

ANÁLISIS NORMATIVO DEL PROYECTO DE REFORMA AL LIBRO II DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y LA FAMILIA

1. Introducción

La Defensoría del Pueblo del Ecuador se constituye como la Institución Nacional de Derechos Humanos y en el marco de la Constitución de la República y los Principios de París (1991), entre sus funciones se destaca “... *velar por la armonización de las leyes y prácticas nacionales con los estándares internacionales de derechos humanos, fomentando la ratificación o adhesión y la implementación de estos instrumentos...*”.

En este sentido, y de acuerdo a la Constitución de la República la Defensoría del Pueblo es la encargada de promover y proteger los derechos de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos que habitan en el país y la defensa de ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior, para propiciar la vida digna y el buen vivir.

En este marco, y siendo los niños, niñas y adolescentes un grupo de atención prioritaria en el Ecuador es de particular interés institucional el seguimiento y monitoreo de la normativa relativa a la regulación del pleno ejercicio de sus derechos, especialmente en lo que tiene que ver con su protección y aquellas que están vinculadas al desarrollo integral de la personas.

La posición de la Defensoría del Pueblo sobre este tema es que al analizar los derechos de la niñez debe prevalecer un diálogo abierto y sincero, siempre velando por el interés superior del niño y sus derechos. El Código de la Niñez y Adolescencia así como la Convención de los Derechos del Niño ya marcan una línea histórica que determina el camino de protección de los mismos.

La Constitución de la República desarrolla ampliamente los derechos de niños, niñas y adolescentes, establece principios que deben ser incluidos en la normativa pero también deben ser considerados por los operadores de justicia al resolver las causas, como por ejemplo, el principio de interés superior del niño. Este principio es el cumplimiento pleno de todos los derechos integralmente de los niños, niñas y adolescentes en cualquier circunstancia en la que se encuentren. Al ser un principio de interpretación debe estar plasmado en la norma y por sobre todo debe ser materializado en cada caso.

En relación a la propuesta de reforma, la Defensoría del Pueblo realiza análisis y observaciones en los siguientes temas:

1. Corresponsabilidad Parental

2. Tenencia
3. Tenencia Compartida
4. Derecho de Alimentos
5. Rendición de cuentas del uso de la pensión alimenticia
6. Obligación del pago de alimentos de personas con residencia en el exterior

2. Reflexiones sobre el origen del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

Es importante tomar en cuenta que el Ecuador en el año 2003 promulgó el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, marco normativo esencial para desarrollar y garantizar la exigibilidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el marco de estándares internacionales sobre la materia en el país. Es así, que dicho cuerpo normativo materializa las obligaciones internacionales para el Estado, la sociedad y la familia con el fin de lograr el desarrollo integral y el disfrute pleno de los derechos de niños, niñas y adolescentes, en un marco de libertad, dignidad y equidad.

Así mismo, dicho Código se dictó en un contexto social específico, hace ya 14 años, en donde era necesario establecer la protección de los niños, niñas y adolescentes considerando condiciones socioeconómicas mucho más dispares que en la actualidad en relación a los ingresos de ambos progenitores, tasas de menor accesibilidad de las mujeres a trabajos y remuneraciones dignas; deficiencia institucional generalizada para la protección y garantía de los derechos y la aplicación de un enfoque de género, un marco normativo constitucional precario¹ para la debida atención prioritaria y especializada y de políticas públicas en los temas de niñez.

Además es importante considerar, que la propuesta inicial del Código que entró en el Congreso Nacional, fue elaborado por el Movimiento por los derechos de los niños, niñas y adolescentes y una amplia alianza social con una visión garantista de los derechos de este grupo, teniendo como regla prioritaria, la igualdad de responsabilidad y el deber de cuidado de ambos progenitores frente a sus hijos, y la consideración de la tenencia al que mejores condiciones ofreciere y en caso de igualdad de condiciones una preferencia a la madre. Es decir, esta propuesta del Código se orientaba y fundamentaba en los estándares internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano en el marco de la Convención de los Derechos del Niño en su Art. 18, que plantea el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño y su preocupación fundamental será el interés superior.

¹ El Art. 49 de la Constitución de 1998 reconocía un listado de derechos para los NNA y las obligaciones de respeto y garantía del Estado frente a los mismos sin establecer los ámbitos para la aplicación de políticas públicas que puedan garantizar el debido goce y ejercicio de los derechos.

Sin embargo, el texto de Código aprobado por el Congreso Nacional fue influenciado por una mirada más conservadora que dispuso reglas de preferencia para las madres en la tenencia.²

² Las reglas que establecía el Código Civil, instrumento normativo del año 1970, se referían a que hijas de todas las edades e hijos púberes estarían a cargo del cuidado de la madre Artículo del 107 CC (1970): **Art. 107.-** Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el Juez de lo Civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.

En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos. Los hijos deberán estar representados por uno o más curadores ad - litem, según el caso, cuya designación la hará el juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos.

Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes:

1a.- A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad;

2a.- Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan;

3a.- No se confiará al padre o madre el cuidado de los hijos, de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos, inconveniencia para los hijos, sea por la situación personal, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente, o haya temor de que se perviertan;

4a.- Tampoco se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualesquiera de los motivos señalados en el Art. 109;

5a.- El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayor edad; y,

6a.- En el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres correspondería la guarda en su orden, según las reglas del Art. 411, pudiendo el juez alterar ese orden, si la conveniencia de los hijos así lo exige. A falta de todas estas personas, cuando, a convicción del juez, el menor o menores se encuentran en estado de abandono, ordenará que sean entregados a un establecimiento de Asistencia Social, público o privado, o en colocación familiar en un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica, y fijará, al efecto, la pensión que deban pagar así el padre como la madre, o las personas que le deban alimentos, para atender la crianza y educación de los hijos, todo lo cual se resolverá a solicitud del Ministerio Público o de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Si tales personas carecen en absoluto de medios económicos para pagar una cuota mensual, deberá declararlo así en su providencia.

El cobro de tal pensión se hará por apremio en la forma determinada por el juez.

La sentencia, en cuanto resolviere sobre la educación de los hijos, será susceptible del recurso de apelación, pero solo en el efecto devolutivo.

El juez podrá, en todo tiempo, modificar la providencia en lo referente al cuidado, educación y alimentos de los hijos, aún cuando hubiere sido confirmada o modificada por el superior, siempre que, previa una tramitación igual a la que sirvió de base para la resolución primitiva, encontrare suficiente motivo para reformarla. Esta providencia será también susceptible del recurso de apelación, que se lo concederá igualmente sólo en el efecto devolutivo. El juez, para tramitar el divorcio y mientras se ventilare definitivamente la situación económica de los hijos, deberá señalar la pensión provisional con la que uno o ambos cónyuges han de contribuir al cuidado, educación y subsistencia de la prole común.

Desde la aprobación del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el 2003, se han dado cambios sustanciales en el Estado en relación a la protección, garantía y exigibilidad de los derechos humanos; tal es así, que el Estado ecuatoriano desde el 2008 cuenta con un marco constitucional garantista de derechos.

