

# **PROYECTO DE CÓDIGO ORGÁNICO PARA LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES**

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

### **1. NECESIDAD Y PERTINENCIA DE LA LEY**

El 24 de noviembre de 2021 la Corte Constitucional mediante Sentencia No. 28-15-IN/21, declaró la inconstitucionalidad por el fondo de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, en las frases “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”, por ser contrarias al principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, al derecho a la igualdad y no discriminación y, a la corresponsabilidad parental.

En esta Sentencia la Corte Constitucional señala que la sentencia está dirigida a las reglas para obtener la tenencia, es decir el cuidado y la crianza; y no para una atribución de la patria potestad, lo cual no depende de la unión de los progenitores. Para esto, se analizan tres elementos: a) la comparabilidad de los sujetos o titulares de derechos, b) constatación de trato diferenciado, c) verificación de la diferencia justificada o discriminatoria.

En razón de los análisis realizados a estos elementos, la Corte señala que la norma contempla un trato diferenciado que supone que la mujer es más idónea para criar a los hijos que el hombre. Los elementos que fueron analizados son a) favorecer a NNA, al mantener el vínculo maternal y presuntamente beneficiar el interés superior de NNA; b) encargar la tenencia a la madre por sus “aptitudes, connaturales”, su “función social” y por ser “dadora principal de cuidado”; c) agilizar procesos de tenencia, por razón práctica en la que los jueces puedan resolver con mayor rapidez dichas causas; 5) garantizar la autonomía de la mujer, tomando en cuenta la dependencia económica que usualmente tienen con respecto a los progenitores y lo propensas que se encuentran a la pobreza; y, la eliminación y tolerancia de situaciones de violencia contra la mujer.

Sin embargo, la Corte no evidencia causalidad entre el interés superior del NNA que se pretende proteger y la carga impuesta a la mujer que decide ser madre, considera que existen medidas alternativas menos gravosas para eliminar las formas de violencia contra la mujer, tales como: el fortalecimiento de políticas públicas para la igualdad de género y para la inserción laboral de mujeres; el refuerzo de planes nacionales para abordar la violencia de género; la fomentación, creación y la incorporación de redes nacionales de servicios integrales para mujeres víctimas de violencia; el incremento de medidas dirigidas al empoderamiento económico y a la inserción laboral de mujeres y mujeres víctimas de violencia, entre otros.

También estableció que el interés superior del NNA no puede ser una condición sino la base sobre la cual se decide los derechos de los NNA, por lo que la o el juzgador debe privilegiar y tutelar este interés superior de las y los NNA. Actualmente los criterios responden a una visión adultocéntrica, en donde la norma impugnada primero ordena observar la situación de los progenitores, y luego el interés superior de NNA. En este sentido, el encargo de la tenencia no puede verse como una herramienta de chantaje, manipulación o negociación entre los progenitores para violentar al otro, como una herramienta de manipulación para solicitar un incidente de rebaja de alimentos, es decir la tenencia no versará sobre las necesidades de los progenitores, sino únicamente sobre el interés superior de NNA.

A partir de esto, indica que la norma impugnada afecta a los progenitores pero principalmente a NNA, por lo que se debe atender al principio de interés superior de NNA, antes que el sexo de los progenitores, mediante un análisis caso por caso. Añade que la norma genera desventajas para ambos géneros, fomenta estereotipos y perpetuación de roles de género, pues se presume que las mujeres deben criar al hijo, mientras que los hombres deben proveer en el hogar, lo que afecta significativamente el deber de corresponsabilidad, constitucionalmente previsto; el derecho a la igualdad; y, como efecto de lo anterior, la distribución de tareas en el cuidado de los hijos y el ingreso al ámbito laboral de las mujeres.

Con estas consideraciones la Corte Constitucional dispuso a la Defensoría del Pueblo que en el plazo máximo de 90 días contados desde la notificación de la sentencia<sup>1</sup>, prepare un informe que considere parámetros para otorgar la tenencia de niños, niñas y adolescentes de conformidad con los criterios desarrollados en la sentencia, con la participación de organizaciones sociales.

El presente informe se ha desarrollado de manera conjunta con el Mecanismo de Promoción y Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes y el Mecanismo para la Prevención de la Violencia contra la Mujer y Basada en Género, unidades con las cuales, se trabajó recogiendo insumos técnicos de varias organizaciones de la sociedad civil como: El Pacto por la Niñez y Adolescencia, Coalición contra el Abuso Sexual a la Niñez, Asociación Solidaridad Acción, Organización Sol de Primavera, Red de Defensores Indígenas del Ecuador, Fundación Alas de Colibrí<sup>2</sup>, Asociación de Abogadas Feministas del Ecuador, Bolena; en relación al otorgamiento de la tenencia de niños, niñas y adolescentes desde una perspectiva de género.

