



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL



**ESCUELA DE DOCTORADO
“STUDII SALAMANTINI”**

**PROGRAMA DE DOCTORADO
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL**

TESIS DOCTORAL

**INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y LA
ADOLESCENCIA EN LA REPUBLICA DEL ECUADOR**

EDWIN ARMANDO ACELDO GUALLI

**Director: Emmanuel Jiménez Franco
Universidad de Salamanca**

Salamanca - 2018



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL



**ESCUELA DE DOCTORADO
“STUDII SALAMANTINI”**

**PROGRAMA DE DOCTORADO
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL**

TESIS DOCTORAL

**INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y LA
ADOLESCENCIA EN LA REPUBLICA DEL ECUADOR**

EDWIN ARMANDO ACELDO GUALLI

Tesis Doctoral presentada para obtener el grado de Doctor por la Universidad de Salamanca dirigida por el Dr. EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO, Prof. Titular de Derecho Administrativo

Salamanca - 2018

A mi familia fuente inagotable de fortaleza y crecimiento

*A mi alma mater la Universidad Central del Ecuador y al convenio con la
Universidad Salamanca para el desarrollo del programa doctoral Estado de Derecho y
Gobernanza Global.*

*Especial gratitud al Doctor Emmanuel Jiménez Franco, por su paciencia y guía
permanente en el desarrollo y culminación de la investigación.*

ÍNDICE

DEDICATORIA	5
AGRADECIMIENTO.....	7
ÍNDICE.....	9
ABREVIATURAS	17
INTRODUCCIÓN.....	19
CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR	23
1.1. EL MUNDO INDÍGENA, LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA	24
1.2. EL MUNDO COLONIAL Y LA NIÑEZ.....	30
1.3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA-CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DESDE 1830 A 1998	46
1.4. PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008.....	56
1.5. SISTEMA TUTELAR ECUATORIANO DESDE EL CÓDIGO DE MENORES DE 1938 AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA DE 2003.....	58
1.5.1. Código de Menores de 1938	60
1.5.2. Código de Menores de 1944	63
1.5.3. Código de Menores de 1969	64
1.5.4. Código de Menores de 1976	65
1.5.5. Código de Menores de 1992	66
1.5.6. Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia del 2003	68
CAPÍTULO II. LA PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LA NIÑEZ	73
2.1. DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS DE 1924	75
2.2. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE 1948 ...	76
2.3. DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS DE 1959.....	78
2.4. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE 1966 Y EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE 1966.....	78

2.5. REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA JUVENIL (REGLAS DE BEIJING) DE 1985	79
2.6. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989	81
2.6.1. Estructura de la Convención	83
2.6.1.1. Preámbulo	83
2.6.1.2. Contenido de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes ...	84
2.6.1.3. Mecanismos de Protección	86
2.6.5. Resoluciones y Protocolos	87
2.7. DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL (DIRECTRICES DE RIAD) DE 1990	88
2.8. REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES PRIVADOS DE LIBERTAD (REGLAS DE LA HABANA) DE 1990	91
2.9. DECLARACIÓN MUNDIAL DE PROTECCIÓN Y DESARROLLO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y SU PROGRAMA DE ACCIÓN DE VIENA DE 1990.....	92
2.10. CONVENIO DE LA HAYA RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE 1993	91
2.11. DECLARACIÓN DE LA ONU “UN MUNDO APROPIADO PARA LOS NIÑOS” Y SU PLAN DE ACCIÓN DE 2002	96
2.12. DERECHOS DEL NIÑO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	97
2.13. OBSERVACIONES GENERALES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVAS A LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS (2001 – 2016)....	104
2.14. OBSERVACIONES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO A LOS SEIS INFORMES PRESENTADOS POR LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (1996 – 2017)	114
CAPÍTULO III. EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS	118
3.1. EL NIÑO COMO SUJETO Y NO OBJETO DE DERECHOS	118
3.1.1. El niño como objeto de cuidado especial	121
3.1.2. El niño como sujeto de derecho universal.....	122
3.2. PRINCIPIOS GENERALES	124
3.2.1. Principio del interés superior del niño	125