En este sentido, y guardando concordancia con este cambio constitucional que ha vivido el país, es necesario tomar en consideración que para la interpretación de los derechos humanos, en este caso, los derechos de los niños, niñas y adolescentes se debe tener en cuenta los siguientes principios: el de progresividad, el de interpretación evolutiva de los derechos; el principio del interés superior del niño, el principio de unidad familiar y el principio de corresponsabilidad, los mismos que se desarrollan brevemente a continuación:

Principio de progresividad

En un primer momento existe un contenido mínimo esencial para cada derecho que debe ser cumplido por los Estados; sin embargo, éstos a su vez deben velar por el ejercicio y vigencia progresivos de todos los derechos humanos; es decir, no se deben limitar en garantizar un mínimo y más bien por el contrario, deben propender a que cada vez más personas puedan gozar de forma efectiva sus diferentes derechos con un contenido cada vez más amplio.

De esta forma, se puede entender a la progresividad en dos dimensiones: gradualidad y progreso. Respecto a la gradualidad, ésta supone que la efectividad plena de los derechos implica el diseño y cumplimiento de metas a corto, mediano y largo plazo; mientras que en la dimensión del progreso se entiende que el disfrute de los derechos debe ir mejorando de forma constante, sin retrocesos. Por esta razón, es importante tomar en cuenta que los Estados se ven en la obligación de diseñar indicadores que demuestren que tal progresividad se está llevando a cabo (Vásquez, y Serrano, 2011).

Finalmente, el afianzamiento de la progresividad sería la prohibición de regresividad, lo que significa, como regla general, que los Estados no pueden tomar medidas que menoscaben o reduzcan el goce de derechos una vez que hayan alcanzado un determinado nivel. Así, todas las actuaciones estatales se ven condicionadas a que no retroceda lo ya logrado en cuanto al ejercicio de un derecho. Sin embargo, pueden haber situaciones excepcionales en las que un Estado deba tomar una medida regresiva, pero

Podrá también el juez, en caso necesario, cambiar la representación de los hijos.

El guardador tiene la obligación de rendir cuentas anuales documentadas del ejercicio de su guarda.

Nota: Artículo reformado por Ley No. 43, publicado en Registro Oficial Suplemento 256 de 18 de Agosto de 1989

al hacerlo, los instrumentos internacionales de derechos humanos le exigen que justifique debidamente la razón de esta medida, asegurando que está utilizando el máximo de sus recursos disponibles y que tal medida sirva para el bien común y para garantizar otros derechos humanos en conjunto (Melish, 2003).

Principio de interpretación evolutiva

La interpretación de los tratados de derechos humanos siempre deben responder a una realidad actual, conjuntamente “con la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (Corte IDH, 2012, párr.83); por tal razón, todos los instrumentos deben interpretarse a la luz de la realidad social existente, siempre, además, con el fin de garantizar una mejor vigencia de los derechos humanos.

Este principio responde a que conforme pasa el tiempo, cambia o evoluciona el pensamiento, ideas y diferentes concepciones que las personas tenían y las reflejaban dentro de sus ordenamientos jurídicos; ergo, muchas normas quedan obsoletas frente a lo existente en la actualidad, por lo que, situaciones antes consideradas tabúes o que no eran aceptadas por las sociedades, hoy en día son respetadas por la mayoría.

Principio de Interés Superior del Niño³

El Principio de Interés Superior del Niño se incorpora en la legislación internacional a partir de la Convención de Derechos del Niño, que marca la entrada de la doctrina de la protección integral frente a una mirada minorista y de incapacidad relativa, marcada por la doctrina de situación irregular, que existía en la legislación mundial.

El Comité de los Derechos del Niño en su Observación general N° 14 intitulada “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, destaca en primer lugar que el interés superior del niño se define en relación con los demás principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) tales como la no discriminación, el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo así como el derecho del niño a ser escuchado.

Los expertos del Comité estiman que hay que tener en cuenta varios elementos cuando está en juego el interés superior del niño:

- El contexto de los hechos concretos del caso,
- Los elementos pertinentes a la evaluación del interés superior del niño,
- El equilibrio de cada elemento respecto de los demás.

Luego, hay que seguir un procedimiento que asegure las garantías legales y una aplicación adecuada del derecho.

³ Tomado de: <http://bice.org/es/al-fin-una-definicion-del-interes-superior-del-nino/>

Según la Observación General N° 14⁴, la evaluación y la determinación del interés superior del niño son dos etapas que deben ser respetadas antes de tomar cualquier decisión. “La evaluación del interés superior” consiste en evaluar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto.

El Comité considera que las opiniones del niño, su identidad, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, los cuidados, la protección y la seguridad del niño, su situación de vulnerabilidad y su derecho a la salud y a la educación son elementos fundamentales para la evaluación y la determinación del interés superior del niño. Es posible que estos elementos no sean pertinentes en todos los casos y que haya variaciones entre un niño y otro y entre un contexto y otro, pero la exigencia de un equilibrio objetivo en la evaluación del interés superior del niño es un dato intangible.

Por otra parte, entre las garantías procesales destinadas a asegurar la consideración primordial del interés superior del niño, el Comité destaca la necesidad de respetar los siguientes elementos:

- El derecho del niño a expresar sus opiniones,
- El establecimiento de los hechos por profesionales formados que tengan la experiencia requerida en un ambiente y circunstancias adaptados a los niños,
- La percepción del tiempo,
- La asistencia jurídica,
- La motivación, justificación y explicación legales de todas las decisiones,
- El mecanismo de examen y de revisión de ciertas decisiones, y
- La evaluación del impacto de la decisión sobre el disfrute por parte del niño de sus derechos.

El numeral 4 de la Observación General 14 señala que; ‘El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. El Comité ya ha señalado que “[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”

⁴ Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño. Visto en: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf> (última visita 20 de julio de 2017)

Principio de unidad de la familia y la corresponsabilidad de la familia, Estado y comunidad⁵

La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad [que] tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.” (Art. 16.3) Así mismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce el deber de los padres y madres a “asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad.” (Art. XXX)

Por su parte, la Convención de los derechos del Niño es un instrumento que no concibe al niño como ser autónomo desvinculado del entorno familiar, sino que insiste sobre la importancia de la familia para el niño. Uno de los aspectos menos comentados de la Convención es su contribución al desarrollo de los derechos fundamentales de la familia, frente a la sociedad y al Estado.

La Convención de derechos del Niño señala que: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material” (Principio 6. El preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño da eco a dicho principio)

Para O’Donnell en la Convención sobre los Derechos del Niño la dinámica entre la familia, el Estado y el niño ocupa un lugar central. El tema de la familia y sus relaciones con el Estado y el niño tiene tres ejes: los deberes del Estado hacia el niño, los deberes de la familia hacia los niños y las obligaciones del Estado hacia la familia. Vale decir, los derechos del niño con respecto al trato que recibe en la familia, los derechos del niño frente a la sociedad y a las instituciones y autoridades públicas, y los derechos de la familia frente al Estado.

3. Marco constitucional e internacional de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

Para efectos de este análisis hemos tomado en consideración en particular los siguientes artículos constitucionales y estándares internacionales de derechos humanos que se detallan a continuación.

Constitución de la República

⁵ Daniel O’Donnell, La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en Relación a la Familia, en http://www.iin.oea.org/Ponencia_Conferencistas/Ponencia_%20Daniel_ODonnell.htm (visto el 20 de julio de 2017)

Los Derechos de los Niños, niñas y adolescentes están reconocidos, garantizados y protegidos por la Constitución de conformidad con las siguientes normas:

El artículo 35 señala que el Estado debe brindar atención prioritaria especializada a los grupos de atención prioritaria entre los que se encuentran los niños, niñas y adolescentes.

