



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

### ACTA DE LA SESIÓN No. 019-COENA-2019

Quito, D. M, el día jueves 07 de febrero de 2019, siendo las 8 horas con 23 minutos, en el salón 1, ala oriental, ubicado en el edificio de la Asamblea Nacional, en la avenida 6 de Diciembre y Piedrahita, se instaló la Comisión Ocasional para atender temas y normas sobre Niñez y Adolescencia, de acuerdo a la convocatoria realizada por disposición de la asambleísta Encarnación Duchi Guamán, en su calidad de Presidenta de la misma, de conformidad con el numeral 1 del artículo 27 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa en concordancia con el artículo 8 numeral 2 del Reglamento de Comisiones Especializadas Permanentes y Ocasionales.

<b>Hora de Inicio:</b>	8H23
<b>Hora de Terminación:</b>	09H45 se suspende

#### a) Inicio de la Sesión. -

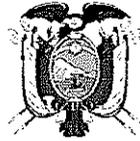
El Asambleísta Franklin Samaniego, en su calidad de Vicepresidente de la Comisión y en esta sesión como presidente por la ausencia de la señora Presidenta, solicita que a la abogada María Soledad Rocha Díaz, Secretaria Relatora de la Comisión, proceda con la constatación del quórum reglamentario.

ASAMBLEÍSTA	PRESENTE/AUSENTE
María Encarnación Duchi	Ausencia
Franklin Samaniego	Presente
Verónica Arias	Presente
Karina Arteaga	Ausente
Brenda Flor	Presente
Doris Calderón	Presente
Ángel Sinmaleza	Presente

La Secretaria Relatora certifica la presencia de 5 asambleístas de los 7 miembros que conforman la Comisión, es así que, existiendo el quórum reglamentario, se da inicio a la sesión No. 019-COENA-2019.

#### b) Lectura de Convocatoria y del Orden del Día. -

Por disposición de la Asambleísta María Encarnación Duchi Guamán, Presidenta de la Comisión Especializada Ocasional para atender temas y normas sobre Niñez y Adolescencia, según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 27 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa en concordancia con el artículo 8 numeral 2 del Reglamento de Comisiones Especializadas Permanentes y Ocasionales, se convoca a las y los asambleístas integrantes de la Comisión, a la Sesión Ordinaria No. 019, a desarrollarse el día jueves 07 de febrero del 2019, a las 08H00, en el primer piso, Salón 1, ala oriental, ubicado en el edificio de la Asamblea Nacional, en la avenida 6 de Diciembre y Piedrahita de la ciudad de Quito, con el fin de tratar el siguiente orden del día: 1. Conocimiento y votación del Informe para primer debate del Proyecto de Ley Orgánica Interpretativa al artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. 2. Conocimiento y resolución de la propuesta de índice del libro I, del Código Orgánico para la Protección Integral de niñas, niños y adolescentes. 3. Conocimiento y resolución de la propuesta de articulado, del Capítulo I, del Título II, Libro I sobre principios, del Código Orgánico para la Protección Integral de niñas, niños y adolescentes.



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

Posteriormente, a través de la secretaria se establece que no existe solicitud de cambio del orden del día ni tampoco oficios que justifiquen ausencia y/o de otra índole procede dar lectura.

Acto seguido la señora presidenta solicita que por secretaria se de lectura al primer punto del orden del día:

**INTERVENCIÓN SEÑORITA SECRETARIA: Punto No. 1 del Orden del Día.-** Conocimiento y Votación del informe para el primer debate del proyecto de la Ley Orgánica Interpretativa al artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.

**INTERVENCIÓN DEL SEÑOR PRESIDENTE:** Como es de sus conocimientos se ha trabajado en la propuesta presentada por la Asambleísta Verónica Arias, existe un borrador de informe que solicito por secretaria se de lectura para observarlo lo que corresponda y hacerlo los ajustes correspondientes, y el día de hoy aprobarlo a fin de dar tratamiento lo que está determinada en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, con la siguiente metodología si hay alguna observación vamos parando y realizando las correcciones pertinentes.

### **INTERVENCIÓN SEÑORITA SECRETARIA: INFORME PARA PRIMER DEBATE DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA INTERPRETATIVA AL 106 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

#### **1. OBJETO.**

El presente documento tiene por objeto presentar el análisis que se ha realizado del proyecto de Ley Orgánica Interpretativa al artículo 118 en concordancia con el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en la Comisión Especializada Ocasional para Atender Temas y Normas sobre Niñez y Adolescencia.

Este informe se pone a consideración del Pleno de la Asamblea Nacional para su discusión en primer debate.

#### **2. ANTECEDENTES.**

**2.1.** Mediante Resolución del Consejo de Administración Legislativa No. CAL-2017-2019-322, de 03 de mayo de 2018, se resolvió calificar al Proyecto de Ley Orgánica interpretativa al artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, presentado por la asambleísta Verónica Arias Fernández mediante Oficio No. 036-AN-VA-CAL-2018, de 27 de febrero de 2018, con trámite No. 319966, en virtud de que cumple con los requisitos formales prescritos en los artículos 136 de la Constitución de la República y 56 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa. De este modo, se remite el proyecto con el carácter de urgente y prioritario.

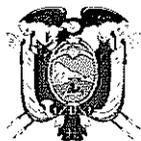
**2.2.** Mediante Memorando No. SAN-2018-1812, de 11 de mayo de 2018, se remite el Proyecto de Ley Orgánica interpretativa al artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, a la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, para su tramitación.



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

- 2.3. Mediante Resolución No. CAL-2017-2019-411, de 11 de julio de 2018, se resuelve sugerir al Pleno de la Asamblea Nacional, la creación de una Comisión Especial Ocasional para Atender Temas y Normas sobre Niñez y Adolescencia.
- 2.4. El 11 de octubre de 2018, el Pleno de la Asamblea Nacional aprueba la Resolución No. CAL-2017-2019-411, que crea la Comisión Especial Ocasional para Atender Temas y Normas sobre Niñez y Adolescencia. Siendo así, todos los proyectos de ley, documentos e insumos relacionados con la niñez y adolescencia, que hayan sido tratados por cualquier comisión, en el estado que se encuentren, deben remitirse a esta comisión especial.
- 2.5. En Memorando No. SAN-2018-365, de 19 de octubre de 2018, con trámite No. 343890, la Secretaria de la Asamblea Nacional solicitó a todas las comisiones, que en el término de tres días remitan todos los proyectos de ley, documentos e insumos relacionados con la niñez y adolescencia, que estén en trámite o hayan sido tratados en cada comisión, a la Comisión Especializada Ocasional para Atender Temas y Normas sobre Niñez y Adolescencia.
- 2.6. En Memorando No. SAN-2018-3769, de 31 de octubre de 2018, la Secretaria General de la Asamblea Nacional remitió de manera oportuna todos los proyectos de ley en materia de niñez y adolescencia, entre ellos los tramitados en la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, en la que también fueron recibidos en comisión general, entre ellos las siguientes personas: El doctor Farith Simon, propuso en primera instancia que se considere la observación general 14 sobre el cumplimiento de los derechos de los niños, la cual establece 2 principios que deben ser considerados fundamentales en esta materia, por un lado, esta norma considera una forma de violación de los derechos de la mujer, los sistemas jurídicos de pre asignación exclusiva de cuidado en la persona de las madres sobre los hijos, y por otro lado, reconoce a la custodia compartida como una forma de realización del interés superior del niño y del cumplimiento efectivo de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Consideró que la reforma del proyecto de ley tiene reiteraciones que no implican verdaderas reformas y que se le debe dar mayor relevancia al desarrollo normativo de la custodia compartida. La presentación general del doctor Farith Simon se centró en el reconocimiento de la necesidad de superar el modelo de pre asignación vigente en nuestro Código de Niñez y Adolescencia y en el Código Civil. Advirtió que, el código del 2003 fue un verdadero avance en relación al sistema anterior que era una verdadera justicia de segunda clase. El Sr. Luis Ortiz propuso la inclusión de un sistema de presunciones entorno a la coparentalidad y sugirió que esta presunción se refiera a un acuerdo presunto de tenencia compartida de 50% en derechos y obligaciones. En esta línea planteó que para hacer viable la corresponsabilidad se presente por parte de los progenitores un plan de coparentalidad, por otro lado, justificó sus asertos invocando un fenómeno recientemente descrito como maternidad intensiva, que implica para las mujeres una sobre carga de trabajo debido a la imposición del cuidado exclusivo de los hijos en contextos de separación y divorcio. La señora Lita Martínez de CEPAM, inició su intervención reconociendo que en la sociedad no existe equidad de género, que se obliga a las mujeres al cuidado exclusivo de los hijos y que haciendo referencia a las nuevas masculinidades, los hombres culturalmente deben participar de manera activa en la crianza y cuidado de los hijos; que está de acuerdo con la pensión hasta los 23 años, si están