3.2.1.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el principio del interés superior del niño	132
3.2.1.2. Observaciones del Comité de los Derechos del Niño a los informes de la República del Ecuador y el interés superior del niño	134
3.2.1.3. Interés superior del niño en el contexto constitucional ecuatoriano.....	136
3.2.1.4. Jurisprudencia de la República del Ecuador en relación con el interés superior del niño (2008 - 2017).....	140
3.2.1.5. Jurisprudencia de España sobre el principio del interés superior del niño	150
3.2.2. Principio no discriminación	152
3.2.3. Principio del derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo.....	153
3.2.4. Derecho del niño a ser oído.....	154
3.2.4.1. Observaciones del Comité de los Derechos del Niño a la República del Ecuador	157
3.2.4.2. Jurisprudencia de la República del Ecuador en relación con el principio del niño a ser oído	159
3.2.4.3. Jurisprudencia de España sobre el derecho a ser oído.....	162
3.3. DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR	167
3.3.1. Características	170
3.3.1.1. La discriminación	170
3.3.1.2. La judicialización.....	171
3.3.1.3. La discrecionalidad.....	172
3.3.2. La impunidad en la justicia correccional de menores y proceso injusto...	172
3.3.3. Desarrollo de una cultura de la compasión-represión	175
3.4. DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL.....	176
3.4.1. Bases conceptuales y características	178
3.4.2. Tránsito de la doctrina de la situación irregular hacia la de la protección integral en la República del Ecuador	178
CAPÍTULO IV. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA INFANCIA EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.....	181
4.1. POLÍTICAS PÚBLICAS Y PLANIFICACIÓN DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ	181
4.2. ENFOQUES DE LA POLÍTICA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	185

4.2.1. Enfoque de Derechos	186
4.2.2. Enfoque de Desarrollo Humano.....	187
4.2.3. Enfoque de Curso de Vida	188
4.2.4. Enfoque Intercultural	189
4.2.5. Enfoque de Género.....	191
4.3. PRINCIPIOS	193
4.3.1. Principio Sujeto de Derechos	194
4.3.2. Principio del Interés Superior del niño.....	194
4.3.3. Principio de la Autonomía Progresiva	196
4.3.4. Principio de Igualdad y No Discriminación.....	197
4.3.5. Principio de Vida, Desarrollo y Entorno Adecuado.....	198
4.4. PLAN NACIONAL DEL BUEN VIVIR DE 2013-2017	200
4.5. PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2017-2021 “TODA UNA VIDA”	202
4.5.1. Consideraciones Generales	202
4.5.2. Políticas Públicas de la Niñez	204
4.6. TRANSFORMAR NUESTRO MUNDO: LA AGENDA 2030 PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE.....	208
4.6.1. Objetivos para el Desarrollo Sostenible (ODS)	208
4.6.2. Protección de la Niñez en los ODS.....	210
4.6.3. Aplicación en la República del Ecuador	211
4.7. CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EXISTENTES Y FUTURIBLES	212
CAPÍTULO V. LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL DESCENTRALIZADA DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.....	216
5.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL FACTOR HUMANO	216
5.2. LA DESCENTRALIZACIÓN EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ: UTOPIA O REALIDAD	219
5.3. COMPOSICIÓN DEL SISTEMA DESCENTRALIZADO DE PROTECCIÓN.....	224
5.3.1. Instituciones Públicas Administrativas	228
5.3.1.1. Consejo Sectorial de lo Social.....	229
5.3.1.2. Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES).....	230