Los artículos 44, 45 y 46 garantizan los derechos de la niñez y adolescencia estableciendo obligaciones para el Estado, la sociedad y la familia en el marco de la corresponsabilidad para la promoción y desarrollo integral de sus derechos en atención al principio del interés superior.

El artículo 67 reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y el Estado, misma que se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El artículo 69 reconoce la importancia de la maternidad y paternidad responsables considerando que tanto madre y padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral, protección de los derechos de sus hijas e hijos, **en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.**

Además, en los siguientes numerales del mismo artículo se establece disposiciones que permiten la protección de los derechos de las personas integrantes de la familia, de los cuales resaltamos:

3. El Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes.
4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.
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.

El artículo 83, en su numeral 16 establece como medida de responsabilidad de madres y padres en igual proporción, el asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos.

Convención de los Derechos del Niño

Adicionalmente, es importante considerar que en la Convención de los Derechos del Niño (instrumento internacional ratificado por el Estado ecuatoriano), en su artículo 3 numeral 2 establece la obligación de los Estados 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 las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

El artículo 5 de esta Convención, dispone a los Estados que **respeten las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres o, en su caso**, los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos.

La Convención en su artículo 9 numeral 2 dispone que en cualquier procedimiento de separación del niño con su familia, el Estado establecerá procedimientos que ofrezcan a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en ellos y dar a conocer sus opiniones. Por su lado, el numeral 3 dispone que **los Estados respetarán los derechos del Niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular**, salvo si ello fuere contrario al interés superior del niño.

El artículo 12 de la Convención dispone que los Estados deben garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten. En tal virtud, **se le dará la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo directo o por medio de un representante, en función de la edad y madurez del niño.**

Por su parte el artículo 18 dispone que los Estados Parte 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 desarrollo del niño** y su preocupación fundamental será el interés superior.

El artículo 27 numeral 2 establece **la obligación a los padres u otras personas encargadas del niño, la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.**

De la misma manera, el numeral 4 dispone que los Estados parte tomarán medidas apropiadas **para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas** que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si vive en el Estado parte como si vive en el extranjero.

4. *Temas importantes a considerar en la reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*

Corresponsabilidad parental:

En el artículo 100 del Proyecto de Ley Reformativa del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia señala:

Artículo 100.- Corresponsabilidad parental. - El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la manutención; en la toma de decisiones, en especial respecto a la crianza, educación, formación, salud, vivienda; y, en el aseguramiento y protección integral de los derechos de sus hijos e hijas comunes.

Esta corresponsabilidad debe mantenerse independientemente del estado civil del padre y la madre, incluso en caso de separación de ellos.

En caso de conflicto en el ejercicio compartido de las responsabilidades del padre y madre, la o el juez puede, de oficio o a petición de parte, derivar la causa a mediación de conformidad a lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos, sin perjuicio a la conciliación a la que puedan llegar en la primera fase de la audiencia única.

La corresponsabilidad parental ya estaba reconocida en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia vigente en el artículo 100 el cual indica que, el padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y manutención del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes.

La Constitución de la República en su artículo 69 reconoce la importancia de la maternidad y paternidad responsables considerando que tanto madre y padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral, protección de los derechos de sus hijas e hijos, **en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.**

Así mismo, en el artículo 83, cuando determina las obligaciones de ecuatorianos y ecuatorianas, en el numeral 16 establece que:

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

En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos especializados en los derechos de la Niñez, podemos destacar la consideración sobre la familia como un elemento importante en el desarrollo de las niñas y niños.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad [que] tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.” (Art. 16.3) Así mismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce el deber de los padres y madres a “asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad.” (Art. XXX)

Como se mencionó previamente, la Convención de los Derechos del Niño es un instrumento que no concibe al niño como ser autónomo desvinculado del entorno familiar, sino que insiste sobre la importancia de la familia para el niño. Uno de los aspectos menos comentados de la Convención es su contribución al desarrollo de los derechos fundamentales de la familia, frente a la sociedad y al Estado.

La Convención de Derechos del Niño señala que: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material” (Principio 6. El preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño da eco a dicho principio)

Por lo tanto, para la Defensoría del Pueblo, la corresponsabilidad es precisamente que padre y madre, por igual y de manera equitativa se encarguen de velar por el cumplimiento de todos los derechos de sus hijos e hijas.

Reflexiones

En la reforma a este artículo, el Proyecto amplía el concepto de corresponsabilidad, detallando las responsabilidades de padre y madre, de la siguiente manera: el padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la manutención; en la toma de decisiones, en especial respecto a la crianza, educación, formación, salud, vivienda; y, en el aseguramiento y protección integral de los derechos de sus hijos e hijas comunes.

Adicionalmente, en el segundo inciso señala que esta disposición es independiente del estado civil del padre y la madre, incluso en caso de separación.

En este sentido, el Proyecto de reforma fortalece el concepto de corresponsabilidad parental, explicitando que esta obligación subsiste más allá del estado civil y la relación que exista entre padre y madre, es decir, que la corresponsabilidad parental no se pierde al otorgarse la tenencia, ni se limita al apoyo económico, sino que se centra especialmente en la toma de decisiones para el desarrollo integral del niño o la niña.

Esta reforma planteada en el proyecto está acorde al estándar establecido en el artículo 44 de la Constitución:

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

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

Tenencia

La tenencia está regulada en el Título III del Proyecto de Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, y se la conceptualiza en el artículo 118 como el cuidado, atención y convivencia diaria de niños, niñas y adolescentes, garantizando su interés superior y desarrollo integral, que a falta de acuerdo de los padres será asignado por el juez.

De la tenencia. - A falta de acuerdo entre el padre y la madre y en los casos previstos en la ley, la o el juez asignará el cuidado, atención y convivencia diaria de niños, niñas y adolescentes garantizando su interés superior y desarrollo integral según los regímenes previstos en este Título. Es también un mecanismo para el ejercicio de la patria potestad y la corresponsabilidad parental.

El artículo 119 del Proyecto de Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia dispone que los regímenes de la tenencia pueden ser: tenencia compartida, tenencia uniparental y tenencia otorgada a un familiar.

Regímenes de tenencia. - Precautelando el interés superior del niño, niña o adolescente, la o el juez podrá fijar uno de los siguientes regímenes de tenencia:

1. Tenencia compartida: Es aquella en la que se asigna el cuidado y convivencia del hijo o hija a ambos progenitores según las reglas previstas en este Título. La o el juez fijará los mecanismos necesarios para llevar a cabo este tipo de régimen según lo dispuesto en este Código.
2. Tenencia uniparental: Cuando el interés superior del niño, niña o adolescente lo demande o cuando la o el juez determine que el padre o la madre no está en condiciones de ejercerla, otorgará la tenencia al otro.
3. Tenencia otorgada a un familiar: En caso de ausencia o imposibilidad del padre y madre, la o el juez podrá otorgar la tenencia a uno de los familiares señalados como alimentantes subsidiarios, de conformidad con lo previsto en este Código.

El artículo 120 establece las reglas para otorgar la tenencia, la cual debe garantizar el interés superior del niño, niña o adolescente y el desarrollo, cuidado y ejercicio efectivo del conjunto de derechos que le asiste. El mecanismo que propone la reforma es que la decisión de la tenencia debe basarse en el acuerdo que los padres (padre y madre) y a falta de éste, se podrá derivar la causa a mediación, sin perjuicio de la conciliación a la que puedan llegar en la primera fase de la audiencia única.