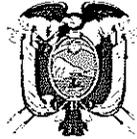
REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

estudiando; finalmente, reconoció que la ley vigente fue desarrollada de una manera participativa y amplia. La representante de CEPAM, aduce que las leyes son el reflejo de la sociedad, que en nuestra sociedad existen hegemonías y estereotipos de género; también admite que, esta propuesta introduce la figura de la corresponsabilidad, lo cual beneficiaría a todos, dado que los hombres actualmente no son responsables, se necesitan más padres presentes y al mismo tiempo, dice que la tenencia debe ser consensuada propone que debería llamarse derecho de manutención y afectos. El periodista Andrés Guschmer está de acuerdo con la reforma, ya que el sistema vigente no garantiza el derecho de las niñas y niños a mantener relaciones fluidas con su padre. Posteriormente, explica que los niños deberían tener derecho a tener buenas relaciones con sus dos progenitores. Santiago Villareal demanda que las reformas permitan la corresponsabilidad parental, que no existan análisis parcializados y que estos análisis, deben ser caso por caso. La doctora Paula López Cucalón se remite a su experiencia personal para cuestionar la propuesta de reformas y pide que se tome en cuenta las injusticias que ocurren con las madres cuando hay padres que no quieren cumplir con sus obligaciones. El doctor Petronio Rúaes propone un modelo de gestión, que facilite la adopción del modelo de corresponsabilidad, ya que esto beneficia en los afectos y seguridades a los niños. El doctor Ramiro Falconí García, Presidente del Colegio de Abogados del Pichincha hace múltiples cuestionamientos y observaciones, considera que en la realidad de la aplicación del actual Código de la Niñez y la Adolescencia, no amerita reformas, dado que en su generalidad la ley es suficiente y que para casos excepcionales de padres que reclaman derechos existen los jueces que deben modular la aplicación de la ley. Dice que la tenencia compartida no puede ser impuesta. El doctor Luis Riofrío, médico psiquiatra, informa que desde el punto de vista estrictamente científico, existe suficiente evidencia para concluir que la tenencia compartida es lo más óptimo para garantizar los derechos de los niños a su desarrollo integral. Cuestiona el sistema vigente por considerar que los sistemas pre asignación descargan sobre la mujer excesiva carga, que bien pudiera ser compartida con el padre. Desde su punto de vista la mediatización del debate sobre la custodia o tenencia compartida ha sido objeto de un tratamiento poco ético y profesional. La señora Jessica Jaramillo afirma que no están en contra de la tenencia compartida, pero aducen que ésta no puede ser impuesta.

2.7. Con fecha 08 de enero de 2019, se convocó a la Sesión Ordinaria No. 014, a desarrollarse el día jueves 10 de enero de 2019, a las 08H00, con el fin de tratar el siguiente orden del día: Análisis del Proyecto de Ley Interpretativa al artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. En dicha reunión se desarrollaron las siguientes intervenciones:

- **Intervención de la asambleísta Verónica Arias:** “Procedo a exponer el proyecto de ley interpretativa al artículo 106 del Código de Niñez y Adolescencia -CONA-. Este proyecto no busca reformar o modificar al contrario lo que plantea es aclarar dudas sobre el contenido del artículo 106 del CONA. Como antecedentes debo indicar los instrumentos jurídicos internacionales que desde la ONU establecen los lineamientos para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes: 1. Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño 1924. 2. Declaración de los Derechos del Niño de 1959. 3. Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y 4. Convención de los Derechos del Niño 1989; también Sobre Derechos de las Mujeres existen como: 1. Convención de la NNUU sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer suscrita en Nueva York en 1980. 2. Convención Belem do Pará de 1994; existen también normas en la

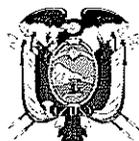


REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

legislación nacional como: 1. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. 2. Código Orgánico Integral Penal. 3. Ley Orgánica para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres. La Constitución de 2008 define una condición jurídica especial a los niños, niñas y adolescentes, así como a las mujeres embarazadas, madres y jefas de hogar, catalogándolas como grupos vulnerables y de atención prioritaria, merecedores de medidas de acción afirmativa (Artículos 11 No. 2; 35 y 69 No.4), establece porque hay una realidad latente ejemplo por 4 millones de hogares que existen en el Ecuador un millón está liderado por una mujer, por esa razón la constitución genera esta acción afirmativa.

Con estos antecedentes debo indicar que el artículo 106 en el actual Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia actualmente establece: Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad, estas son aplicables al artículo 118 de este código en la que manifiesta que para los temas relacionados para tenencia se aplicaran las reglas establecidas en el artículo 106; Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (actual 307) del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas: • *1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija*; es decir se establece como primera opción el acuerdo de los progenitores, debo indicar que hay ciertos sectores que señalan que se debe incorporar la tenencia compartida en razón de que no existe, cuando ellos ya existe hace más de 14 años en el Ecuador, pero el legislador cuando aprobó el CONA lo que hizo es garantizar que esta tenencia compartida priorice el acuerdo no el conflicto, hay ciertos sectores que creen que el juez debe decidir un tiempo pase en un hogar y otro tiempo en otra casa, así también luego del numeral uno establece otras reglas como los siguientes numerales 2, 4 aplican acciones afirmativas por ejemplo el numeral dos dice • *2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija*; y el numeral 4 dice “Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o de la hija”; que significan estos dos numerales que el legislador aplico medidas de acción afirmativa a favor de niñez y adolescencia así como también madres jefas de hogar para poder garantizar madres jefas de hogar para garantizar a los NNA en función de protección de madres jefas de hogar, hay una encuesta de condiciones de vida de INEC en caso de divorcio el 68% de los casos son los padres quienes abandonan el hogar y las madres tienen que hacerse cargo de los hijos, por eso el legislador planteo en el artículo 106 que se prioriza a la madre que se prioriza para sus hijos en caso de separación o divorcio, que se plantea con esa ley interpretativa reafirmar el espíritu del artículo 106 del CONA de que si existe en el Ecuador la tenencia compartida por acuerdo de los progenitores y no por imposición judicial; igualmente hay una convalidación constitucional al artículo 106 en varias sentencias a convalidado en varias sentencias como por ejemplo Sentencia No. 21-11-SEP-CC señaló que entre las posibilidades de tenencia se encuentra la co-custodia establecida en el Art.106 No.1 del CONA, que requiere acuerdo entre las partes. • Sentencia No. 64-15-SEP-CC ratificó la prioridad de la madre en la tenencia de sus hijos en el caso de separación o divorcio. • Sentencia No. 85-16-SEP-CC desarrolla el principio del interés superior de los niños. • Sentencia No. 150-16-SEP-CC. Sentencia No. 288-16-SEP-CC, con la finalidad de una amplitud en la explicación he procedido también hacer una comparación con la legislación de países cercanos de nuestra región: **El Artículo 659 del Código Civil y Comercial de**



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

**Argentina establece:** La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado; de la misma forma en Bolivia el artículo 217 del Código de Familias y Proceso Familiar señala igualmente que la corresponsabilidad de ambos progenitores en la crianza de sus hijos se ejecuta mediante un acuerdo voluntario con la supervisión de la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia. La guarda compartida debe basarse en una buena comunicación de los progenitores, ya que el juez aprueba únicamente este acuerdo; de la misma forma el Código Civil Chileno en su artículo 225 establece que el cuidado de los hijos en forma compartida requiere de un acuerdo instrumentado en una escritura pública pero ante falta de mismo, los hijos continuarán bajo el cuidado del progenitor que están conviviendo. El proyecto de Ley número 20680 se presentó el 12 de Junio del 2008 y se aprobó el 12 de Junio del 2013, es decir luego de 5 años de una amplia discusión que considero que luego de un amplio debate y discusión que considero que lo más conveniente es que el cuidado compartido opere solo por acuerdo; en la legislación de España en el artículo 92 numeral 5 del código civil establece la guarda compartida propuesta en un convenio de los progenitores; el artículo 92 numeral 7 establece: guarda compartida que no procederá cuando se haya afectado los derechos de los hijos o integrantes del núcleo familiar, el artículo 92 numeral 8 establece: por ello, solo excepcionalmente el juez concederá guarda compartida con informe del Ministerio Fiscal; La legislación de la República de Perú establece: La custodia compartida procede previo acuerdo de los progenitores, esta figura es excepcional, ya que requiere que los progenitores se encuentren preparados para asumirla por el interés del niño; en la legislación de Puerto Rico establece que se ratifica que la custodia compartida es excepcional ya que requiere de un acuerdo, un arreglo reflexionado de los padres que cumplan 9 condiciones para verificar su capacidad, disposición, distancia, grado de conflictividad, hostilidad, ingresos, motivación y ponderación para asumirla en función del interés del niño, en ese sentido de acuerdo a lo expuesto para aclarar respecto a las dudas del artículo 106 se plantea una interpretación del artículo 106 por parte de la Asamblea Nacional de la siguiente manera: **LEY ORGÁNICA INTERPRETATIVA AL ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA** Artículo Único.- Interpretese el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de la siguiente manera: “El artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia sobre la patria potestad y aplicable de conformidad al artículo 118 del mismo cuerpo legal a la tenencia, desarrolla la corresponsabilidad parental, el desarrollo integral y el interés superior de niños, niñas y adolescentes, por lo que en aplicación de medidas de acción afirmativa a favor de los grupos de atención prioritaria como son las madres, jefas de familia, víctimas de violencia y sus hijos que están a su cargo, se entenderá que la tenencia compartida únicamente procede previo acuerdo expreso de los progenitores y escuchando la opinión de los hijos, impidiendo así la atribución judicial para la imposición de la tenencia compartida que no cuente con estos requisitos e imposibilitando que este asunto sea sometido a mediación familiar obligatoria”, este es el planteamiento que se ha planteado para aclarar las dudas al artículo 106, con la finalidad de que indicar que en el Ecuador si existe tenencia compartida por acuerdo de los progenitores, no por imposición judicial, por ejemplo si existiera tenencia compartida por imposición de la ley un bebe de pecho por imposición de la ley podría terminar en tenencia del padre algo ilógico, es decir arrebatar a la madre un hijo que está lactando”.