5.3.1.2.1. Erradicación de la Mendicidad.....	235
5.3.1.2.2. Acogimiento Familiar	236
5.3.1.2.3. Acogimiento Institucional	236
5.3.1.2.4. Adopciones.....	237
5.3.1.2.5. Erradicación del Trabajo Infantil	238
5.3.1.2.6. Creciendo con Nuestros Hijos (CNH).....	238
5.3.1.2.7. Centros Infantiles del Buen Vivir (CIBV)	239
5.3.1.3. El Consejo de Igualdad Intergeneracional	239
5.3.1.3.1. Agenda Nacional para la Igualdad Intergeneracional 2017-2021	240
5.3.1.4. Las Juntas Cantonales de Protección de Derechos	241
5.3.1.5. Defensoría del Pueblo.....	243
5.3.1.6. Defensorías Comunitarias de la Niñez	244
5.3.1.7. Policía Especializada de los Niños, Niñas y Adolescentes.....	245
5.3.2 Estructura Orgánica Judicial	247
5.3.2.1. Jueces de la Familia, Mujer, Niñez Adolescencia.....	248
5.3.2.2. Salas de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de las Cortes Provinciales.....	249
5.3.2.3. Sala de Familia, Mujer, Niñez Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia	250
5.3.2.4. Fiscalía General del Estado	250
5.3.2.5. Corte Constitucional	251
5.3.3. Instituciones Privadas que brindan protección a la niñez	253
5.3.3.1. El Plan Internacional por la Niñez en la República del Ecuador..	253
5.3.3.2. Humanium	254
5.3.3.3. World Vision Ecuador	257
5.3.3.4. Save the Children.....	258
5.3.3.5. CARE Ecuador	259
5.3.3.6. El Observatorio de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia (ODNA)	259

5.3.3.7. Child Fund International.....	260
5.4. DERECHO COMPARADO DE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA EN COLOMBIA Y ESPAÑA	262
5.4.1. Colombia.....	262
5.4.2. España	270
5.5. PROPUESTA DE DISEÑO, IMPLEMENTACIÓN Y EVALUACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA INFANCIA EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.....	281
CAPÍTULO VI. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR	291
6.1. MEDIDAS DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	293
6.2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN ADMINISTRATIVAS.....	295
6.2.1. Acciones educativas, terapéuticas, psicológicas, órdenes de cuidado	295
6.2.2. Reinserción familiar	297
6.2.3. Inserción del niño y adolescente a programas de protección.....	298
6.2.4. Alejamiento personal	299
6.2.5. Custodia de emergencia	299
6.3. MEDIDAS DE PROTECCIÓN JUDICIAL.....	302
6.3.1. Allanamiento	302
6.3.2. Acogimiento Familiar	306
6.3.2.1. Orígenes	306
6.3.2.2. Conceptualización.....	307
6.3.2.3. Modalidades de acogimiento familiar	309
6.3.3. Acogimiento Institucional.....	313
6.3.3.1. Concepto	313
6.3.3.2. Tipología.....	313
6.3.4. Preparación para la vida independiente.....	318
6.3.5. Tutelas y Curadurías	320
6.4. ALGUNAS PROPUESTAS DE LEGE FERENDA EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR	322
6.4.1. La adopción nacional e internacional.....	322

6.4.1.1. La adopción nacional e internacional en la República del Ecuador	324
6.4.1.2. La adopción por parejas homosexuales en el derecho comparado.....	330
6.4.1.3. Propuesta de implementación de la adopción en las nuevas estructuras familiares en la República del Ecuador.....	338
6.4.2. Custodia Compartida: Propuesta de Implementación en la República del Ecuador	344
6.4.2.1. Consideraciones generales sobre la custodia compartida	344
6.4.2.2. Principales doctrinas relacionadas con la atribución judicial de la guarda.....	345
6.4.2.2.1. Doctrina de los años tiernos	345
6.4.2.2.2. Doctrina del Interés Superior del Niño	345
6.4.2.2.3. Doctrina de la presunción del dador de cuidados básicos	348
6.4.2.2.4. Doctrina de la custodia compartida.....	349
6.4.2.2.5. Análisis comparado de la custodia compartida.....	349
6.4.2.2.6. Propuesta de implementación en la República del Ecuador.....	353
6.4.3. Impacto Normativo de los Derechos del Niño	356
6.4.4. Asignación Presupuestaria de la Niñez	361
6.4.4.1. Consejo Sectorial de lo Social	361
6.4.4.2. Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES).....	362
6.4.4.3. Referencial Internacional entre el Gasto Social y el PIB	362
CONCLUSIONES	365
BIBLIOGRAFÍA	372
ANEXO DE TABLAS	387
ANEXO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL.....	389
ANEXO DE PÁGINAS Y SITIOS WEB.....	398