Reglas para otorgar la tenencia. - En todos los casos, la o juez deberá resolver garantizando el interés superior del niño, niña o adolescente y el desarrollo, cuidado y ejercicio efectivo del conjunto de derechos que los asiste. Si existiere un acuerdo entre el padre y la madre, la o el juez lo aprobará; si no existiere, la o el juez podrá derivar la causa a mediación de conformidad a lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos, sin perjuicio de la conciliación a la que puedan llegar en la primera fase de la audiencia única.

En caso de no lograrse un acuerdo según lo dispuesto en el inciso anterior o si el acuerdo no protegiera integralmente los derechos del niño, niña y adolescente, la o el juez deberá resolver considerando lo siguiente:

1. La opinión del niño, niña o adolescente que esté en condiciones de formarse un juicio propio, tomando en cuenta su edad y grado de madurez;
2. La edad, necesidades y cuidados específicos del niño, niña o adolescente;
3. Los informes de la oficina técnica y otros medios probatorios;
4. Las condiciones biopsicosociales del padre y la madre y, en los casos que corresponda, de los familiares hasta cuarto grado de consanguinidad.

De considerarlo necesario, la o el juez podrá ordenar las medidas de protección que sean adecuadas para el ejercicio de la tenencia.

Si existieran varios hijos o hijas, se preferirá que estén juntos. En caso de que esto no fuese posible y que la tenencia sea otorgada a distintas personas, la o el juez ordenará medidas que garanticen el mantenimiento de las relaciones entre ellos.

Se debe resaltar que nuevamente la propuesta valora el principio de corresponsabilidad antes citado, procurando que padre y madre lleguen a un acuerdo, para lo cual establece varios mecanismos y momentos en el proceso judicial para que este acuerdo se dé, sin llegar a una decisión judicial.

Estos momentos que la norma reconoce para el acuerdo son:

1. Que padre y madre lleguen al proceso judicial con un acuerdo previo, que debe ser valorado por el juez y aprobado, tomando en cuenta el interés superior del niño.
2. Durante el proceso a petición de parte o de oficio, el juez puede derivar la causa a un proceso de mediación, en el cual se procurará que las partes lleguen a un acuerdo sobre la tenencia.

3. Dentro del mismo proceso judicial, de acuerdo a las reglas que determinan las normas procesales vigentes, el juez al momento de la audiencia única procurará que las partes lleguen a un acuerdo entre sí.

Preocupa a la Defensoría del Pueblo que el mandato del artículo 120 de la propuesta de reforma señala que: “Si existiere un acuerdo entre el padre y la madre, la o el juez lo aprobará”, puesto que no da capacidad aparente al juez de valorarlo a la luz del principio del interés superior del niño, niña o adolescente, como más adelante lo establece el mismo artículo, convirtiéndose en una contradicción en la misma norma, por lo que se sugiere que se utilice la fórmula legal que se utiliza en el artículo 129 en relación al régimen de visitas que trae la misma propuesta, y que se incorpore el siguiente texto: “*La o el juez respetará el acuerdo de las partes, siempre que asegure el ejercicio del derecho a las relaciones familiares, el interés superior y el desarrollo integral del niño, niña o adolescente*”.

En caso de que no hubiere acuerdo o éste no protegiere integralmente los derechos del niño, niña o adolescente, el juez resolverá considerando lo siguiente:

- a. Opinión del niño, niña o adolescente que esté en condiciones de formarse un criterio, tomando en cuenta su edad y grado de madurez.
- b. La edad, necesidades y cuidados específicos del niño, niña y adolescente
- c. Los informes de la oficina técnica y otros medios probatorios.
- d. Las condiciones biopsicosociales del padre y la madre y, en los casos que corresponda, de los familiares hasta cuarto grado de consanguinidad.

Las reglas que prevé la propuesta de reforma para la decisión que tome el juez para otorgar la tenencia no pueden estar basadas en condiciones aparentes, sino deben basarse en información técnicamente levantada con el fin de preservar el pleno ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que ésta decisión permita su desarrollo integral en todos los ámbitos de su vida, sin que la disputa entre padre y madre se convierta en un elemento vulnerador de los derechos del niño, niña o adolescente.

Es importante resaltar que el acuerdo, en cualquiera de las fases procesales en las que se tome, no puede convertirse en la última palabra ante el juez y que éste deba tomar tal acuerdo de manera literal, de acuerdo al mismo artículo 120 del Proyecto que señala que: “...o si el acuerdo no protegiere integralmente los derechos del niño, niña y adolescente, la o el juez deberá resolver (...)”. Es decir, que el juez tiene la obligación de valorar cualquier acuerdo a la luz de los derechos del niño, niña o adolescente, y que las decisiones que se tomen sobre él deben primar que estos gocen de un pleno ejercicio en función de su desarrollo integral.

Por ejemplo, si el acuerdo hubiese sido alcanzado de manera fraudulenta en caso que la relación entre padre y madre se hubiese roto por una situación de maltrato o violencia intrafamiliar, y que ésta misma situación haya permitido que un progenitor obligue al otro al acuerdo de tenencia, el juez debe valorar, al tenor del numeral 4, si la situación propuesta realmente por los padres, va a permitir el pleno desarrollo del niño, niña o adolescente. Peor aún, si la violencia se demostrare que es en contra del niño, niña y adolescente como lo dispone el artículo 121 de la propuesta de reforma:

Improcedencia de la tenencia. - Una vez aplicadas las reglas descritas en el artículo precedente, la o el juez podrá negar la tenencia en los siguientes casos:

1. Indicio conducente de violencia física o psicológica en contra del niño, niña o adolescente;
 2. Indicio conducente de violencia sexual en contra del niño, niña o adolescente;
 3. Indicio conducente de explotación sexual, laboral o económica en contra del niño, niña o adolescente;
 4. Cuando se incite, cause o se permita al niño, niña o adolescente realizar actos que atenten contra su integridad física o psicológica;
 5. Manifiesta falta de interés en mantener con niño, niña o adolescente las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral;
 6. Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad;
 7. Permitir o inducir la mendicidad del niño, niña o adolescente;
 8. Privación de la libertad mientras dure la misma;
 9. Evidencia de alcoholismo o dependencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, cuando pongan en peligro el desarrollo integral del niño, niña o adolescente; y,
 10. Suspensión o privación de la patria potestad.
- Estas disposiciones serán aplicables para los familiares del niño, niña o adolescente cuando corresponda.

Para la determinación de la tenencia, la reforma trae un cambio sustancial que responde a los estándares internacionales de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sobre los que hemos reflexionado previamente, y está vinculado al otorgamiento de la tenencia, en caso de ser unilateral, a uno de los padres (cualquiera de ellos) de acuerdo a lo que dispone el artículo 119 numeral 2, antes citado.

Para la Defensoría del Pueblo, partiendo del principio de corresponsabilidad, no debe existir una norma que determine una preferencia frente a uno de los progenitores al momento de otorgar la tenencia, como es el caso de la norma vigente que lo da a la madre. Consideramos que debe responder a la corresponsabilidad y al análisis pleno del juez en cada una de las situaciones a la luz de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

Mediación en los procesos relacionados a niños, niñas y adolescentes

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el Título XI del Libro III vigente, en el artículo 294 señala que la mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia; así

mismo, en el artículo 295 en su segundo inciso dispone que se oirá la opinión del niño, niña o adolescente que esté en condiciones de expresarla.