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

- **Intervención de la Señora Presidenta**, “pongo en consideración de los miembros de esta comisión, el proyecto presentado por la Asambleísta Verónica Arias. Quienes hemos analizado este artículo sabemos que existen reglas claras sobre la tenencia, sin embargo, hay algunos sectores quienes niegan este hecho, pero estamos claros que el numeral uno está tácitamente contemplada la tenencia compartida, siempre que exista el acuerdo de los progenitores, que debe ser aplicado por las y los administradores de justicia”.
- **Intervención de la asambleísta Karina Arteaga**, “la asambleísta Arias ha sido bastante clara sobre la existencia de la Tenencia Compartida establecida en el artículo 106. Estoy totalmente de acuerdo con la tesis planteada. Por tal razón, elevo a moción para que se realice un informe, indicando que se regrese al Consejo de Administración Legislativa, el Proyecto de Ley Interpretativa y este sea puesto en consideración del pleno de la Asamblea Nacional”.
- **Intervención de la asambleísta Dallyana Passailaigue**, “considero que ha sido una exposición clara por parte de la Asambleísta proponente, pero tengo una observación, respecto del espíritu de esta propuesta. Creo que en el texto de la ley interpretativa se incorpora una figura que no está contemplada en este código que es preconstitucional. Me parece que no es viable jurídicamente. También creo que la tenencia compartida no es lo mismo que la corresponsabilidad. Pienso que podía haber una confusión y caer en una ilegalidad, sin embargo, escuchando es una interpretación que usted hace, literalmente como definición no está lo que se propone no está contemplada la tenencia compartida entonces mi pregunta es, existe la posibilidad de mejorar el texto solo poner tenencia y mantener tal como está en la normativa vigente”.
- **Intervención del asambleísta Franklin Samaniego**, “mi intervención va en el mismo sentido. Quiero aclarar unos conceptos: en primer lugar, el artículo 106 habla como patria potestad, el artículo 118 sobre tenencia, y las visitas son 3 figuras distintas. La patria potestad es como un “cascaron” en donde al interno esta un “pollito” y esa patria potestad es lo que da las características, como se le cuida. El interés superior del niño, es otro concepto que quiero aclarar, es que en el Ecuador existe corresponsabilidad compartida entre padre y madre, cuando una madre cuida al niño y el padre la pensión alimenticia existe corresponsabilidad. Partiendo de estos dos conceptos estoy de acuerdo con esta disposición y soy una de las personas que cree que el artículo 106 no tiene que modificarse, la Constitución de la República, en el artículo 82 determina lo siguiente sobre la seguridad jurídica, dice: *El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes*, una premisa antes de la claridad en esta norma es que se plantea la tenencia compartida obligatoria que no existe en nuestra legislación, existe la tenencia compartida acordada, si hay que aclarar es esa figura, y el tercero sometida a la mediación familiar obligatoria aquí se va a ante un mediador y en ese ambiente se llegue acuerdos pero no obligatorio, en conclusión como aclaramos lo que no está determinado en la norma este momento; podemos pedir al archivo de la asamblea nacional y revisar el espíritu de esta norma cuando se debatió, el artículo 106 es el origen del libro segundo si cambiamos cambia todo sobre las instituciones familiares”.



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

- **Intervención de la asambleísta Dallyana Passailaigue**, “estoy de acuerdo con el asambleísta Samaniego. El artículo 106 no se debería modificar, sin embargo, en el numeral 1 del artículo 106 cuando hablamos de acuerdo de progenitores, no es sinónimo de tenencia compartida”.
- **Intervención de la asambleísta Verónica Arias**, “son válidas las inquietudes de Dallyana, si existe la tenencia compartida en el Ecuador y es la confusión que hay que aclarar. Por eso esta ley, para poder absolver las dudas sobre la aplicación del artículo 118, inciso primero del CONA, que dice lo siguiente: “*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, encargara su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106*”. Entonces el artículo deriva al artículo 106. Segundo, la jurisprudencia es fuente de derecho y al Corte Constitucional, ya habla de co-custodia, en las sentencias que expuse; particularmente la sentencia 21-11-EC-EPCC, ya aclara que si existe la tenencia compartida por reconocimiento de la Corte Constitucional. El numeral 1 del artículo 106, habla del acuerdo de los padres, es decir cuando existe un acuerdo de los progenitores puede darse una tenencia compartida, **NO NECESARIAMENTE LAS LEYES TIENEN QUE** decir tenencia compartida, la Corte expresamente dice: “Entre las posibilidades de tenencia se encuentra la co-custodia establecido en el artículo 106 numeral 1 del CONA”. Sobre lo que manifestó el Asambleísta Franklin Samaniego, existen algunos principios que se anticipó en el CONA, principios que están en la Constitución 2008, por ejemplo: la corresponsabilidad parental, en el artículo 100 del CONA ya se habla de la corresponsabilidad, lo que hizo el asambleísta constituyente, es introducir en la Constitución algunos principios del CONA, y lo establece en el artículo 106, donde se señala que no puede existir una imposición de la Ley, tampoco se puede obligar a una mediación familiar, pero insisto que esta propuesta no reforma nada, únicamente lo que se quiere es aclarar las dudas sobre artículo 106”.
- **Intervención de la asambleísta Dallyana Passailaigue**, “el argumento de la Corte Constitucional es determinante. Mi observación va en palabras taxativas y también en como construimos la ley de violencia contra las mujeres, siempre creo yo, que cuando no está en la ley taxativamente como la tenencia uniparental, la custodia en función de principio de corresponsabilidad de los padres, para que se va aclarar lo que dice el artículo 106, sería bueno de alguna manera dar otras palabras para que no haya argumentos que otras personas digan que hemos caído en una ilegalidad, estoy de acuerdo con esta ley interpretativa con estas observaciones”.
- **Intervención del asambleísta Franklin Samaniego**, estoy de acuerdo con todo lo que se acaba de manifestar, pero quisiera orientar al equipo asesor y a la asambleísta Arias, con dos premisas, la tenencia compartida si existe es obligatoria no está en el código, si existe alguna sentencia o algún juez que se pronunció en contra del artículo 106, si hay jueces que se han pronunciado en contra necesariamente hay que aclararlo”.



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

- **Intervención de la asambleísta Verónica Arias**, “hay que partir de otra premisa se legisla para la generalidad, no legislamos para la excepciones hay que tener en cuenta, cuando debatíamos sobre este tema en la Comisión de Justicia el Consejo de judicatura envió datos estadísticos cuantos padres solicitaron quedar con los hijos menores de 12 años era un porcentaje mínimo, y mayores de 12 años deciden los mismos NNA, cuando hay excepciones cuando la madre no puede quedar con los hijos por algunas situaciones ahí es cuando el juez decide”.
- **Intervención del asambleísta Franklin Samaniego**, “estoy de acuerdo con el espíritu planteado, dos cosas quiero aclarar, primero si no existe una atribución judicial para imponer una tenencia compartida si hubiera alguna falla de un juez en contra de esta disposición tendríamos que aclararlo, segundo si no existe una figura de mediación obligatoria en la ley como incluimos una aclaración, estamos adelantando a una propuesta en el debate, con estas dos aclaraciones procedo apoyar la moción de la Asambleísta Karina Arteaga, solicitando que estas dos aclaraciones sean acogidas por el equipo asesor para realizar el informe si no ha sido atribuida por el juez para poder decir que posteriormente no exista la atribución de los jueces”.
- **Intervención de la asambleísta Karina Arteaga**, “me ratifico en la moción en el sentido de que de que se realice el informe sobre la propuesta de la Ley interpretativa de la Asambleísta Verónica Arias, a fin de que una vez aprobado el informe regrese al Consejo de Administración Legislativa y sea puesto en el Pleno de la Asamblea Nacional, con las dos aclaraciones realizadas por el Asambleísta Franklin Samaniego”.