ABREVIATURAS

- AECID Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo.
- AME Asociación de Municipalidades del Ecuador.
- CCC Codificación Código Civil 2005.
- AAMPETRA Academia Aeronáutica Mayor Pedro Traversari.
- CDN Convención sobre los Derechos del Niño 1989.
- CEPAL Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- CIDH Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- CCE Corte Constitucional del Ecuador.
- CNII Consejo Nacional de Igualdad Intergeneracional.
- CNNA Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia.
- CNP Consejo Nacional de Planificación.
- COA Código Orgánico Administrativo 2018.
- COIP Código Orgánico Integral Penal 2014.
- COGEP Código Orgánico General de Procesos 2015.
- CONA Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia 2003.
- CONACID Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.
- CONADE Consejo Nacional de Desarrollo.
- CONAM Consejo Nacional de Modernización.
- CONAJUPARE Consejo Nacional de Juntas Parroquiales Rurales del Ecuador.
- CONGOPE Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador.
- COOTAD Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización 2008.
- CRE Constitución de la República del Ecuador 2008.
- DINAPEN Dirección Nacional de Policía Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes.
- ERJAFE Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva 1994.
- FAMI Programa Familia, Mujer e Infancia.
- FANN Fundación para la Adopción de Nuestros Niños.
- FODI Fondo de Desarrollo Infantil.
- FONAN Fondo Nacional para la Protección de la Niñez y Adolescencia.
- FONADED Fondo Nacional de Preinversión.
- ICBF Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
- IIAPI Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia.
- INEC Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.
- INNFA Instituto Nacional del Niño y la Familia.
- JCPD Juntas Cantonales de Protección de Derechos.

- JUNAPLA Junta Nacional de Planificación y Coordinación Económica.
- MIES Ministerio de Inclusión Económica y Social.
- NNA / N.N.A. Niños Niñas y Adolescentes.
- ODEPLAN Oficina de Planificación de la Presidencia de la República.
- ODNA Observatorio de los Derechos del Niño.
- ODS Objetivos de Desarrollo Sostenible.
- OEA Organización de los Estados Americanos.
- ONG Organizaciones No Gubernamentales.
- ONU Organización de Naciones Unidas.
- ORI Operación Rescate Infantil.
- PENIA Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia España.
- SENPLADES Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.
- SINIÑEZ Sistema de Indicadores Sociales sobre los Niños, Niñas y Adolescentes.
- SNBF Sistema Nacional de Bienestar Familiar.
- SODEM Secretaria Nacional de los Objetivos del Desarrollo del Milenio.
- TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- TSE Tribunal Supremo Español.
- UNESCO Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
- UNICEF Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

TÍTULO

INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA EN LA REPUBLICA DEL ECUADOR

INTRODUCCIÓN

La importancia de la protección de los niños, niñas y adolescentes¹ es relevante en mérito que la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, marcó un punto de inflexión en el tratamiento jurídico del niño. Este instrumento es el primero en caracterizarse por tener fuerza vinculante, a diferencia de lo que ocurriera con las Declaraciones de Derechos de la Infancia de 1924 y de 1959, por eliminar el sistema tutelar y en su reemplazo establecer el de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA). A partir de entonces, el proceso de desarrollo de la legislación en este ámbito, denominado también como Derecho de la Niñez, cobrará un gran auge y desarrollo doctrinario, normativo y jurisprudencial.

La protección jurídica e institucional de los derechos de “los menores de edad, entendida en el sentido amplio que acoge la doctrina de la protección integral, comprende un vasto y heterogéneo conjunto de medidas (legislativas, reglamentarias, administrativas, jurisprudenciales, políticas, presupuestarias, estadísticas) que pueden ser abordadas desde prácticamente todas las ramas del Derecho (constitucional, civil, penal, administrativo, procesal, laboral, internacional, público, privado, etc.)²”.

Este avance en la protección y tutela de los derechos de los niños se explica porque la infancia “es un periodo de desarrollo decisivo para el ser humano. Durante la infancia, se define nuestra propia identidad y la forma de relacionarnos con el mundo. Al tiempo que es una etapa crucial para la formación de la persona, es también aquella que requiere de una mayor protección. A medida que crece, el niño va ganando mayor autonomía para actuar y tomar decisiones. Sin embargo, se encuentra en una situación de fuerte dependencia en la que el entorno social más inmediato, especialmente la familia, desempeña un papel determinante para asegurar las condiciones de seguridad y bienestar que permitan su desarrollo³”.