De conformidad con el primer inciso del Art. 120 del Proyecto de reformas, se dispone que el juez resolverá la tenencia garantizando el interés superior del niño, niña o adolescente y el desarrollo, cuidado y ejercicio efectivo del conjunto de derechos que los asisten. A continuación señala, que el juez aprobará un acuerdo entre padre y madre si existiere, o podrá derivar la causa a mediación sin perjuicio de la conciliación que pueda llevarse a cabo en el proceso, respetando la institución de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y garantizando la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes, conforme el artículo 67 de la Constitución. Además que fortalece la obligación de la corresponsabilidad materna y paterna establecida en el numeral 5 del artículo 69 de la Constitución.

En caso de no existir este acuerdo, el Proyecto de reformas propone agotar los métodos de solución alternativa de conflictos, que permitan alcanzar el mismo, a través de la mediación o de la conciliación, como paso previo a que sea el juez quien tome la decisión final. Se debe considerar, de acuerdo al segundo inciso de este artículo, que de no lograrse ningún acuerdo o si éste no protegiera los derechos de los niños, niñas y adolescentes será el juez quien deberá resolver sobre la tenencia.

Reflexiones

Para la Defensoría del Pueblo, esta propuesta permite que las decisiones dentro del ámbito familiar sean tomadas sin la intervención del Estado, sino hasta última instancia en que las circunstancias ameriten dicha intervención y garantizando primordialmente el interés superior del niño, niña y adolescente.

Adicionalmente, es importante resaltar que en los procesos de mediación del Código se debe tomar en consideración que lo acordado por las partes no debe vulnerar los derechos irrenunciables de niños, niñas y adolescentes conforme lo establece actualmente el Código de la Niñez en su Art. 294 y debería enmarcarse al principio de interés superior del niño. Esta idea no se encuentra desarrollada de manera explícita, por lo que se sugiere, a la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, que desarrolle un artículo con las reglas especiales para la mediación en casos de la tenencia donde el mediador/a deberá cuidar que el acuerdo garantice lo antes señalado.

Por lo tanto, en concordancia con lo expuesto consideramos que la mediación como medida alternativa para la resolución de la tenencia de un niño, niña o adolescente, es un mecanismo válido porque, como hemos dicho anteriormente, permite que se materialice la corresponsabilidad de padre y madre en la toma de decisiones, pero se

debe prevenir que en este proceso, y en todos aquellos que versen sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, debe primar el desarrollo integral del niño, niña o adolescente, respetando el principio del interés superior.

Tenencia compartida

De acuerdo a la propuesta de reforma en el Artículo 119 numeral 1, la tenencia compartida es aquella que asigna el cuidado y convivencia del hijo o hija a ambos progenitores según las reglas que prevé el mismo título.

En el Capítulo II, artículo 126 de la propuesta, se regula la tenencia compartida:

Artículo 126.- De la tenencia compartida.- En caso de tenencia compartida, la resolución judicial dispondrá los términos en los que esta se llevará a cabo, contemplando al menos los siguientes elementos:

1. Periodos de convivencia;
2. Periodos de vacaciones y fechas importantes de los hijos o hijas;
3. Lugar de residencia de los hijos o hijas en cada periodo, y lugar de domicilio para fines legales correspondientes, según lo determine la o el juez;
4. Mecanismos para garantizar la satisfacción del conjunto de derechos de los niños, niñas y adolescentes, en especial el derecho de alimentos;
5. Régimen de visitas y comunicación cuando los periodos de convivencia sean prolongados.

Los progenitores, en el acuerdo inicial, podrán formular una propuesta sobre la organización de este régimen, detallando los aspectos previamente señalados. La o el juez tiene la responsabilidad de hacer el seguimiento de la tenencia compartida, revisar su aplicación y evaluar su efectividad a través de una investigación biopsicosocial realizada por el equipo técnico de la Unidad Judicial, seis meses después de la resolución de la o el juez. En caso de identificar una situación de riesgo, la o el juez podrá modificar de oficio el régimen de tenencia.

Como podemos ver, la propuesta de reformas señala que al determinar la tenencia compartida, la resolución deberá contar al menos con los siguientes elementos: 1) períodos de convivencia; 2) períodos de vacaciones y fechas importantes de los hijos e hijas; 3) lugar de residencia de los hijos o hijas en cada período; 4) mecanismos para garantizar la satisfacción del conjunto de derechos de los niños, niñas y adolescentes, especialmente el derecho de alimentos; 5) régimen de visitas y comunicación en caso de períodos de convivencia prolongados.

El mismo artículo dispone que es responsabilidad del juez hacer el seguimiento de la tenencia compartida, revisar su aplicación y evaluar su efectividad a través de una

investigación biopsicosocial realizada por el equipo técnico de la Unidad Judicial, seis meses después de la resolución.

También indica que se identifique una situación de riesgo el juez podrá modificar de oficio el régimen de tenencia. Así mismo, se prevé que en caso de incumplimiento el juez podrá disponer las medidas de protección pertinentes y/o disponer el cambio de régimen de tenencia, según el artículo 127:

Consecuencias en caso de incumplimiento del régimen de tenencia compartida. - En caso de incumplimiento del régimen de tenencia compartida, la o el juez podrá disponer las medidas de protección pertinentes, y/o disponer el cambio del régimen de tenencia

Reflexión:

En este sentido, este cambio de aplicación de las reglas de asignación de la tenencia demuestra una interpretación progresiva y evolutiva del derecho de los niños, niñas y adolescentes de estar bajo el cuidado de cualquiera o de ambos progenitores considerando las condiciones para alcanzar la vida digna y el desarrollo integral, en base al principio del interés superior del niño.

Del derecho a ser escuchado

El Proyecto de Reformas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en su Art. 120 literal a) dispone que en caso de que no hubiere acuerdo entre los progenitores o el mismo no protegiere integralmente a los niños, niñas y adolescentes, el juez podrá tomar en consideración la opinión del niño, niña o adolescente para resolver.

Tomar en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente en un proceso administrativo o judicial, es lo que en Doctrina se denomina como el “derecho a ser escuchado”.

En el Proyecto de Reformas no existe desarrollado un artículo específico sobre cómo será valorada la opinión de los niños, niñas y adolescentes en los procesos relacionados al Código.

En tal virtud, es necesario que la Comisión de Justicia y Estructura del Estado considere el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados reconocido en la Convención de los Derechos del Niño y los estándares desarrollados por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General 12, que se detallan a continuación:

El Comité señala que para garantizar este derecho los Estados deben tomar en consideración algunos estándares que destacamos a continuación:

En relación a la *edad y madurez* el Comité manifiesta que:

- Las condiciones de edad y madurez pueden evaluarse cuando se escuche a un niño **individualmente y también cuando un grupo de niños** decida expresar sus opiniones (párr.10)
- Los Estados partes deben alentar al niño a que se forme una opinión libre y ofrecer un entorno que permita al niño ejercer su derecho a ser escuchado (párr. 11).
- Para el niño, expresar sus opiniones **es una opción, no una obligación**. Los Estados partes deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior (párr.16).

De la *adopción de medidas*, el Comité señala que:

- Los Estados partes tienen la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños. Esa obligación se compone de dos elementos destinados a asegurar que existan **mecanismos para recabar las opiniones del niño sobre todos los asuntos que lo afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones** (párr19).

De la *inaplicabilidad de límites al derecho a ser escuchado*, el Comité manifiesta que:

- El derecho a ser escuchado **a todo niño "que esté en condiciones de formarse un juicio propio"**. Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible(párr. 20)
- El Comité hace hincapié en que el **artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión** y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan (párr. 21).
- Por ejemplo, **los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones**. También debe hacerse un **esfuerzo por reconocer** el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a **minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario** (párr.21).