2.8. Con fecha 5 de febrero de 2019, se convocó a la sesión ordinaria No. 018, donde se recibe en comisión general, a las siguientes personas:

- **Doctor Ramiro García Falconí, Presidente del Colegio de Abogados**: “Es necesario que la norma esté ajustada a la realidad para lo cual es importante que se recaben datos, justamente hay ausencia de estadísticas confiables en el Ecuador (...) por ejemplo cuando hablamos de la custodia del menor estamos hablando que la madre tiene un 96% (...) el 75% de los padres están en mora de dos pensiones alimenticias, y esto es fundamental al momento de hablar de custodia compartida, esta es una de las trampas argumentales que han tratado de utilizar ciertos grupos, es el de desligar el tema patrimonial del afectivo, es una trampa argumental porque esto desconoce de entrada que las obligaciones básicas del niño, niña y adolescente no pueden solucionarse a besos, es decir el padre o madre que tiene la custodia no puede pagar la farmacia, ni el colegio ni la tienda no se puede desligar el un concepto del otro, no se puede desligar lo patrimonial de lo afectivo esto se debe tomar muy en cuenta al momento de hablar de custodia compartida. (...) La posición que expongo es gremial y también como papá porque tengo de facto un sistema de custodia compartida que ha sido acordada con la madre de mi único hijo, que ha sido muy difícil de llevar existiendo una magnífica relación con la madre de mi hijo, imagínense lo que hubiera sido si esa custodia compartida no tendría como antecedente ese acuerdo basado en respeto a los espacios de cada uno, y a la posición de cada uno como padre y madre sería inviable, eso lo digo como padre. Pero ya como representante



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

gremial, nosotros consideramos que sería totalmente lesivo a los derechos sobre todo de la mujer que se permita imponer una custodia compartida al margen de los acuerdos del padre que tiene la custodia, que normalmente es la madre. Dentro de nuestro ordenamiento tenemos una serie de normas que naturalizan y legitiman las violencias contra la mujer (...) a través de las reformas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se quiso añadir otras violencias. Si 8 de cada 10 mamás que tiene la custodia de los hijos no recibe su plata mensual puntual, es más hay un retraso de dos o más pensiones alimenticias, que hicieron, eliminaron el apremio personal (...) la morosidad se incrementó de un 75% a un 90% (...) esa violencia patrimonial (...) en materia de custodia el que no solamente se le delegue naturalmente entre comillas, a la madre la custodia de los niños, sino también su manutención, porque si el papá no pasa la plata la que tiene que apañarse cada mes y ver de dónde saca es la mamá y si encima de eso vamos a obligar, (...) se quiso abrir la puerta a que por vía judicial se le imponga a la madre la obligación de una custodia compartida. ¿Qué pasa por ejemplo cuando hay antecedentes de violencia? (...) en Francia tienen la custodia compartida impuesta judicialmente y los niveles de violencia a los menores y hacia las madres se dispararon exponencialmente. Este no es, además, un problema solamente de los derechos de la mujer, es un problema de los derechos sobre todo de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes que están en la mitad. Se nos está tratando de plantear en el ideario social, la idea de la madre manipuladora, perversa, que juega con los sentimientos del niño y le vende la idea de que el padre es un cafre, que es un tipo despreciable, madre además, que se enriquece mensualmente con la cantidad de dinero que recibe y que lo gasta en sus múltiples relaciones paralelas ese es el ideario social que nos están vendiendo. El problema es cuando eso ya pasa a la discusión legislativa (...). Este proyecto me parece interesante. (...) El tema es que hay que proteger a los niños, y a los niños no se los puede poner en medio de un pleito judicial por custodia entre los papás, esto ya ha pasado. Uno de los problemas legislativos que tenemos en el Ecuador (...) es que somos autoreferentes e introducimos instituciones que ya existen en otros países por años, entonces lo lógico es preguntar cómo ha funcionado. En Francia están tirando marcha atrás (...) porque esta custodia compartida judicialmente decidida (...) es una muestra del incremento de violencia exponencial que se ha generado a partir de estos instrumentos. (...) Entonces nosotros queremos ir de ida en instituciones que otros países las han implementado y ya están de regreso. Creo que no es lo adecuado creo por lo tanto que la Ley Interpretativa va en la vía correcta, para que exista la custodia compartida tiene que haber un acuerdo, además firmado, no es que me envíe un whatsapp, tiene que haber un acuerdo firmado entre los dos (...). Este es un problema de que no les golpeen a los niños, de que no chantajeen sexualmente a la pareja, es un problema de que no las maten, de alguna manera los grupos que descalifican a las reivindicaciones de género nos trata de mostrar a la discusión de los derechos de género como una discusión del título de un libro (...) El problema es que 8 de cada 10 mamá tiene que trabajar sola para criar al guagua, son problemas de base (...) y si encima de eso generamos nuevas estructuras de base que permitan la violencia contra la mujer evidentemente estamos yendo en otra vía contraria a derechos humanos (...) Como gremio nos oponemos a una custodia compartida judicialmente establecida; consideramos imprescindible que exista el acuerdo del padre que tiene la custodia. El proyecto de ley va por la vía correcta, la custodia compartida tiene que ser acordada, y constar por escrito (ante notario o acto judicial cualquiera de las dos) que exista una conformidad (...) Lo que vamos a tener a través de una custodia obligada judicialmente es un factor más de negociación, un factor más de extorsión. Desde mi perspectiva es una figura necesaria, porque si se están dando custodias compartidas judicialmente obligadas, es decir como no existe la

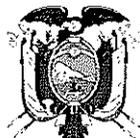


REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

prohibición, como existe el cierre de puerta esto queda a discreción de los jueces y más de uno ya han decidido sistemas de custodias compartidas, decididas judicialmente, no es algo que no pasa, sí está pasando. Esto solo es posible por un acuerdo de custodia compartida de manera pacífica, sin que resulte cada semana golpeada la mujer y golpeado el niño. Yo creo que si es conveniente un cierre de puerta de este tema y que no se deje a la discrecionalidad judicial que actualmente pasa, no muchos casos pero pasa, es decir hay una puerta abierta. Una custodia compartida judicialmente impuesta va a incrementar los niveles de violencia a la madre y a los hijos”.

- **Isabel Chanataxi, delegada del magister Nicolás Reyes, Secretario Técnico del Consejo Nacional de Igualdad Intergeneracional:** “Se han identificado cifras como que en Ecuador 4 millones son niños y 1 millón de adolescentes, aproximadamente 6 millones que son sujetos de protección del Estado ecuatoriano. (...) El interés superior del niño como el centro del análisis considerado como un derecho, un principio y una norma de procedimiento (...) que esta discusión sea en el marco de este principio impone la obligación de considerar en todas las decisiones este principio sobre todos los demás principios. El principio de corresponsabilidad como es el deber del Estado la sociedad de adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para un fin el tema de la garantía de la protección de los niños, niñas y adolescentes. (...) Los intervinientes en el régimen de tenencia compartida están los progenitores, que tienen la responsabilidad de garantizar los derechos de los niños; tenemos a los niños, niñas y adolescentes en primera instancia como sujetos de protección, quiere decir que es capaz que participa en el proceso que no es sujeto activo que tiene la necesidad y consideración de un respeto especial en función de su condición y grado de desarrollo, que tiene necesidades, que tiene un conjunto de derechos, tiene una percepción de sus necesidades y contexto que le rodea quien debe intervenir en este proceso. El juez que es llamado a garantizar que los compromisos que el acuerdo entre los intervinientes se cumpla el avala este acuerdo en función, no de la discrecionalidad, sino en función del interés superior del niño. No puede haber un régimen de tenencia compartida sino es con un acuerdo entre los intervinientes. (...) La tenencia compartida sería este conjunto de deberes que cumplen los progenitores en caso de separación o divorcio que en común acuerdo, en igualdad de condiciones en relación con la convivencia, crianza, cuidado en función del interés superior, el mismo que no se debe confundir con la patria potestad en el Ecuador. Esto nos lleva a señalar que el proyecto debe referirse al artículo 118 que habla de tenencia en concordancia con el 106 que define las reglas de la tenencia”. Janeth Guerrero, representante de madres y organizaciones de mujeres que trabaja en temas de violencia: “Parto de señalar que el artículo 106 del CONA tiene como primer punto el común acuerdo entre los padres, eso significa que estimula las buenas relaciones intrafamiliares, luego de una separación y divorcio. A falta de acuerdo la tenencia será encargada a la madre, la que de ningún modo significa que se está discriminando a los padres ya que únicamente es una preferencia en la que se debe garantizar que el niño o niña en cuestión tenga todas las condiciones necesarias para una buena condición de vida. Además, no es discriminatoria porque vela por el interés superior del niño que tiene tres conceptos como está en el derecho sustantivo, el principio jurídico y la norma de procedimiento. Que dice que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a los niños, niñas y adolescentes el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones positivas o negativas de la decisión en los niños o niñas que estén involucrados en este proceso. (...) Las madres jefas de hogar están protegidas en la Constitución como víctimas en situación de riesgo, víctimas de violencia



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

doméstica y sexual. El artículo 11 dice que el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad a los titulares de derechos que se encuentran en situación de desigualdad como las madres jefas de familia y los grupos que están en riesgo por temas de violencia. Una acción afirmativa se puede considerar en este caso que las madres tengan la tenencia como una forma de protección y de evitar que continúen siendo violentadas. (...) El 85% de mujeres jefas de familia ha sufrido algún tipo de violencia intrafamiliar, y en el 68% de casos son los hombres quienes abandonan el hogar”.

### 3. ÁMBITO DEL PROYECTO

Si bien es cierto la asambleísta Verónica Arias Fernández, presentó originalmente una propuesta para interpretar el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, en la medida en que la finalidad de la ley interpretativa es aclarar la figura de la tenencia compartida, se ha considerado que la ley interpretativa, debe ser al artículo 118 que se refiere al régimen de tenencia, en concordancia con el artículo 106.