A través de los aportes técnicos entregados por las organizaciones sociales y actores que participaron de la construcción del presente informe legislativo, se pudo remarcar que el régimen de tenencia compartida debe facilitar y asegurar la posibilidad de mantener las

---

<sup>1</sup> Notificación realizada a la Defensoría del Pueblo el 13 de diciembre de 2021

<sup>2</sup> Estas organizaciones sociales forman parte del Consejo Consultivo del Mecanismo Nacional de Promoción y Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes

relaciones parento-filiales en cuanto sean de beneficio para las y los hijos, así como determinar cuando la custodia no puede ser compartida; en este sentido para que un juez o jueza pueda tomar una correcta decisión sobre la custodia, debe tomar en consideración las mejores perspectivas de crecimiento y desarrollo integral para las y los hijos, lo que supone el establecimiento de parámetros o estándares para determinación del interés superior de NNA, incluyendo el desarrollo del concepto de escucha y su poder vinculante como parte del ejercicio de los derechos de las y los NNA.

También se pudo señalar que los criterios que mantiene el CONA son preconstitucionales, no son compatibles con la calidad de ciudadanos plenos y sujetos de derechos que tienen las niñas, niños y adolescentes como consta en la CRE vigente. Actualmente la visión de las y los NNA como objetos de protección, propiedad del pater familias o quien haga sus veces, corresponde a una visión patriarcal de la institución y estructura familiar que se fundamentó en el derecho romano y se mantuvo por siglos. Estos criterios fueron superados a nivel mundial desde hace varias décadas por los organismos de derechos humanos en todo el orbe y fue recogido en nuestra Constitución, por tanto, es imperiosa esta actualización conceptual.

Otros aspectos importantes recogidos fue resaltar que la tenencia debe estar mediada por un análisis interdisciplinario que considere la opinión del NNA, su edad y momento de desarrollo, su sexo y otras consideraciones de género, así como otras características propias de cada NNA relativas a su diversidad, a su origen étnico y cultural, su origen nacional, sus necesidades especiales de educación, necesidades médicas, etc. Este análisis para entregar la tenencia no puede estar aislado del reconocimiento del rol del Estado, la comunidad, la familia ampliada, y la familia nuclear del NNA en la garantía y protección del derecho de las NNA a mantener vínculos saludables y positivos con ambos progenitores.

Las instituciones de familia, patria potestad, tenencia, visitas y alimentos, son instituciones caducas, fundadas en la perspectiva de una sociedad patriarcal y un modelo único de familia. Por tanto, es necesario revisar profundamente estas instituciones desde la perspectiva de los sujetos de derechos, que son las personas que integran las familias, y promover los cambios que se requieren a la luz del interés superior de la niñez y adolescencia, el enfoque de derechos humanos y el enfoque de género, sin dejar de considerar un enfoque de interseccionalidad; así como considerar las reglas específicas para la relación o no relación de niñas, niños y adolescentes con las familias extendidas en caso de violencia y más aún de femicidio.

## **2. CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY**

A raíz de los principios constitucionales establecidos desde el año 2008, el Estado ecuatoriano ha ido elaborando estrategias estructurales que garanticen el respeto a los derechos humanos que se enfrentan a cualquier tipo de discriminación, tanto en la vida pública como privada, estableciéndose como un derecho constitutivo del ideal democrático para la igualdad, la tutela de derechos, la no discriminación, proveyéndole una categoría de prioritaria.

Así, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (artículo 1), mediante el cual se deben respetar y garantizar entre otros, los derechos humanos de la niñez y adolescencia; y, asume, como uno de sus deberes primordiales, el garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de sus derechos (artículo 3).

En este sentido, el artículo 35 de la norma constitucional establece como uno de los grupos de atención prioritaria a los niños, niñas y adolescentes quienes recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en concordancia con el artículo 44, en la que señala que sus derechos prevalecen sobre los de las demás personas, recogiendo el principio de interés superior determinado en la legislación internacional.

El artículo 45 establece que las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad, reconoce entre otros el derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

Mientras que el artículo 46, señala que el Estado debe adoptar entre otras medidas que aseguren: - atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos; - protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica; - atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad; - protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones; - atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias; - protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género.; - protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad; - protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.

En los literales a, b y c del artículo 66 determina derechos a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual; b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado; y c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.

El artículo 341 de la norma constitucional, señala que el Estado debe generar las condiciones que aseguren la protección integral de sus habitantes a lo largo de su vida. La protección integral funcionará a través de sistemas especializados, que se guiarán por los principios del Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social. Particularmente, indica que el Sistema Nacional descentralizado de protección integral de niñez y adolescencia, será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes; y, a su vez los sistemas de protección a nivel local que lo contempla el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

La presente propuesta normativa, de ningún modo afecta los derechos y garantías constitucionales de las y los ecuatorianos y menos aún, de las personas que forman parte de los grupos de atención prioritaria.

Por lo expuesto, es importante que esta propuesta de Código Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes sea aprobada por la Asamblea Nacional con el único objetivo de precautelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

### **3. ENFOQUES**

A fin de garantizar que el presente proyecto de ley sea aplicado de forma consciente, responsable y humanitaria se ha incorporado los siguientes enfoques como el enfoque de derechos humanos, de género, de intergeneracionalidad, interseccionalidad, y de movilidad humana.

