.pdf&usg=AOvVaw2d3RssLTES6G_Fb4p2Q5or

LEXGAFRIA

1. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 año 2008
2. Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito 2019.
3. Código Orgánico General de Procesos. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito 2018.
4. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito 2018.