En este contexto, en el presente proyecto de Ley Interpretativa se plantea interpretar el artículo 118 del Código de Niñez y Adolescencia, en concordancia con el artículo 106 referente a las reglas para confiar la patria potestad, aplicables a la tenencia, de conformidad con el mismo cuerpo normativo.

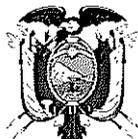
En la exposición de motivos de la propuesta se refiere a la necesidad de precisar que la figura de la tenencia compartida, ya prevista en el numeral uno del artículo 106 antes citado, derivada del acuerdo de los progenitores, la cual solo puede operar cuando ha sido convenida voluntariamente y aprobada por el juez.

Cabe indicar que, la presente ley propuesta es una interpretación auténtica que según Ricardo Guastini la define como: *“la interpretación de la ley llevada a cabo por el propio legislador mediante una ley posterior; cuyo contenido consiste precisamente en determinar el significado de una ley precedente”* (Ricardo Guastini, *Interpretar y Argumentar, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pág. 92*).

### 4. ANÁLISIS DE LA NECESIDAD DE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 118 EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

El Ecuador tiene un alto porcentaje de familias en las cuales los niños, niñas y adolescentes no conviven con ambos progenitores, para ello la normativa interna ha previsto la protección prioritaria de niños, niñas y adolescentes a través de la figura jurídica de la tenencia, para el caso de progenitores y, custodia cuando interviene un familiar o custodia emergente para una cuarta persona.

En las estadísticas se ha identificado, que en el Ecuador el 5% de los niños y niñas, no viven con su padre ni su madre biológica en sus primeros años de vida, y 6% entre sus 6 y 11 años. La provincias con un porcentaje mayor son en la costa Los Ríos, Manabí, El Oro y Esmeraldas y en la sierra Loja y Cañar, siendo esta última provincia la de mayor porcentaje por el efecto de la migración. (Agenda Nacional para la Igualdad Intergeneracional 2017-2021, datos 2014 CNII).



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

El Estado a través de sus políticas públicas es corresponsable con la sociedad y la familia de proteger y garantizar el ejercicio pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren esta situación.

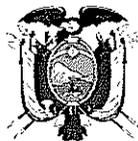
En este contexto, han surgido inquietudes respecto de la procedencia de la figura de la tenencia compartida, existiendo por una parte grupos que proponen su regulación al considerar que no se encuentra consagrada en el ordenamiento jurídico y por otra parte sectores que evidencian que esta figura se encuentra prevista en la normativa vigente y ha sido aplicada en las decisiones judiciales. Tenemos así que, dentro del proceso N. 17203-2013-9282 se señala que las hijas *“quedan bajo la tenencia, cuidado y protección de la madre y el padre en custodia compartida y cada uno será responsable de cubrir sus necesidades de vivienda en los períodos que a cada uno corresponde y de la siguiente forma: De lunes a jueves con la madre y de viernes a domingo con el padre.”* (<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec>)

### 4.1. ALCANCE DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA OPINIÓN PÚBLICA. <sup>Y<sup>1</sup></sup>

El tema de discusión es si el actual artículo 118 en concordancia con el 106 del Código de Niñez y Adolescencia contemplan la tenencia compartida y cuáles serían los presupuestos para su aplicación.

En los medios de comunicación impresos se ha recogido notas de prensa que refieren que el actual Código de la Niñez y Adolescencia no recoge la figura de la tenencia compartida, por lo que sería necesario expedir una normativa al respecto, así:

- Diario el Tiempo de 02 de mayo de 2017 que titula “Tenencia compartida y la corresponsabilidad familiar. El acuerdo entre padres de familia permitirá un proceso de corresponsabilidad con el menor. El pago de pensiones alimenticias y la tenencia compartida podrían tener una reforma en la ley”. (<https://www.eltiempo.com.ec/noticias/cuenca/2/tenencia-compartida-y-la-corresponsabilidad-familiar>).
- Diario el Telégrafo de 29 de mayo de 2017 que titula “Reforma impulsa la tenencia compartida” (<https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/reforma-impulsa-la-tenencia-compartida>).
- Diario el Comercio de 30 de mayo de 2017 que titula “La tenencia compartida tendrá reglas, según reformas al Código de la Niñez”. (<https://www.elcomercio.com/tendencias/tenencia-compartida-hijos-reglas-codigodelaninez.html>).
- Diario La Hora de 25 de junio de 2017 que titula “La tenencia compartida, materia de discrepancia” señalando que se propone establecer una custodia compartida obligatoria a las madres. (<https://www.lahora.com.ec/noticia/1102060853/la-tenencia-compartida-materia-de-discrepancia->).
- Diario el Telégrafo de 12 de julio de 2017 que titula “Custodia de los hijos debe ser compartida”. (<https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/4/custodia-de-los-hijos-debe-ser-compartida>).
- Diario el Comercio de 15 de febrero de 2018 titula “Proponen que madre y padre separados presenten al juez un plan de cuidado compartido a sus hijos” en el cual se cita la declaración del Asambleísta Franklin Samaniego quien señala: “Un juez no está en la capacidad de disponer que los padres de un niño tengan una relación de tenencia compartida. Tampoco de decidir si el hijo se queda un mes con el padre y otro con la madre; que uno le debe proveer de esto y otro, de aquello”. (<https://www.elcomercio.com/actualidad/madre-padre-custodia-compartida-polemica.html>).



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

- Diario el Comercio de 22 de mayo de 2018 “Comisión de Justicia de la Asamblea analizará la tenencia compartida, en el Código de la Niñez y Adolescencia, con carácter urgente”. (<https://www.elcomercio.com/actualidad/comisiondejusticia-asambleanacional-analisis-tenenciacompartida-codigodelanines.html>)
- Diario El Universo de 8 de julio de 2018 que titula “tenencia compartida”. (<https://www.eluniverso.com/opinion/2018/07/08/nota/6847382/tenencia-compartida>).
- Plan V de 08 de enero de 2019 que titula “Custodia Compartida: ¿si o no?”. (<http://www.planv.com.ec/investigacion/investigacion/custodia-compartida-si-o-no>)

Esto evidencia la necesidad de determinar con claridad que mediante acuerdo de los progenitores aprobado por el juez procede la tenencia compartida siendo esta la condición ya establecida de acuerdo al numeral 1 del artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, razón por la cual es una figura existente que no amerita de una nueva reforma o regulación, sino en su lugar de una interpretación como la planteada en el presente proyecto de ley.

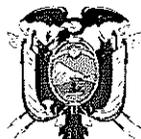
#### 4.2. ALCANCE DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO Y COMPARADO.

Desde el 2003 el Código de la Niñez y la Adolescencia, dentro del Libro II, respecto a relaciones de familia establece cuando procede la tenencia, así tenemos en el artículo 118 que: “*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 (...)*”. Este artículo nos direcciona al artículo 106 del mismo cuerpo legal, que señala las reglas a seguir para confiar la patria potestad aplicable a la tenencia.

Como primera regla para confiar la tenencia se encuentra el acuerdo de los progenitores, de la siguiente manera: “*1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija*”.

De esta manera, la figura jurídica de tenencia compartida, se da cuando padre y madre, voluntariamente han llegado a estar de acuerdo en ciertos mínimos encaminados a proteger y garantizar el cuidado y crianza de sus hijas e hijos.

La Corte Constitucional del Ecuador respecto al concepto de voluntad señala que: “*La voluntad es un rasgo de los seres humanos que determina sus acciones, dirigiéndolas intencionalmente hacia la consecución del fin propuesto, libre de violencia o coacción o presión de ninguna clase, incluidas las sociales y culturales. Un acto se considera voluntario cuando se ejerce sin ningún tipo de coacción, pero, además cuando la persona puede comprender claramente las consecuencias de esa conducta*” (CCE, sentencia No. 003-18-PJO-CC, párrafo 68).



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

De este modo la decisión que tomen los progenitores respecto a cómo van a compartir el cuidado y crianza de sus hijas e hijos, debe estar libre de cualquier clase de discriminación, coacción o violencia, debiendo primar el interés superior del niño, por sobre cualquier otro interés.

Así, se identifica que la tenencia compartida es una figura que ha estado vigente en nuestra normativa desde la promulgación del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003) y ratificada en la Constitución 2008 artículo 69 numeral 1, tanto es así que encontramos decisiones judiciales que aprueban acuerdos entre progenitores en los que se ha establecido regímenes de tenencia compartida, siendo las autoridades judiciales quienes deben promover un acuerdo de libre consentimiento respetando siempre el interés superior del niño. De esta manera tenemos: La sentencia de la Corte Constitucional No. 21-11-SEP-CC emitida el 01 de septiembre de 2011, señaló que entre las posibilidades de tenencia se encuentra la co-custodia establecida en el artículo 106 número 1 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, que requiere acuerdo entre las partes (páginas 11, 16 y 17).

En especial en la sentencia No. 85-16-SEP-CC del 16 de marzo de 2016, la Corte Constitucional fue categórica al establecer que el Art. 106 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia desarrolla el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, al indicar:

*“Los mandatos normativos constitucionales establecidos en los artículos 44, 45 y 46 de la Constitución de la República y que hacen relación a la responsabilidad asumida por el Estado, la sociedad y la familia para el pleno ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes protección y desarrollo integral, los mecanismos para el aseguramiento del ejercicio de sus derechos, así como la prevalencia del principio del interés superior del niño... encuentran desarrollo en las normas infraconstitucionales dispuestas en los artículos 106 y 116 del Código de la Niñez y Adolescencia”* (página 13).