El enfoque de derechos humanos, es el método de análisis que permite identificar las desigualdades, sociales, culturales, económicas y políticas, que viven los sujetos y que limitan o impiden el ejercicio pleno de los derechos humanos, y adoptar medidas y acciones orientadas a corregir dichas desigualdades (ANII, 2018, pág. 32).

El enfoque de enfoque de movilidad humana, según la Declaración Universal de Derechos (DUDH) (1948, art. 13) comprende el derecho que tiene toda persona “a circular libremente y a elegir residencia en el territorio de un Estado”. Por su parte la Constitución (2008 art. 40); reconoce en las personas el derecho a migrar y establece que ninguna persona será identificada como ilegal por su condición migratoria. En el país, las instituciones públicas y la legislación reconocen realidades tan diversas como la emigración, el tránsito, el retorno, la inmigración, el refugio y el desplazamiento interno forzado. El enfoque de movilidad humana, se encuentra transversalizado en la Constitución del Ecuador y reconocido mediante derechos específicos en la Sección tercera en los, artículos. 40, 41 y 42. De esta manera se ha buscado que el texto

propuesto, y en particular la exposición de motivos, incorpore estos enfoques, conforme lo dispone el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

El enfoque intergeneracional, propone reconocer las relaciones de exclusión y discriminación que se presentan entre niños, niñas, personas adolescentes, personas jóvenes, personas adultas y personas adultas mayores y que se asientan sobre la base del adultocentrismo como único poder legítimo. En este contexto, este enfoque propone formular mecanismos para superar las diferencias y alcanzar una igualdad intergeneracional (Duarte, 2006).

El enfoque interseccional, permite reconocer la complejidad de los procesos que generan desigualdades sociales, por las interacciones entre los diferentes sistemas de subordinación que se constituyen unos a otros de forma dinámica: género, orientación sexual, etnia, edad, religión, discapacidad, origen nacional, situación socio económica, entre otros. Pone su atención en la persona que se encuentra en el cruce entre distintos sistemas de discriminación, cuya experiencia de discriminación no puede ser explicada usando las categorías de clasificación social de forma aislada (ANII, 2018, pág. 32 y 33).

Finalmente, es necesario incluir en este proyecto el enfoque de género; en sociedades androcéntricas como la ecuatoriana, el patriarcado, no solo que ha negado los derechos de las mujeres, también ha sido garante de la negación de la posibilidad del hombre de ejercer sus actividades que socialmente no le han sido permitidas debido a que han sido exclusivas y naturales de las mujeres tales como la tenencia, cuidado y crianza de sus hijas e hijos.

La construcción de la masculinidad y la feminidad, sienta sus bases en las sociedades patriarcales que se han encargado de anular y subordinar a las mujeres y a todo lo que se considera femenino, estableciendo al orden jerárquico y de superioridad como elementos constitutivos de la masculinidad. De tal forma que los primeros rasgos de violencia empiezan a surgir, en el entendido común de que ser mujer constituye una suerte de predestinación a la invalidación de su construcción personal y, consecuentemente, a su subordinación.

En este sentido, es necesario indicar que el 92% de quienes mantienen la tenencia de sus hijos e hijas después de las separaciones de pareja son mujeres. Una cuarta parte de los hogares en el Ecuador está dirigida por una mujer, 1'069.988 mujeres son jefas de hogar. 7 de cada 10 mujeres han vivido violencia en nuestro país, el porcentaje más alto lo han experimentado las mujeres divorciadas, en un 81%. Ecuador registra más de 300 juicios de alimentos por día (Machado 2021).

Como lo hemos señalado anteriormente, la violencia de género en términos generales, parte de “una situación desigual donde el poderoso utiliza su superioridad para el placer que le proporciona su víctima aniquilada y sometida” (Garaventa 2015, 106). En el caso de niños, niñas, adolescentes y mujeres, este sometimiento provoca intimidación y silencio, es así que: “La impronta del patriarcado hace que las familias se organicen de

acuerdo a las jerarquías de poder, que son absolutamente desiguales y a partir de las cuales en muchas ocasiones se naturalizan las situaciones de violencia, dominación, la creencia de que los hijos son propiedad privada de los progenitores, lo cual implica que cada uno hace con esa propiedad privada lo que cree que puede y tiene ganas de hacer” (Garaventa 2015, 107).

Cuando se aborda la cuestión de la violencia en el ámbito intrafamiliar, resulta indispensable tener en consideración el contexto histórico y el marco cultural en el que este tipo de violencia se produce. Los roles que la sociedad ha otorgado a hombres y a mujeres a lo largo de la vida se encuentran demarcados por una asimetría de poderes evidenciados en la discriminación, opresión, subordinación y dominación contra la mujer y contra todo aquello que se considera femenino. De este modo, se establece un arbitrario ejercicio de poder masculino que, en la gran mayoría de casos, desemboca en diferentes manifestaciones de violencia que vulnera el principio del interés superior del niño, niña o adolescente.