Del *alcance del derecho a ser escuchado* el Comité interpreta que:

- **"Libremente" significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado**. "Libremente" significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. "Libremente" es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva "propia" del niño (párr. 22).
- La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y **los padres o tutores informen al niño de los**

asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias (párr. 25)

- El Comité considera preocupante que con frecuencia se deniegue a los niños el derecho a ser escuchados, incluso cuando es evidente que el asunto que se examina los afecta y que son capaces de expresar sus propias opiniones respecto de ese asunto. Así, **los Estados partes deberían escuchar atentamente las opiniones de los niños siempre que su perspectiva pueda aumentar la calidad de las soluciones** (párr. 27).
- Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, **las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso** (párr.29)
- **"Madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño.** La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente (párr. 30).

De la garantía de este derecho en *todo procedimiento administrativo y judicial*, el Comité señala que:

- **Esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones** y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje (párr. 32).
- **Se alienta a los Estados partes a que introduzcan medidas legislativas por las que se exija a los responsables de adoptar decisiones en los procedimientos judiciales o administrativos que expliquen en qué medida se han tomado en consideración las opiniones del niño y las consecuencias para el niño** (párr.33).
- **Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños.** Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas (párr.34).

Reflexiones:

Como se señaló previamente, es importante que se desarrolle un artículo que contenga los principales estándares internacionales sobre el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados en todos los procesos que sean de su interés especialmente los administrativos y judiciales.

Si bien las Observaciones Generales de los Comités de Derechos Humanos no son estrictamente vinculantes para los Estados, en este caso, la Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño, constituye una herramienta fundamental de interpretación del alcance del contenido del derecho a ser escuchado reconocido en la Convención de los Derechos del Niño.

La Observación General 12, en particular, establece estándares importantes sobre cómo desarrollar y garantizar en la normativa e institucionalidad interna el derecho a ser escuchado. Los estándares antes citados, son lineamientos y pautas esenciales para los Estados, en materia de protección y garantía de este derecho, pues generan pautas y directrices a ser incorporadas en la política pública para garantizar su efectividad plena.

El Comité de los Derechos del Niño en su Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención, en 2010 recomendó al Estado ecuatoriano lo siguiente:

“El Comité recomienda que el Estado parte redoble sus esfuerzos por lograr que las opiniones de los niños se tengan debidamente en cuenta en la familia, las escuelas y los ámbitos administrativos y de otro tipo pertinentes, y que los niños sean debidamente escuchados en los procedimientos judiciales y administrativos que los afecten. A ese respecto, el Comité quisiera llamar la atención del Estado parte sobre su Observación general N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado. “

Derecho de Alimentos

El derecho de alimentos está contemplado en el Proyecto de reformas en el Título V. La reforma planteada respecto al derecho de alimentos manifiesta el espíritu de la norma de destacar la corresponsabilidad parental, en el cuidado y manutención de las hijas e hijos.

En este sentido, el Art. 133 del Proyecto de reformas lo define como los medios necesarios para asegurar su desarrollo integral y vida digna conforme a su estándar familiar, y comprende: Alimentación, vivienda y servicios básicos, vestimenta, salud integral, prevención, atención médica y dotación de medicinas, educación o instrucción,

recreación y deporte, cuidado, transporte, y, rehabilitación y ayudas técnicas si el alimentado tuviere alguna discapacidad, enfermedad u otras circunstancias.

Se determina que el derecho de alimentos es connatural a las relaciones parento y materno filiales y su prestación se deberá realizar de acuerdo a los ingresos y capacidad económica de la persona obligada.

Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie.

Las tareas cotidianas que demanda el cuidado personal del alimentario tienen un valor económico y constituyen un aporte a su desarrollo integral, el cual deberá ser considerado para la fijación de la pensión alimenticia.

Por su parte el artículo 136 dispone que los obligados a la prestación de alimentos son el padre y la madre, aún en casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad.

Reflexiones:

Las reformas planteadas respecto al derecho de alimentos destacan la naturaleza de esta obligación, que viene de las relaciones parento y materno filiales, además del espíritu de la norma que busca garantizar la corresponsabilidad.

La valoración del pago de la obligación de alimentos, no se limita al aporte económico, sino también a las prestaciones en especie, la constitución de derechos de usufructo, pensión de arrendamientos u otros mecanismos similares.

Sin embargo, es importante señalar que la reforma planteada no desarrolla un artículo específico que regule el pago de la prestación de la obligación alimentaria en especie, más allá de lo señalado en el artículo 145 numeral 1 del Proyecto, que establece la comprobación a través de facturas o documentos de respaldo, por lo que se considera que se debería desarrollar mecanismos específicos para el ejercicio efectivo de este tipo de pago que permita el goce y ejercicio del derecho de alimentos por parte de niños, niñas y adolescentes.

El Art. 133 del Proyecto de Reformas, en su inciso final señala que “Las tareas cotidianas que demande el cuidado personal de la o el alimentario tienen un valor económico y constituyen un aporte a su desarrollo integral, el cual deberá ser considerado para la fijación de la pensión de alimentos”.

Es interesante destacar en el Proyecto de reformas, la valoración de las tareas cotidianas que demanda el cuidado personal de los hijos e hijas, mismo que deberá ser considerado para la fijación de la pensión alimenticia. Sin embargo, esta disposición es insuficiente ya que deja a la subjetividad del juez dicha valoración económica de este tiempo.

En tal virtud, se sugiere que el Código desarrolle una norma por la cual la Autoridad Nacional competente que establece la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas, así mismo, establezca la generación de un coeficiente, una tabla de valoración u otro mecanismo de cuantificación económica para determinar el valor hora de estas actividades, considerando elementos como por ejemplo: la capacidad de ingreso o la fórmula de cálculo para el trabajo no remunerado del hogar ya existente.

Esta valoración del tiempo hora que se destina a las tareas cotidianas del cuidado de los hijos o hijas, enfatiza el espíritu de la norma de reconocer y garantizar la corresponsabilidad parental, pues por primera vez en la normativa nacional se estaría dando un valor económico a estas actividades que el Código actual no reconoce.

En este sentido, la propuesta de reforma del Art. 133 en su último inciso, deja a un lado la antigua visión del pago de alimentos como únicamente una prestación monetaria, reconociendo el valor del tiempo en el hogar del padre o madre que no debe los alimentos como un aporte esencial para el desarrollo integral del niño, niña o adolescente que también debe ser valorado por el juez.

Rendición de cuentas del uso de la pensión

El Proyecto de reformas establece en su artículo 146 que la o el obligado a prestar alimentos podrá exigir de la persona que administre la pensión alimenticia, rendición de cuentas sobre los gastos efectuados a favor del alimentario. La o el juez apreciará si da trámite a la petición de rendición de cuentas:

De la rendición de cuentas. - La o el obligado a prestar alimentos podrá exigir de la persona que administre la pensión alimenticia, rendición de cuentas sobre los gastos efectuados a favor del alimentario.

La o el Juez apreciará si corresponde dar trámite a la solicitud de rendición de cuentas.

Para la Defensoría del Pueblo esta norma no debe ser incorporada al cuerpo legal, puesto que puede convertirse en una causa de confrontación y conflictos entre padre y madre, en cuya discusión se puede perder de vista el interés superior del niño, niña o adolescente; por lo cual se sugiere eliminar este artículo del proyecto de ley reformativa.