En adición la Corte Constitucional del Ecuador en las sentencias No. 64-15-SEP-CC, 150-16-SEP-CC y 288-16-SEP-CC ha convalidado constitucionalmente la aplicación de las reglas del artículo 106 de cuyo contenido no ha apreciado ninguna inconstitucionalidad que amerite su derogatoria, reforma o inclusión en el ordenamiento jurídico.

De este modo, queda evidenciado que la tenencia compartida se encuentra ya normada por el Código de la Niñez y la Adolescencia en el artículo 106 numeral 1, por lo que primeramente se estará a lo que hayan acordado los progenitores respecto del cuidado de las hijas e hijos, lo cual incluirá acuerdos respecto a rutinas, hábitos y lineamientos familiares estables que atiendan al bienestar y a la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Si bien las y los jueces deben garantizar la estabilidad física, mental y psicológica, de los niños, niñas y adolescentes, a partir de un entendimiento civilizado que permita definir de manera prioritaria la tenencia y el cuidado personal de las y los hijos en beneficio del derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella, no pueden imponer un acuerdo a los progenitores, sino que se debe estar a lo que la norma ha determinado para cada caso. De este modo la autoridad judicial primero debe observar el acuerdo entre los progenitores, y para los casos en los que no sea



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

posible un acuerdo, pasará a observar las demás reglas para fijar la tenencia que señala el artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

En todos los casos se escuchará al niño o niña siendo su opinión valorada por el juez o la jueza, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez. En cuanto a los adolescentes su opinión será acogida obligatoriamente.

En el sistema comparado, un estudio especializado del caso colombiano expone lo siguiente: *“El principio de corresponsabilidad parental, alienta en casos de custodia compartida el deber de asumir la responsabilidad común y la participación en la crianza y educación de los hijos...si el caso es de mutuo acuerdo, no hay problema ya hay varios casos regulados, pero han sido acuerdos frente al tema, es decir cuando los padres lo hacen de mutuo y sin controversia (...) de manera contenciosa es difícil que un juez de la República lo otorgue...”*. El mencionado estudio se ve reflejado en el siguiente cuadro, que trata sobre los ordenamientos jurídicos que recogen a la tenencia compartida:

País	Custodia compartida	Fuente que registra definición expresa
Argentina	Tenencia compartida	Artículos 206, 264 del Código Civil. Ley 23513 de 1987, Ley 26061 de 2005
Canadá	Custodia legal conjunta	1997 Federal Child Support Guidelines under the Divorce Act
Chile	Tuición compartida	Ley 26680 de 13 de junio de 2013
España	Custodia compartida	Ley 15 de 2005
Estados Unidos	Custodia física conjunta	35 Estados y un Distrito tienen legislación expresa
Francia	Guarda compartida	Artículos 372-2-11 y 373-2-12 del Código Civil
Italia	Custodia compartida	Artículo 6° de la Ley 898/1970
México	Guarda y custodia compartida	Código Civil para el Distrito Federal
Puerto Rico	Custodia compartida	Torres Ojeda vs. Chávez Sorge ex parte. 118 dpr 469, Ley No. 223-211

Del estudio realizado a la legislación comparada, comprendida en el cuadro anterior, se aprecia que la tenencia compartida procede solo por acuerdo de los progenitores. Incluso, se observa que en el caso chileno, se requiere que este acuerdo se dé por medio de escritura pública para así formalizarlo.



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

Es importante destacar que en este estudio de derecho comparado se evidencia que, por ejemplo, en España las cifras de concesión de tenencia compartida en relación a la asignación del cuidado a la madre sigue siendo minoritaria (a las madres un 75,1%, en el padre 9,7% y compartida en un 14,6%). Esto debido a que los progenitores no llegan a un acuerdo que es el requisito requerido para la aplicación de la tenencia compartida.

De igual manera, el estudio revela que en Colombia se han propuesto tres proyectos legislativos a fin de que la custodia compartida sea impuesta judicialmente, los mismos que han sido negados, como se detalla a continuación:

Proyecto	Propósito	Proponentes	Estado
Ley 249 del 2008	Establecer el régimen de custodia compartida de los hijos menores	Guillermo Santos Nelson y Antonio Marín, Pedro Rodríguez y Mauricio Jaramillo Martínez	Archivado por tránsito de legislatura
Ley 108 del 2011	Regular la custodia y cuidado personal al terno de los hijos menores de edad	Carlos Edward Osorio y Juan Carlos Vélez	Ponencia negativa en primer debate
Ley 035 del 2014	Garantizar los derechos de los niños, niñas o adolescentes en el proceso de custodia, cuidado personal y visitas cuando los padres no cohabitan	Arturo Yépes Alzate	Archivado por tránsito de legislatura

(Rosario Duarte, Custodia compartida en Colombia: Análisis desde el interés superior del niño y perspectivas desde el derecho comparado, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2015, p. 17, 18, 21,24 y 46).

### 5. ANÁLISIS DE LA PROCEDIBILIDAD DEL PROYECTO DE LEY INTERPRETATIVA.

#### 5.1. ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada y ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Ecuador el 23 de marzo de 1990, entrando en vigor el 2 de septiembre del mismo año.

Con esta norma se instituye la doctrina de protección integral como el conjunto de acciones, políticas, planes y programas que garantizan el ejercicio pleno de los derechos de la niñez y



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

adolescencia. De este modo el Ecuador se vio comprometido a reformar su normativa interna para adaptarla a estos nuevos principios.

Esta doctrina implica diferenciar claramente las políticas públicas universales aplicables a toda persona, de las que son específicas para niños, niñas y adolescentes que son grupo de atención prioritaria; y la protección especial de los niños, niñas y adolescentes, que han sufrido amenaza y/o vulneración de sus derechos.

A fin de garantizar una verdadera aplicación de la doctrina de protección integral, ésta se conforma de un conjunto de principios entre los que tenemos la igualdad y no discriminación, corresponsabilidad del Estado, sociedad y familia, interés superior del niño, prioridad absoluta, ejercicio progresivo y aplicación e interpretación más favorable.

En este sentido, en el Ecuador se promulgó el Código de Niñez y Adolescencia, que fue publicado en el Registro Oficial No. 737 el 3 de enero de 2003, el mismo que recoge los principios y derechos de la Convención sobre los Derechos del Niño, antes mencionados.

En relación al tema del presente proyecto de ley interpretativa se enfatizará el análisis de los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de la familia, Estado y sociedad.

### 5.1.1. PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El principio de interés superior se encuentra en la Constitución del Ecuador en el artículo 44 que respecto a la niñez y adolescencia asegura *"(...)el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas"*.

De igual manera tenemos la Convención sobre los Derechos del Niño que en su artículo 3 recoge este principio de la siguiente manera: *"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 padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (...)"*.

Respecto al artículo 3 antes citado la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC 17-2002, de 28 de agosto de 2002 señala lo siguiente:

a) *Que, de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos...*



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

b) Que, la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida el niño.

De este modo, el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño señala que el cuidado de los niños, niñas y adolescentes se regirá por la ley interna de cada uno de los Estados partes, por lo que corresponde a la legislación nacional establecer el régimen de protección de estos derechos. Así, tenemos que el Código de la Niñez y Adolescencia promulgado en el 2003, recoge en su artículo 11 lo siguiente: “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 (...)”.

En concordancia la Opinión Consultiva No. OC-21/2014 del 19 de agosto de 2014 enfatizó que todo el sistema de protección integral implementará estos cuatro postulados: “el principio de no discriminación; el principio del interés superior del niño; el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y el principio de respeto a la opinión del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación” (párrafo 69).

De esta manera, el Estado ecuatoriano en cumplimiento de este principio ha dictado sentencias constitucionales en las cuales se ha considerado el principio de interés superior del niño a fin de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos y prevalencia de los mismos. De esta manera tenemos la sentencia No. 064-15-SEP-CC de 11 de marzo de 2015 que estableció que: “el interés superior del niño constituye la obligación, por parte de todas las funciones que conforman el Estado, de adoptar las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole, encaminadas a privilegiar prioritariamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en procura de alcanzar su desarrollo integral y la evolución del libre desarrollo de su personalidad”.

De este modo la Corte Constitucional determina que del principio de interés superior del niño nace una obligación para el Estado, la sociedad y la familia. Esta es que, al momento de adoptar una decisión logren el mayor estatus de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el corto, mediano y largo plazo, teniendo en cuenta la situación en la que se encuentran.

Con lo expuesto se concluye que el principio de interés superior del niño 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, las instituciones públicas y privadas, la familia y sociedad, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

Teniendo como principio rector el interés superior del niño, en la presente propuesta normativa se traduce a que en las relaciones familiares las decisiones que se adopten deben considerar lo que más convenga a los niños, niñas y adolescentes que conforman el hogar garantizando el ejercicio pleno de sus derechos. De allí que este principio debe ser el faro iluminador al momento de evaluar los temas relacionados con las obligaciones de tenencia y cuidado personal que los padres y madres ejercen respecto de sus hijas e hijos. Es decir, en todo caso se debe dar aplicación directa al principio *pro infans* que propende el bienestar integral y armónico de los niños, niñas y adolescentes.