El análisis de la tenencia desde un enfoque de género “tiene como uno de sus fines contribuir a la construcción subjetiva y social de una nueva configuración a partir de la resignificación de la historia, la sociedad, la cultura y la política desde las mujeres y con las mujeres” (Lagarde 1996, 13), además que nos permite hacer visible normas y prácticas que privilegian lo masculino y de diversas maneras, subestiman lo femenino. De esa manera, se evidencian patrones culturales, legales y prácticos que dificultan el pleno ejercicio de la ciudadanía de las mujeres en condiciones de igualdad en derechos con los hombres.

La tenencia compartida, de acuerdo con algunos discursos, cambiaría la distribución desigual de roles domésticos que como lo ha señalado Facio y Fries (2005), estaba destinada exclusiva a la mujer, considerándose una institución favorable en ruptura con el sistema patriarcal. Sin embargo, cabe mencionar que los análisis que se realizan para aplicar el interés superior de los NNA y saber si la custodia compartida es lo más adecuado para el desarrollo integral del niño o de la niña, cruzan por una evaluación de los comportamientos parentales específicos, hecho que necesariamente terminaría por reconocer los imaginarios que se han incorporado en la sociedad sobre los roles y estereotipos de género característicos de una sociedad patriarcal que define al hombre y a su masculinidad como necesaria y normalmente violenta, competitiva, protectora, mantenedora, fuerte e independiente, con el poder suficiente para gobernar su empresa, su país o su familia, de la misma forma que define a las mujeres como femeninas, pasivas, débiles, dependientes, obedientes y prudentes, con misiones claras para mantener la institución familiar y cercanas a ella.

Es necesario indicar que se reconoce que las normas no resuelven todos los problemas del núcleo familiar, pero su regulación requiere de un examen minucioso y crítico para eliminar todo rezago de discriminación, sobre todo contra las mujeres, no solo para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, sino para garantizar el desarrollo individual y social de NNA en sus respectivos núcleos familiares.

De esta manera se ha buscado que el texto propuesto, y en particular la exposición de motivos incorpore estos enfoques, conforme lo dispone el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

#### **4. MECANISMOS PARA LA OBTENCIÓN DE RECURSOS ECONÓMICOS**

La presente propuesta de Código Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, la cual tiene por objeto asegurar el ejercicio y garantía plena de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional.

Esta propuesta de ley no requiere de recursos económicos distintos de los que actualmente se encuentran previstos para el entramado institucional actual, pues no implica la creación de ninguna entidad, más bien lo que se busca es el fortalecimiento del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

#### **5. INDICADORES, MEDIOS DE VERIFICACIÓN Y RESPONSABLES DEL CUMPLIMIENTO DE LA LEY**

En el derecho internacional de los derechos humanos se realiza un claro reconocimiento a la condición especial que tienen los niños, niñas y adolescentes debido a su situación de personas en desarrollo y crecimiento. Este reconocimiento se acompaña del establecimiento de un deber por parte del Estado de protección especial y reforzada hacia ellos y ellas, del cual se deriva el principio del interés superior del niño que supone la obligación de adoptar decisiones y de priorizar las intervenciones que favorezcan la realización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En la medición de los derechos humanos se identifican distintos tipos de indicadores, comúnmente se utiliza los indicadores de insumos, de procesos y de resultados<sup>3</sup>. En consecuencia, conforme lo que establece el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, la anunciación de los principales indicadores del cumplimiento de la ley se refiere principalmente en los indicadores de resultados.

Según las Naciones Unidas, los indicadores de resultados reflejan los niveles de vigencia, ejercicio o desde una perspectiva negativa violación de los derechos humanos en la práctica. En ese sentido, un indicador de resultados tiene que hacer referencia a la situación en un espacio y tiempo determinados. A dicho efecto se propone la creación

---

<sup>3</sup> Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, Indicadores de derechos humanos: Guía para la medición y la aplicación, consulta: junio de 2021.

de indicadores para la evaluación del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de Niñez y Adolescencia como medio de verificación óptimo y suficiente del cumplimiento de la ley, que tome en consideración al menos las siguientes variables:

1. **Recursos humanos:** Permite evaluar si los niveles de atención tanto en el sector público y privado cuentan o no con profesionales en la administración de justicia y profesionales en trabajo social y psicología son especialistas y se encuentran sensibilizados y capacitados en derechos de niñez y adolescencia con el objeto de asegurar el pleno goce de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en el territorio nacional.
2. **Colaboración intersectorial e intrasectorial:** Permite calcular la colaboración intra e intersectorial ya que esta, es fundamental tanto para la existencia de una gama de servicios necesarios para la protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
3. **Promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes:** Permite evaluar las actividades encaminadas a mejorar la visibilidad y el valor de los niños, niñas y adolescentes como sujeto pleno de derechos a nivel de las sociedades, las secciones de las sociedades y las y los individuos y proteger, mantener y mejorar la garantía de sus derechos en todos los niveles sociales e interculturales.