Marginalmente, se dan casos donde las pensiones alimenticias superan de manera desproporcionada las necesidades reales de los niños, niñas y adolescentes, para lo cual se sugiere que se cuente con el informe de trabajo social de la unidad judicial en el que se determine el valor real de las necesidades del hijo o hija y el excedente de la pensión fijada sea destinada a un ahorro o fondo de inversión o mecanismo similar que asegure el desarrollo integral del hijo o hija a largo plazo.

Por lo tanto, se sugiere que el artículo de la Rendición de Cuentas sea sustituido por uno que determine que en pensiones que se encuentren en el nivel (6) de la tabla de pensiones alimenticias, el juez pueda, en base a un informe técnico de trabajo social determinar el valor real de las necesidades del hijo o hija y el excedente de la pensión fijada sea destinada a un ahorro o fondo de inversión o mecanismo similar que asegure el desarrollo integral del hijo o hija a largo plazo.

Alimentos en el exterior

En el Proyecto de reformas en el Artículo 136 incisos quinto y sexto se establece la obligación de los jueces de aplicar de oficio los instrumentos internacionales a fin de garantizar el derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, hijas e hijos de padres o madres que hubiesen migrado al exterior y dispondrán

Actualmente, el derecho de alimentos en el exterior se lo exige a través de la aplicación del Convenio de Nueva York (Naciones Unidas 1966), suscrito por el Estado ecuatoriano y cuyos responsables son el MIES y la Defensoría Pública.

Este instrumento internacional permite ejercer el derecho de alimentos, a través de la interposición de demandas o ejecución de sentencias de pensiones alimenticias en el país donde se encuentra la o el alimentante deudor a través del accionar de la Autoridad Central, nombrada por cada Estado para su efecto, en nuestro caso actualmente el Ministerio de Inclusión Económico y Social.

En los procesos de pago de alimentos en el exterior, se ha identificado como nudos críticos, la falta de conocimiento y socialización de este instrumento internacional y la dificultad para su aplicación en virtud del desconocimiento del domicilio de la parte demandada para iniciar los procesos judiciales.

De conformidad con el Artículo 40 numeral 5 de la Constitución, establece que el Estado mantendrá la confidencialidad de los datos de carácter personal que se encuentren en los archivos de las instituciones del Ecuador en el exterior, esto podría generar un conflicto de ponderación de derechos (Confidencialidad de datos vs Alimentos de Niños, niñas y Adolescentes).

Reflexiones

En este tema, se sugiere que la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, desarrolle una norma legal mediante la cual, la Autoridad Rectora de Movilidad Humana pueda facilitar la entrega de la información personal del domicilio, que suele encontrarse en el Registro Consular del país donde se presume que se encuentra la o el deudor de alimentos.

Para ello, un mecanismo que facilitaría la entrega de este tipo de información, es que el o la solicitante de dicha información presente una solicitud por escrito, o a través de un formulario, en el cual señale que el uso de la información proporcionada será exclusivamente para la presentación de la demanda y dentro del proceso judicial sobre el derecho de alimentos del hijo o hija, asumiendo la responsabilidad civil y penal por el uso de información personal en situaciones distintas a la descrita, de acuerdo a la normativa nacional.

Otro mecanismo podría ser, que una vez realizada la declaración de desconocimiento del domicilio, sea la misma autoridad judicial quien solicite a la Autoridad Rectora de Movilidad Humana (servicio exterior), la información de domicilio, si la misma se encuentra registrada en los archivos o bancos de datos ecuatorianos en el exterior.

Cabe señalar, que a manera general, la protección de datos personales se encuentra establecida en la Constitución de la República en el artículo 66 numeral 19 como parte de los derechos de libertad. La Carta Magna dispone que el derecho a la protección de datos de carácter personal incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección.

La protección de datos personales está en relación directa a los derechos de intimidad personal, el honor y el buen nombre de la persona, siendo obligación del Estado su protección en relación a la recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión, siendo que cualquiera de estos actos sólo se deberá realizar con autorización del titular o el mandato de la ley.

En el Ecuador no existe una legislación secundaria especializada en la materia, situación que puede provocar afectaciones en el resguardo y tratamiento de la información personal, si se considera el acelerado uso de las tecnologías de la información que facilitan y permiten una comunicación masiva de datos personales de manera inmediata y casi ilimitada.

De conformidad con los “Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos”, se considera las siguientes definiciones:

- **Datos Personales:** cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable, expresada en forma numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, alfanumérica, acústica o de cualquier otro tipo. Se considera que una persona es identificable cuando su identidad pueda determinarse directa o

indirectamente, siempre y cuando esto no requiera plazos o actividades desproporcionadas.

- **Datos personales sensibles:** aquellos que se refieran a la esfera íntima de su titular, o cuya utilización indebida puedan dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. De manera enunciativa, se consideran sensibles los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico; creencias o convicciones religiosas, filosóficas y morales; afiliación sindical; opiniones políticas; datos relativos a la salud, a la vida, preferencia u orientación sexual, datos genéticos o datos biométricos dirigidos
- **Persona Identificada e Identificable:** Como persona identificada se entiende a toda persona cuya identidad está determinada, mientras que la persona identificable es toda persona cuya identidad pueda determinarse, ya sea directamente o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad, física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social.

La ponderación, interpretación para los derechos de los niños.

Es la obligación de los Estados partes, garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños.

- El interés superior del niño, se caracteriza por ser: real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del niño y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas;
- Independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad de las partes, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos;
- Un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del niño; la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del niño.

La ponderación, interpretación para los derechos de los niños, los derechos constitucionales funcionan como carácter de interés y beneficio efectivo. No obstante, estos deben ser de carácter aplicable y en algún momento podrán entrar en conflicto con los derechos de otros grupos o entre ellos mismos, por lo cual el Estado a través de las leyes o de la doctrina jurisprudencial, debe fijar los parámetros de análisis, interpretación y solución a los hipotéticos casos que se presenten para dirimir estos conflictos.

En tal virtud, el domicilio en el exterior se debe considerar como un dato de carácter personal, **pero no como un dato sensible**, por lo que si se realiza una ponderación de

derechos en relación a la garantía efectiva de los niños, niñas y adolescentes del derecho de alimentos, debería primar el interés superior del niño.

Reflexión:

En este sentido el derecho de alimentos de niños, niñas y adolescentes y los mecanismos para garantizar su pleno ejercicio deberían prevalecer sobre la confidencialidad de los datos personales que se encuentren en los archivos del Ecuador en exterior, en base al principio del interés superior del niño.

ANEXOS

1. Observaciones del Comité de los Derechos del Niño

En las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño (2001), se recomienda que, en relación con el ejercicio de los derechos del niño según los principios generales enunciados en la Convención, las instituciones nacionales de derechos humanos debieran –entre otras actividades–:

g) Examinar la manera como el Gobierno aplica la Convención y vigila la situación de los derechos del niño e informar al respecto, procurando lograr que las estadísticas estén debidamente desglosadas y que se reúna periódicamente otro tipo de información a fin de determinar lo que ha de hacerse para dar efectividad a los derechos del niño.

Por su parte, en las observaciones finales hechas al Ecuador⁶ (2010), respecto a los datos:

“El Comité lamenta la falta de un mecanismo de recopilación de datos, análisis y seguimiento sistemáticos respecto de todos los ámbitos abarcados por el Protocolo facultativo, y la ausencia de estudios sobre los aspectos específicos abarcados por el Protocolo facultativo, especialmente la utilización de niños en el turismo sexual.”