En la presente propuesta de ley interpretativa se plantea que la tenencia compartida, ya prevista en el numeral 1 del artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, procede únicamente por acuerdo de los progenitores y no por decisión unilateral de la autoridad judicial. Esta interpretación, guarda conformidad con el principio de interés superior del niño, niña y adolescente previsto en el artículo 44 de la Constitución del Ecuador y 11 del Código de la Niñez y la Adolescencia, ya que el acuerdo garantiza que los progenitores arriben a un convenio producto de una relación armónica que facilite y permita que compartan los tiempos y periodos en el cuidado y crianza de sus hijas e hijos.

Es necesario reiterar que el artículo 3.2 de la Convención de los Derechos del Niño remite a la legislación nacional la configuración de quienes son “responsables ante la ley” de asegurar este principio, en este caso los progenitores a través del acuerdo, el Estado mediante la autoridad judicial que aprueba el convenio y la sociedad en su conjunto son los llamados a vigilar y garantizar el cumplimiento de estos compromisos voluntarios, en función del interés superior del niño.

### 5.1.2. PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD

Ahora bien, respecto al principio de corresponsabilidad tenemos primeramente que la Constitución del Ecuador, en el artículo 44 antes mencionado inicia señalando 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 (...)”*.

El Código de la Niñez y Adolescencia reconoce este principio en su artículo 8: *“Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia.- Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes. El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna”,* en concordancia con el artículo 10 del mismo cuerpo legal respecto al deber del Estado frente a la familia: *“El Estado tiene el deber prioritario de definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia para cumplir con las responsabilidades especificadas en el artículo anterior”*.



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

De lo analizado anteriormente se puede concluir que el principio de corresponsabilidad compromete al Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, esto es de adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

El Estado tiene el deber de formular y aplicar políticas públicas sociales y económicas; y destinar los recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna para el cumplimiento de las mismas. El Estado es visto como garante en materia de derechos humanos, y referente de las políticas públicas, tanto en sus lineamientos como en su ejecución, como lo señala la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena, en 1993. Así, la presencia del Estado se da a través de sus instituciones, que están en la obligación de crear las condiciones para que los progenitores puedan asumir su obligación de cuidado de los niños, niñas y adolescentes y facilitar los recursos pertinentes.

Siendo entonces, la sociedad responsable de vigilar y exigir el cumplimiento de estas garantías del Estado, a través de la participación social.

De este modo, tenemos que la familia es la esfera primaria, responsable por el cuidado y atención de sus hijas e hijos, con el apoyo de sus miembros.

Así, todos somos responsables del cuidado de los niños, niñas y adolescentes. *“Para que se cumpla el ciclo de la responsabilidad es necesario que la familia sea el contexto en el cual se forman las vivencias de los niños y las niñas como sujetos democráticos, titulares responsables en el ejercicio de sus derechos y que la sociedad se comporte como espacio de ejercicio democrático de los proyectos y esperanzas de los niños,*

*niñas y adolescentes (...)* Cuando la familia y la sociedad no ofrecen esa garantía el Estado está en la obligación de intervenir aun en la esfera privada de la familia cuando es preciso defenderlos y protegerlos de los abusos o negligencias de los padres o de los miembros de la sociedad” (Colombia, Ley 098/006 del 11 de noviembre 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. (Diario Oficial número 46.446).

En este mismo sentido la Corte Constitucional ecuatoriana ha señalado en su sentencia No. 003-18-PJO-CC de 27 de junio de 2018 lo siguiente: *“Si bien la familia es un espacio privado ello no significa que no sea impenetrable para el Estado. Aunque la Constitución confió a los padres y madres la educación de sus hijos artículo 69.1 y 83.16, y los otorgó un amplio margen de decisión al respecto, ello no quiere decir que el Estado deba apartarse de aquellos asuntos que involucran a los miembros de una familia, más aún si la norma suprema ha consagrado su corresponsabilidad en la promoción de su desarrollo integral y la garantía del ejercicio pleno de sus derechos (artículo 44 CRE)”* (párrafo 109).

Esto quiere decir que si los progenitores no arriban a un acuerdo sobre la tenencia compartida de sus hijas e hijos, el Estado deberá precautelar que el cuidado y crianza de los mismos los asuma



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

el progenitor responsable ante la ley según las reglas del artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, entre ellas la adopción de medidas de acción afirmativa a favor de “grupos de atención prioritaria” como son los niños, niñas y adolescentes y mujeres víctimas de violencia (artículo 35 CRE) así como la “especial atención” a madres jefas de hogar de conformidad (artículo 69.4 CRE), que se desarrollan en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

En este sentido la propuesta planteada asegura la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, precisando que la tenencia compartida opera únicamente por acuerdo de ambos progenitores, plasmando en dicho convenio la corresponsabilidad prevista en el artículo 83.16 de la Constitución que señala como un deber ciudadano: *“Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten”*, disposición constitucional desarrollada en el artículo 100 del Código de la Niñez y la Adolescencia que dispone: *“El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar; en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes”*. Es decir, la corresponsabilidad genérica del Estado, la sociedad y la familia arriba a una corresponsabilidad específica, únicamente por el acuerdo de los progenitores para plasmar la tenencia compartida de sus hijas e hijos.

### 5.1.3. LA FAMILIA

La Constitución del Ecuador, en el artículo 67 reconoce a la familia en sus diversos tipos y manifiesta que esta se constituye por vínculos jurídicos o de hecho, de manera concordante lo señala también en el artículo 68, que asimila a las familias constituidas por uniones de hecho con las fundadas en matrimonio. Así, cuando el artículo 67 determina que la familia se constituye por vínculos jurídicos o de hecho, se está reconociendo que la esencia de la familia radica en vínculos afectivos, económicos, la vida en común, una relación regular e intensa, extendiendo la protección a la familia, no únicamente para aquellos casos en los que priman vínculos biológicos o contractuales, sino para todas aquellas *“...relaciones en las que, de hecho, se generen lazos de mutua dependencia equivalentes a los parentales”* (Santolaya Machetti, Pablo. Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del Derecho a la intimidad. En García Roca Javier y Santolaya Pablo (coords.), "La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos". Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 494, citado en la CCE, sentencia No. 003-18-PJO-CC, párr. 97).

Siendo así, en el preámbulo de la Convención sobre derechos del Niño se señala que la familia, debe ser comprendida como *“grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”*. Esta misma Convención en el artículo 5 obliga que los Estados Partes respeten las responsabilidades y las decisiones, que se tomen en el seno familiar que no contravengan el interés superior del niño.



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

De esta manera, la familia constituye el núcleo fundamental de la sociedad, por lo que se garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. *“En el seno familiar, la protección especial de niños, niñas y adolescentes, es confiada a los adultos miembros de ese núcleo fundamental, los mismos que, dotados de una potestad tuitiva tienen la obligación de guarda, amparo y defensa de los niños, niñas y adolescentes en todos los ámbitos. El ejercicio de este deber implica la adopción de decisiones respecto del cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos, de las personas menores de edad que conforman la familia, dado su grado de autonomía y vulnerabilidad”* (CCE, sentencia No. 003-18-PJO-CC, párr. 101)

Asimismo, se deben respetar las decisiones adoptadas por los progenitores que emanen del consentimiento y voluntad libremente expresada por los mismos, de tal forma que habiéndose suscrito un acuerdo por la tenencia compartida implica el reconocimiento de la armonía de las relaciones familiares que deben ser protegidas.

### 6. CONCLUSIÓN.

El ordenamiento jurídico integral respecto a la *responsabilidad parental* en el Ecuador tiene 4 elementos: la norma constitucional, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Código de la Niñez y Adolescencia y la Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño.

La Constitución ecuatoriana en su artículo 69 numeral 1 y 5 establece la corresponsabilidad del Estado, sociedad y la familia:

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

- 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 (...)*
- 4. El Estado protegerá a las madres, y 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.*
- 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”*

Igualmente, el artículo 3 números 1 y 2 y artículo 18 número 1 de la Convención sobre Derechos del Niño determinan que:

#### *“Artículo 3*

*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.*



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

*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 padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas*

### *Artículo 18*

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

Al momento de fijar la tenencia debe primar el interés superior del niño, como lo determina Observación General No. 14 de la siguiente manera: “67. El Comité considera que las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental (tenencia) el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley concede automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso” (Pág. 12).

El Estado promueve la corresponsabilidad parental por disposición de la Constitución (art. 69.1), pero no la impone, sino que requiere de un acuerdo, avalado por el juez. Los intervinientes en este acuerdo son los niños, niñas y adolescentes quienes manifiestan su voluntad; (la opinión de niños y niñas es valorada según su grado de desarrollo y madurez y la de los adolescentes es obligatoria); los progenitores, quienes suscriben el acuerdo; y, la autoridad judicial, quien lo aprueba en función del interés superior del niño.