## **REPÚBLICA DEL ECUADOR**

### **ASAMBLEA NACIONAL**

#### **EL PLENO CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, define al Estado ecuatoriano como un Estado constitucional de derechos y justicia;

Que, el artículo 3 en su número 1 de la Constitución, establece que entre los deberes primordiales del Estado está, el de garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales;

Que, el artículo 11 de la Constitución determina los principios que rigen el ejercicio de los derechos, entre los que se encuentran la igualdad de todas las personas quienes gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades; por lo que 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;

Que, el mismo artículo 11 establece la directa e inmediata aplicación de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, el desarrollo progresivo de los derechos a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, siendo el más alto deber del Estado respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución;

Que, el artículo 35 de la norma *ibídem* reconoce entre otros que las niñas, niños y adolescentes forman parte de uno de los grupos de atención prioritaria, quienes recibirán atención prioritaria y especializada en ámbito público y privado, misma atención recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual;

Que, el artículo 44 de la Constitución, dispone que, 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;

Que, el artículo 66, de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce y garantiza a las personas entre otros, el derecho a la integridad personal que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual, el derecho a vivir una vida libre de violencia en el ámbito público y privado; así como, el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación;

Que, el artículo 84 de la Constitución obliga a la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa a adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades;

Que, el numeral 1 del artículo 85 de la Constitución de la República establece que la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos;

Que, el artículo 175 de la Constitución señala que las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral;

Que, el artículo 426 de la norma constitucional establece que los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de Ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución;

Que, la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 1 manifiesta que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos;

Que, el numeral 2 del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se va protegido contra toda forma de discriminación por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus progenitores, o sus tutores o de sus familiares;

Que, el artículo 3 de la Convención *ibídem* establece que: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño; 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus los progenitores, tutores u otras personas responsables de el ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas; y, 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”;

Que, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, prohíbe toda forma de distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos por parte de la mujer y compromete a los países a crear políticas públicas encaminadas a la eliminación de toda forma de discriminación;

Que, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia contra la Mujer, prohíbe cualquier acción o conducta que, basada en género, cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado; e impone sobre los estados la obligación de adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia;

Que, la Recomendación General No. 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en el undécimo período de sesiones en 1992, señala que la definición de discriminación contenida en el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, incluye la violencia física, mental o sexual basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecte en forma desproporcionada;

Que, la Recomendación General No. 35 sobre la violencia de género contra las mujeres del Comité de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de

Discriminación contra la Mujer, sugiere a los Estados parte a tomar medidas de protección en los procedimientos judiciales, en particular en lo que respecta a la propiedad, la privacidad, la custodia de los hijos e hijas, el acceso, los contactos y las visitas, que deberían determinarse a la luz de los derechos humanos de las mujeres y las niñas, niños y adolescentes a la vida y la integridad física, sexual y psicológica y regirse por el principio del interés superior del niño;

Que, el Comité de los Derechos del Niño considera que las responsabilidades de progenitores deben ser compartidas, teniendo en cuenta el interés superior del NNA, de muchas maneras se critica que las leyes a veces, de manera automática, elevan la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos; en el caso muy particular basándose en el sexo de los progenitores haciendo caso omiso al interés del niño o niña y olvidándose del principio de igualdad de sexos;

Que, la Convención sobre los Derechos del Niño redefine no sólo la relación del Estado con los NNA, sino la relación del mundo adulto con ellos y ellas. Cuando se producen vulneraciones a los derechos de los NNA es necesario establecer responsabilidades. Ese es el sentido del artículo 19 de la CDN, la Recomendación General No. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Observación General No. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, que adoptadas de manera conjunta prohíbe toda forma de violencia contra los NNA. Por lo tanto, el Estado está obligado a tomar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al NNA de toda forma de perjuicio y abuso, físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras se encuentre bajo la custodia de sus progenitores, de un representante legal o de cualquier otra persona que la tenga a su cargo;

Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, en sentencia de 24 de febrero de 2012, constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de niños, niñas y adolescentes se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los progenitores o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia;

Que, la Corte Constitucional de acuerdo al artículos 436 (6) de la Constitución de la República en concordancia con los artículos 2 (3) y 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es competente para expedir sentencias que constituyen jurisprudencia vinculante;

Que, la Corte Constitucional mediante Sentencia No. 28-15-IN/21, declaro la inconstitucionalidad de la preferencia materna;

Que, la Corte Constitucional mediante Sentencia No. 28-15-IN/21 del 24 de noviembre de 2021, dispone a la Defensoría del Pueblo, como Institución Nacional de Derechos Humanos con iniciativa legislativa, presente en un plazo de 90 días, a la Asamblea Nacional un informe legislativo que considere parámetros para otorgar la tenencia de niños, niñas y adolescentes;

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente:

**Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de Niñez y Adolescencia para regular la tenencia.**

**Artículo 1.** – A continuación del artículo 14 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia incorpórese lo siguiente:

**Artículo 14.1.- Enfoques.-** *En la aplicación de la presente ley, se observarán los siguientes enfoques:*

- a. **Enfoque en derechos humanos.-** *Reconoce a las niñas, niños y adolescentes individual o colectivamente como sujetos de derechos con dignidad. Determina como objetivo y resultado, el reconocimiento, el respeto irrestricto y la realización plena de sus derechos.*
- b. **Enfoque intergeneracional.-** *Reconoce la existencia de las necesidades y derechos específicos en cada etapa del ciclo de vida; y, establece la prioridad de identificar y tratar las vulnerabilidades en dichas etapas.*
- c. **Enfoque de género.-** *Permite comprender la construcción social y cultural de roles sociales y familiares entre hombres y mujeres, fuente de inequidad, violencia y vulneración de derechos, el enfoque de género posibilita deconstruir el canon patriarcal atribuidos para cada uno de los sexos, en el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.*
- d. **Enfoque de movilidad humana.-** *Reconoce que las niñas, niños y adolescentes en situación de movilidad humana pueden ejercer sus derechos independientemente de su origen nacional y condición migratoria.*
- e. **Enfoque de discapacidades.-** *Reconoce la importancia de que las niñas, niños y adolescentes con discapacidad que ejercen sus derechos tengan autonomía e independencia individual, incluida la libertad para tomar sus propias decisiones.*
- f. **Enfoque de interculturalidad.-** *Reconoce y respeta las diferentes comunidades, pueblos y nacionalidades que integran en el Estado. Bajo este enfoque no se*

*aceptan prácticas discriminatorias que favorezcan la violencia en contra de los niños, niñas y adolescentes.*

- g. Enfoque de interseccionalidad.-** *Identifica los diferentes tipos de discriminación y desventaja que se dan como consecuencia de la combinación de diferentes identidades, tomando en consideración los contextos históricos, sociales, económicos, políticos y culturales, etarios, que son parte simultánea de la identidad individual y colectiva de las niñas, niños y adolescentes que ejercen sus derechos.*

**Artículo 2.-** Refórmese el artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de la siguiente manera:

**Art. 11. El interés superior del niño.-** *El interés superior del niño, niña y adolescente, es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de sus derechos; 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.*

*Todas las medidas legislativas, de política pública y presupuestaria, así como las medidas relacionadas con el entorno o la prestación de servicios, que tengan probabilidades de repercutir en los derechos reconocidos por la Constitución y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes deben tomar en consideración este principio de interés superior.*

*Los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecerán sobre los de las demás personas.*

**Artículo 2.-** A continuación del artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia incorpórese los siguientes artículos:

**Artículo 11.1.- De la escucha a niñas, niños y adolescentes.-** *Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser escuchados y escuchadas y, emitir libremente su opinión en relación al ejercicio progresivo de sus facultades de conformidad a su edad, madurez, nivel de autonomía y desarrollo; para lo cual el Estado tiene la obligación de garantizar las condiciones necesarias y suficientes para que el niño, niña y adolescente reciba toda la información y el asesoramiento para que se formen un juicio propio sobre todos los asuntos que les afecten. Ninguna niña, niño o adolescente debe ejercer su derecho a ser escuchado en un entorno que sea violento, intimidatorio, hostil,*

*insensible o inadecuado para su edad, ni ser obligados o presionados por cualquier persona de cualquier forma para expresarla.*

*Las autoridades judiciales o administrativas y los equipos técnicos como responsables de escuchar al niño, niña y adolescente directamente o por medio de su representante, deben asegurarse que estén informados e informadas sobre su derecho a que sean escuchados en todos los asuntos que los afecten y, en particular, en todo procedimiento judicial y administrativo de adopción de decisiones y sobre los efectos que tendrán en el resultado las opciones que exprese.*

*La opinión de niñas, niños y adolescentes será respetada por todas las personas y su opinión debe ser incorporada de manera motivada en las resoluciones judiciales o administrativas.*

**Artículo 11.2.- Del proceso de escucha de los niños, niñas y adolescentes.-** *Todos los procesos administrativos y judiciales en que sean escuchados los niños, niñas y adolescentes deben ser:*

- a) **Transparentes e informados:** Se debe proporcionar información completa, accesible, atenta a la diversidad y apropiada a la edad, madurez, nivel autonomía y desarrollo acerca de su derecho a ser escuchado libremente y a que su opinión se tenga debidamente en cuenta;*
- b) **Voluntarios:** Se prohíbe obligar a los niños, niñas y adolescentes a expresar opiniones en contra de su voluntad. Su participación puede cesar en cualquier momento;*
- c) **Adaptados a los niños, niñas y adolescentes:** Los ambientes y los métodos de trabajo deben adaptarse a la capacidad de los niños, niñas y adolescentes. Se debe poner el tiempo y los recursos necesarios a su disposición para que se preparen en forma apropiada, tengan confianza y oportunidad para expresar sus opiniones de forma adecuada. Se debe considerar que los niños, niñas y adolescentes necesitarán diferentes niveles de apoyo y formas de participación de acuerdo a su edad, madurez, nivel de autonomía y desarrollo;*
- d) **Incluyentes:** La escucha de niños, niñas y adolescentes debe ser incluyente, evitando cualquier acto de discriminación;*
- e) **Apoyados en la formación:** Las y los adultos necesitan preparación, conocimientos prácticos y apoyo para facilitar y garantizar efectivamente la escucha activa de niños, niñas y adolescentes de acuerdo a su edad, madurez, nivel de autonomía y desarrollo; y,*