Asimismo, “el Comité recomienda que el Estado parte elabore y aplique un mecanismo amplio y sistemático de recopilación de datos, análisis, seguimiento y evaluación del impacto respecto de todos los ámbitos abarcados por el Protocolo facultativo. Los datos deberán estar desglosados, entre otras cosas, por sexo, edad, origen nacional y étnico, situación geográfica y condición socioeconómica, con especial atención a los grupos de niños más vulnerables. También deberán recabarse datos sobre el número de enjuiciamientos y condenas, desglosados por tipo de delito. El Comité recomienda que el Estado parte solicite apoyo técnico, entre otros, del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), en relación con la recomendación anterior.”

2. Algunas estadísticas socioeconómicas a nivel nacional⁷

De acuerdo con la Encuesta Específica de Uso del Tiempo (EUT), llevada a cabo por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) en el año 2012, la diferencia de tiempo que emplean hombres y mujeres para el trabajo remunerado, a nivel nacional, es de 5:20 a la semana.

Estas mismas cifras reflejan que las mujeres todavía tienen una mayor carga en el trabajo no remunerado (tareas domésticas y cuidados), con una diferencia de 22:40

⁶ Observaciones 5 y 6 del examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 53º período de sesiones, 11 a 29 de enero de 2010.

⁷ Las estadísticas son tomadas del portal Ecuador en cifras: <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/?s=mujeres> – última visita 20 de julio de 2017.

horas semanales frente a los hombres. Pese a ello, respecto a décadas pasadas, se ha incrementado considerablemente el número de mujeres que se encuentran insertas en el mercado laboral.

Las estadísticas del INEC (2016), sobre nacidos vivos por estado civil de la madre, reflejan los siguientes datos:

Nacidos vivos, por estado civil de la madre, según regiones y provincias de residencia habitual de la madre, año 2016

Regiones y provincias	Total (t) ^{1/}	Estado civil							
		Unida	Soltera	Casada	Divorciada	Separada	Viuda	Unión de hecho	Sin información
Total Nacional	266.464	83.238	85.591	84.362	3.446	1.996	465	6.227	1.139
Región Sierra	118.781	23.519	40.199	48.317	2.169	845	263	3.167	302
Azuay	13.392	2.535	4.046	5.958	279	16	22	497	39
Bolívar	2.828	870	917	902	30	6	3	96	4
Cañar	4.536	1.130	1.435	1.744	92	12	12	106	5
Carchi	2.562	443	1.158	852	50	4	5	46	4
Cotopaxi	7.583	1.820	2.175	3.246	95	11	17	210	9
Chimborazo	7.873	556	3.044	4.043	133	21	35	30	11
Imbabura	7.528	1.199	2.668	3.299	145	16	11	176	14
Loja	7.669	1.158	3.094	3.058	127	26	11	193	2
Pichincha	47.062	9.181	15.908	18.810	924	666	91	1.322	160
Tungurahua	9.014	822	3.199	4.548	215	50	43	111	26
Santo Domingo de los Tsáchilas	8.734	3.805	2.555	1.857	79	17	13	380	28
Región Costa	130.070	53.879	39.421	31.496	1.119	1.113	163	2.075	804
El Oro	11.081	4.670	3.055	2.848	150	32	14	293	19
Esmeraldas	8.986	4.581	3.029	984	50	41	9	261	31
Guayas	67.513	23.907	22.627	18.128	641	763	87	778	582
Los Ríos	14.169	7.760	3.866	2.041	60	73	24	292	53
Manabí	22.196	11.475	5.063	4.852	169	129	17	412	79
Santa Elena	6.125	1.486	1.781	2.643	49	75	12	39	40
Región Amazónica	17.097	5.738	5.836	4.315	142	36	38	961	31
Morona Santiago	3.633	1.111	1.439	716	20	5	7	325	10
Napo	2.578	778	781	773	22	1	8	212	3
Pastaza	2.046	776	623	522	17	9	4	87	8
Zamora Chinchipe	1.771	437	735	477	16	3	4	98	1
Sucumbios	3.873	1.500	1.244	901	41	6	6	170	5
Orellana	3.196	1.136	1.014	926	26	12	9	69	4
Región Insular	392	45	104	211	16	2	-	13	1
Galápagos	392	45	104	211	16	2	-	13	1
Zona No Delimitada	1	1	-	-	-	-	-	-	-
Zonas no delimitadas	1	1	-	-	-	-	-	-	-
Exterior	123	56	31	23	-	-	1	11	1
Exterior	123	56	31	23	-	-	1	11	1

Fuente: INEC, 2016

Por su parte, respecto a información sobre divorcios y matrimonios, el Anuario de Estadísticas Vitales de Matrimonios y Divorcios del INEC, entre el 2006 y 2016, los divorcios se incrementaron en un 83,45% al pasar de 13.981 a 25.468; mientras los matrimonios cayeron un 22,01% al registrar 74.036 nupcias en el 2006 frente a 57.738 del 2016.

CAUSAS RECURRENTE DE DIVORCIO - Según datos de este registro administrativo, en 2016 las principales causas del divorcio fueron:

- Por mutuo acuerdo con 15.995 casos
- Abandono voluntario e injustificado del otro con 8.157 casos
- Injurias graves o actitud hostil con 895 casos.

Como nota destacable cabe señalar que los matrimonios que terminaron en divorcios en el 2016 tuvieron una duración promedio de 15 años, mientras que en el 2006 el promedio era de 13 años.

DIVORCIOS POR GRUPOS DE EDAD - Se determina que la mayor cantidad de divorcios se ubica entre los 35 – 39 años de edad para los hombres con el 17,76% y de 30 – 34 años para las mujeres con el 18,54%. La edad promedio para divorciarse es de 42 años para hombres y 39 años para mujeres.

CUSTODIA - De los matrimonios que se divorciaron, 1.249 hombres se quedaron con la custodia de los hijos frente a 14.669 mujeres en esa misma condición.

DIVORCIOS POR PROVINCIA – La provincia de Galápagos tiene la mayor tasa de divorcios con 32,81 (por cada 10.000 habitantes), seguida de Cañar con 23,68 y Tungurahua con 22,38. Mientras que la provincia de Santa Elena registra la tasa más baja de divorcio con 5,75.

EDAD PROMEDIO PARA MATRIMONIO - En el caso de los matrimonios, la edad promedio para casarse es 32 años en los hombres y 29 años en mujeres. Por grupos de edad, se observa que el mayor porcentaje de matrimonios en hombres corresponde al grupo entre los 25 – 29 años, con el 27,42 %. En el caso de las mujeres, el mayor porcentaje de matrimonios se da en el grupo comprendido entre los 18 – 24 años con el 37,23% del total de casos.

En el 2016 el mes de preferencia para contraer nupcias fue diciembre con 6.414 matrimonios, lo que representa el 11,11 % del total de eventos en el año.

Por estado civil previo al matrimonio, se puede observar que 11.940 personas divorciadas volvieron a casarse.

Así también, Galápagos es la provincia que registra la mayor tasa de matrimonios con 6,23 (por cada 1.000 habitantes), seguida de la provincia de Azuay con 4,48 y de la provincia de Pichincha con 4,38. Por su parte, la provincia de Esmeraldas registra la menor tasa con 1,96.

Elaboración: Dirección Nacional de Análisis Normativo e Incidencia en Políticas Públicas – Defensoría del Pueblo del Ecuador