La Observación General No. 14, establece cual es el alcance sugerido del principio del interés superior del niño, en este caso sobre la corresponsabilidad. En este sentido, el párrafo 67 determina que cualquier régimen de corresponsabilidad parental debe ir en beneficio de los niños, niñas y adolescentes; cuando la corresponsabilidad no beneficia a los niños, niñas y adolescentes el único criterio que debe ser tomado en cuenta para establecer el régimen de tenencia es el interés superior del niño. Esta observación prohíbe, además, conceder automáticamente un régimen de tenencia compartida o uniparental a cualquiera de los progenitores, sin tomar en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes y sin aprobación judicial. Finalmente, cualquiera sea el régimen de tenencia fijado es obligación fundamental del juez garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes a mantener la relación con ambos progenitores.

En el caso del Ecuador, conforme la remisión de los artículos 3.1 y 18.1 de la Convención sobre los derechos del Niño a la legislación interna, el Estado debe promover el acuerdo entre los progenitores. Esto significa que la tenencia compartida opera únicamente por acuerdo, no puede ser impuesta, conforme al artículo 106 numeral 1 del Código de la Niñez y Adolescencia.



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

Cuando no ha sido posible arribar a un acuerdo, el artículo 106, del mencionado código, en los numerales 2 y 4 por la condición de miembros de un grupo de atención prioritaria (art. 35 CRE) como son los niños, niñas y adolescentes, mujeres víctimas de violencia, estos tendrán derecho a que sea su madre quien les brinde el cuidado y crianza, siendo responsables de sus hijos e hijas ante la ley.

Finalmente, el artículo 69.4 de la Constitución le obliga al Estado a generar condiciones adecuadas para que las madres jefas de familia puedan cumplir su responsabilidad del cuidado de sus hijos e hijas ante la ley, para lo cual les brindará atención especial.

A manera de conclusión, se determina que la tenencia es el deber de criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos y costumbres, fijada de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia. De este modo, en caso en que los progenitores se encuentren separados, de común acuerdo pueden mantener la responsabilidad parental y fijar una tenencia compartida en la que padre y madre, en igualdad de condiciones, participen en la dirección en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos.

Por esta razón, se prioriza el acuerdo de los progenitores, y en caso de no poder lograrlo la norma ha establecido reglas para la tenencia de acuerdo a los principios del derecho constitucional e internacional. Sin que en ningún caso, la autoridad judicial pueda fijar unilateralmente la tenencia desconociendo el acuerdo previo y sin que los niños, niñas o adolescentes sean escuchados. Esta es la interpretación auténtica y procedente recogida en la propuesta objeto del presente informe.

De este modo, si existiere confusión en la sociedad respecto de la figura de la tenencia compartida, se aclara que esta figura se encuentra normada en el Código de la Niñez y la Adolescencia, en virtud de aquello, es necesario interpretar que el artículo 118 en concordancia con el 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia desarrolla la corresponsabilidad y el interés superior de niños, niñas y adolescentes, por lo que se entenderá que la tenencia compartida, procede únicamente por acuerdo de los progenitores con la opinión de los hijos e hijas.

Luego de haber sido discutido el proyecto de ley e incorporado los aportes de los miembros de esta Comisión se ha establecido el texto final de la propuesta que para una mejor comprensión se lo compara con el texto anterior de la siguiente forma:

<b>Propuesta de Ley Orgánica Interpretativa al artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia presentado por la Asambleísta Verónica Arias</b> <b>Artículo Único.-</b> Interpretese el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de la siguiente manera:	<b>Propuesta de Ley Orgánica Interpretativa al artículo 118 en concordancia con el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia</b> <b>Artículo Único.-</b> Interpretese el artículo 118 en concordancia con el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de la siguiente manera:
<i>"El artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y</i>	<i>"El artículo 118 del Código Orgánico de la Niñez y</i>



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

<p><i>Adolescencia sobre la patria potestad y aplicable de conformidad al artículo 118 del mismo cuerpo legal a la tenencia, desarrolla la corresponsabilidad parental, el desarrollo integral y el interés superior de niños, niñas y adolescentes, por lo que en aplicación de medidas de acción afirmativa a favor de los grupos de atención prioritaria como son las madres, jefas de familia, víctimas de violencia y sus hijos que están a su cargo, se entenderá que la tenencia compartida únicamente procede previo acuerdo expreso de los progenitores y escuchando la opinión de los hijos, impidiendo así la atribución judicial para la imposición de la tenencia compartida que no cuente con estos requisitos e imposibilitando que este asunto sea sometido a mediación familiar obligatoria”.</i></p>	<p><i>Adolescencia sobre la tenencia y el artículo 106, del mismo Código, respecto a las reglas de asignación de la patria potestad aplicables a la tenencia, desarrollan la corresponsabilidad parental, el desarrollo integral y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, por lo que en aplicación de medidas de acción afirmativa a favor de los grupos de atención prioritaria como son los niños, niñas y adolescentes y las mujeres víctimas de violencia, así como de la especial atención a favor de las madres jefas de familia; se entiende que la tenencia compartida únicamente procede previo acuerdo expreso de los progenitores, aprobado por la jueza o juez, y siempre escuchando la opinión de los hijos e hijas según su grado de desarrollo y madurez; sin que la autoridad judicial pueda atribuirse funciones dispositivas para la imposición unilateral de la tenencia compartida”.</i></p>
--	---

### 7. RESOLUCIÓN.

Por las motivaciones constitucionales y legales antes expuestas, la Comisión Especializada Ocasional para Atender Temas y Normas sobre Niñez y Adolescencia resuelve aprobar el presente informe no vinculante para primer debate del Proyecto de Ley Orgánica Interpretativa al artículo 118 en concordancia con el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia.

### 8. ASAMBLEÍSTA PONENTE.

El presente informe no vinculante para la aprobación del informe de primer debate del Proyecto de Ley Orgánica Interpretativa al artículo 118 en concordancia con el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, será expuesto por el Asambleísta...

### 9. NOMBRES Y FIRMAS DE LOS ASAMBLEÍSTAS QUE SUSCRIBEN EL INFORME

**INTERVENCIÓN SEÑOR PRESIDENTE:** Señores Asambleístas hemos terminado con la lectura del informe para esta Ley Interpretativa del artículo 106, si tienen algunas observaciones o aportaciones en consideración.

**INTERVENCIÓN ASAMBLEÍSTA VERÓNICA ARIAS:** Muchas gracias señor presidente y señores miembros de esta mesa legislativa, solicito que en el punto tres, donde se señala ámbito del proyecto en virtud de que se invirtió la propuesta original se invirtió que sea interpretado el 118 del Código de la Niñez de la Adolescencia, solicito que se agregue los artículos 26 numeral 2 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa y el artículo 7 punto cuatro del Reglamento de las comisiones con el objetivo de que se de base



REPÚBLICA DEL ECUADOR

## ASAMBLEA NACIONAL

legal para esta modificación, y además también proponer que la asambleísta Ponente sea la señora presidenta de la Comisión la asambleísta Encarnación Duchi, y una tercera modificación que sea recogida por esta mesa es la propuesta del articulado en la parte final en donde dice *sin que la autoridad judicial pueda atribuirse funciones dispositivas*, sino poner facultades jurisdiccionales esa sería mis observaciones señor presidente.

**INTERVENCIÓN DEL ASAMBLEÍSTA ÁNGEL SINMALEZA.**

Es un trabajo bastante sensible que la comisión lo ha tomado con toda responsabilidad en la parte final hacer una pequeña observación en el numeral 7 se debe eliminar no vinculante es mi criterio es la observación que tengo al momento.

**INTERVENCIÓN SEÑOR PRESIDENTE:** Únicamente quiero dejar un comentario en este momento se incluye en el ámbito del proyecto el artículo 26 numeral 2, sin embargo de eso ahí también para evitar cualquier interpretación posterior, el equipo asesor incluya un análisis del artículo 116 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales sobre la Unidad de la Materia porque el numeral tercero para determinar la conexidad entre disposiciones legales la corte constitucional deberá tener en cuenta la exposición de motivo la variación de los textos originales y la derivación e otros, esto para no tener ningún tipo de control de constitucionalidad que se quiera plantear posteriormente, mi planteamiento es para que se incluya un razonamiento.

**INTERVENCIÓN ASAMBLEÍSTA VERÓNICA ARIAS:** Con observaciones expuestas y recogidas por parte del equipo técnico asesor aclarando que es un informe para el primer debate elevo a moción para que sea aprobado el informe en mención y sea discutido en el pleno de la Asamblea Nacional y que la ponente sea la señora presidenta asambleísta Encarnación Duchi, moción que es apoyado por el asambleísta Ángel Sinmaleza.

**INTERVENCIÓN SEÑOR PRESIDENTE:** En razón de que existe una moción debidamente apoyada y sin existir más mociones, solicito señorita secretaria proceda tomar votación, por lo que la señorita secretaria, abogada María Soledad Rocha Díaz procede a tomar votación y dando los siguientes resultados 4 votos a favor de los asambleístas Verónica Arias, Franklin Samaniego, Ángel Sinmaleza, Doris Calderón cero votos en contra, quien indica que con 4 la moción ha sido aprobada.

Siendo 9 horas con 45 minutos el señor Presidente procede a suspender la sesión; en razón que se dará inicio a la sesión del Pleno de la Asamblea Nacional.

Ab. Soledad Rocha Díaz  
**SECRETARIA RELATORA**

Dr. Franklin Samaniego Maigua  
**PRESIDENTE DE LA COMISIÓN**