- f) **Seguros y atentos al riesgo:** *Las y los adultos tienen responsabilidad de tomar todas las precauciones para reducir a un mínimo el riesgo de que los niños, niñas y adolescentes sufran violencia, explotación u otra consecuencia negativa en los procesos de escucha.*

**Artículo 3.-** Sustitúyase el Título III del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia por el siguiente:

**“Art. 118. De la tenencia.-** *La tenencia es un conjunto de responsabilidades que tienen por partes iguales los progenitores que se encuentran separados o divorciados y que está destinada a garantizar y promover el desarrollo integral en un entorno familiar de afectividad, seguridad y satisfacción plena de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.*

*La obligación de cuidado se extiende además a quienes convivan con los niños, niñas y adolescentes en los ámbitos familiar, social o institucional o a sus representantes legales.*

*En el caso de que un niño o niña tenga 2 años, se privilegiará el vínculo materno-filial, siempre y cuando esto no sea perjudicial para su interés superior.*

*En ningún caso el ejercicio de la tenencia compartida puede conllevar violencia física, psicológica o sexual o actos que impidan el ejercicio de sus derechos.”*

**Art. 118.1. 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, además de las siguientes:*

- a. *No basar su decisión en prejuicios y estereotipos de género, condición socio económica de los progenitores y desde una visión adultocéntrica;*
- b. *Tomar en consideración de manera primordial la opinión de los niños, niñas y adolescentes, sus deseos y emociones, de acuerdo a su edad, grado de madurez, nivel de autonomía y desarrollo, que garantice su interés superior. Se deberá prestar atención especial y reforzada a niños, niñas y adolescentes con discapacidad, en situación de movilidad humana; así como a las pertenecientes a comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades;*
- c. *Respetar la identidad de los niños, niñas y adolescentes;*
- d. *Evaluar de manera técnica la aptitud e idoneidad de progenitores para satisfacer el bienestar integral de los niños, niñas y adolescentes, de acuerdo a su edad, grado de madurez, nivel de autonomía y desarrollo;*

- e. *Contar con informes de trabajo social y psicología del equipo técnico de las unidades judiciales de familia, mujer, niñez y adolescencia o quien haga sus veces, a fin de que estos sean un insumo para la decisión de otorgar la tenencia compartida. Los informes que se entreguen a las y los jueces deben tener un enfoque de derechos humanos, género e intergeneracional;*
- f. *Mantener la continuidad de las rutinas en la vida de los niños, niñas y adolescentes, siempre que se garantice su estabilidad emocional e integridad personal, para lo cual se valorará el vínculo afectivo que se ha formado entre el hijo o hija, sus progenitores, y su familia ampliada, y;*
- g. *Descartar de manera técnica y fundamentada la amenaza, existencia o el antecedente de violencia física, psicológica, doméstica, económica-patrimonial hacia la madre que pueda afectar la estabilidad emocional de los niños, niñas y adolescentes.*

**Artículo 118.2.- Causales para la no asignación o modificación de la tenencia.-** *Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoría. El juez o jueza podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija.*

*Serán causales para la no asignación o modificación de la tenencia:*

- 1. *La resolución de suspensión o pérdida de la patria potestad;*
- 2. *Cuando se incite, cause o se permita a la niña, niño o adolescente realizar actos que atenten contra su integridad física, psicológica o sexual;*
- 3. *Cometer actos de violencia física o psicológica en contra de la madre del niño, niña o adolescente;*
- 4. *Cometer actos de violencia física, psicológica o sexual en contra del niño, niña o adolescente;*
- 5. *Cometer actos de explotación sexual, económica, laboral en contra del niño, niña o adolescente;*
- 6. *Permitir o inducir a la mendicidad en contra del niño, niña o adolescente;*
- 7. *Cuando exista una conducta negligente que ponga en riesgo la integridad física, psicológica o sexual de la niña, niño o adolescente;*
- 8. *Cuando exista incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones en la tenencia de las niñas, niños o adolescentes que repercutan en su desarrollo integral e interés superior;*

9. *Privación de la libertad personal mientras dure la misma;*
10. *Padecer alcoholismo patológico o consumo problemático de sustancias sujetas a fiscalización o adicciones que pongan en peligro la integridad física, psicológica o sexual de la niña, niño o adolescente;*
11. *El traslado ilegal o irregular fuera de las fronteras del Estado ecuatoriano de la niña, niño o adolescente;*
12. *Cuando exista demanda previa de la pérdida o suspensión de la patria potestad, esta deberá ser resuelta antes de dictar la resolución respecto de la tenencia*
13. *No procede el encargo de la tenencia el progenitor contra el cual se ha decretado alguna medida de protección a favor de la hija o hijo; y,*
14. *En ningún caso la tenencia podrá ser compartida cuando un progenitor se encuentre en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, sexual o psicológica del otro progenitor o los hijos e hijas. Para el efecto se contará con las medidas de protección previstas en el Código Orgánico Integral Penal.*

**Artículo 119.- De las prohibiciones en el ejercicio de la tenencia.-** Los progenitores que ejerzan la tenencia no podrán:

1. *Menospreciar al otro progenitor a través de comentarios negativos, insultos y adjetivos que ridiculizan y afectan su imagen;*
2. *Infundir mentiras en el niño, niña o adolescente sobre el otro progenitor;*
3. *Imponer dificultades en la relación entre el niño, niña o adolescente y el otro progenitor. Es decir, impedir la comunicación, las visitas o incluso la convivencia;*
4. *No hacer partícipe al otro progenitor en aquellas decisiones importantes relativas a la educación o salud del niño, niña o adolescente;*
5. *Reforzar actitudes de rechazo por parte del niño, niña y adolescente hacia el otro progenitor; y,*
6. *Incluir a su propio entorno familiar y amistades en las ofensas hacia el otro progenitor.*

**Art. 120.-Ejecución inmediata.-** Las resoluciones sobre tenencia se cumplirán de inmediato, debiendo recurrirse al apremio personal y al allanamiento del domicilio en que se presume se encuentra el niño, niña o adolescente, si ello es necesario. No se reconocerá fuero alguno que impida o dificulte el cumplimiento de lo resuelto.

**Art. 121.-Recuperación del hijo o hija.-** Cuando un niño, niña o adolescente ha sido llevado al extranjero con violación de las disposiciones del presente Código y de las

*resoluciones judiciales sobre ejercicio de la patria potestad y de la tenencia, los organismos competentes del Estado arbitrarán de inmediato todas las medidas necesarias para su retorno al país. Para el mismo efecto, el Juez exhortará a los jueces competentes del estado donde se encuentre el niño, niña o adolescente.”*

## **DISPOSICIONES GENERALES**

**Disposición General Primera.-** En todo lo previsto en esta Ley se deberá aplicar, respectivamente y siempre que no sean incompatible con su naturaleza, lo establecido en la Constitución de la República, en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y en la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujeres.

**Disposición General Segunda.-** Las entidades del Estado desarrollarán campañas anuales de sensibilización para sus servidoras y servidores públicos en temas relacionados a la corresponsabilidad parental.

## **DISPOSICIONES TRANSITORIAS**

**Disposición Transitoria Única.-** El Estado en el plazo de doce (12) meses contados a partir de la publicación de la presente ley, deberá desarrollar la política pública de protección reforzada para niñas, niños y adolescentes. Dicha política deberá ser implementada en el plazo máximo de veinticuatro (24) meses a partir de la publicación de la presente ley.

## **DISPOSICIONES REFORMATARIAS**

**Disposición Reformatoria Primera.-** Agréguese a continuación del literal g del artículo 10 de la Ley Orgánica Integral para la Prevención y Erradicación de la Violencia de Género contra las Mujeres, el numeral literal siguiente:

*“f) Violencia Vicaria.- Es toda aquella conducta realizada de manera consciente para causar perjuicio o daño psicológico a las mujeres, ejerciéndose de forma secundaria a la violencia principal. La violencia vicaria es ejercida a través de los familiares o allegados de las víctimas y, especialmente, a través de sus hijos e hijas”.*

**Disposición Reformatoria Segunda.-** Sustitúyase el artículo 283 del Código Civil, por el siguiente:

*"Art. 283.- De la Patria Potestad.- La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones de los progenitores relativos a sus hijas e hijos no emancipados, referentes al cuidado, educación, salud, alimentación, recreación, vivienda, descanso, administración adecuada de sus bienes y demás derechos tendientes a garantizar una vida digna que permita su adecuado desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos e hijas de conformidad con la Constitución y la Ley".*

### **DISPOSICIÓN FINAL**

**Disposición final única.-** La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

	<b>Nombres</b>	<b>Cargo</b>	<b>Fecha</b>
<b>Elaborado por</b>	Carolina Calderón Meneses	Especialista en Derechos Humanos y de la Naturaleza	08 de marzo de 2022
	Sonia Romero Pico	Directora Nacional de Análisis Normativo e Incidencia en Política Pública	08 de marzo de 2022
<b>Revisado por:</b>	Sonia Romero Pico	Directora Nacional de Análisis Normativo e Incidencia en Política Pública	09 de marzo de 2022
<b>Validado por:</b>	Andrea Rivera Villavicencio	Coordinadora General de Producción Especializada de Gestión del Conocimiento e Investigación	10 de marzo de 2022
<b>Aprobado por:</b>	Miguel Chimborazo Gaon	Secretario General Misional – encargado	11 de marzo de 2022