Por esa razón, resulta trascendental la configuración de un sistema normativo que reconozca el nuevo estatuto de protección de la niñez y adolescencia en función de su aplicación y ulterior desarrollo, lo que implica que la libertad de disposición normativa del legislador esté condicionada por los mínimos previstos en la Convención.

En este sentido, las implicaciones de la CDN en la legislación del Ecuador son muy importantes, pues gracias a la ratificación del instrumento en 1990, se abandonó el sistema tutelar o protectorio que existía hasta ese entonces, el cual se sostenía en un

¹ En referencia a la denominación de niños, niñas y adolescentes, debo advertir, que en el desarrollo de la investigación, se encontrará la denominación de “menor o menores”, lo cual sin duda en la realidad actual resulta peyorativo. Sin embargo, dado el análisis histórico realizado y la doctrina que respalda la misma, existe referencia del término indicado, en mérito que algunos textos investigados y leyes de la infancia son anteriores al surgimiento de la Convención de los Derechos del Niño. Actualmente existen ciertos cuerpos normativos que todavía conservan la denominación del “Menor”, como por ejemplo la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) de España de 2015, y los Códigos de Menores de 1938 a 1992.

² MARTINEZ GARCIA, C. (2016: 37).

³ ALEMAN BRACHO, M. (2014: 97 y 134).

intervencionismo ilimitado del Estado respecto de aquellos “menores” que se encontraban en una “situación irregular” o de “abandono moral y material”, que generó más inequidades que respuestas eficaces. Por tanto, se implementó el sistema basado en el principio del interés superior del niño (artículo 3 CDN) o denominado Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia⁴, bajo la cual se consagra al niño no sólo como un sujeto titular de derechos, sino de una persona capaz de asumir responsabilidades.

Bajo ese contexto, la Función Legislativa ecuatoriana dictó en 1992 las reformas al Código de Menores, vigente desde el año 1976, destinadas a compatibilizar la vieja estructura normativa con los postulados de la Convención. Para el año 1998, la Constitución de aquel entonces estableció como imperativo el principio del interés superior del menor y posteriormente, en el año 2003, surge el nuevo Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (en adelante CONA), en el que se desarrolla lo establecido en el artículo 21 de la Convención⁵ referente a la adopción de todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para salvaguardar al niño contra toda forma de afectación a su integridad personal en lo físico, psicológico, moral y sexual.

Para dicho efecto, el CONA del Ecuador crea un amplio espectro de medidas de protección de carácter administrativo y judicial en los artículos 79, 94 y 217, gracias a las cuales se pretende la protección, defensa y exigibilidad de los derechos de los niños y adolescentes consagrados tanto por la normativa internacional como en la nacional.

La adecuada comprensión de estas medidas administrativas y judiciales de protección que denotan una relegación de las funciones de los jueces, otrora encargados de dispensar la tutela jurídica de los derechos de los niños, implica una nueva dimensión de la actuación de la Administración Pública, quien hoy prioritariamente se encarga de privilegiar esta tutela.

El inicio del desarrollo de la investigación se basa en la hipótesis de la existencia o no de un verdadero sistema descentralizado de protección de la niñez en Ecuador, donde las instituciones públicas y privadas que brindan resguardo a los niños, y las normas jurídicas son suficientes para alcanzar la doctrina de la Protección Integral de los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador.

Esta investigación tiene como objetivos fundamentales:

1. Establecer la forma en la cual ha evolucionado la protección jurídica de la infancia en la República del Ecuador.

⁴ SALADO, A. (2002:108).

⁵ Que dispone expresamente: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

2. Visualizar cuáles son las instituciones de protección de la niñez y la adolescencia en la República del Ecuador.
3. Realizar un estudio comparado con legislaciones de Iberoamérica en relación con las instituciones de protección de la niñez y la adolescencia.
4. Efectuar propuesta de mejoramiento normativo e institucional.

Sin embargo, conforme se desarrolla la investigación se pudo comprobar que con la experiencia normativa e institucional de España y Colombia, y el estudio de la institucionalidad en Ecuador, únicamente existe la denominación de “sistema descentralizado” desde el punto de vista nominal y no desde la perspectiva real, visibilizando la existencia de un sistema desarticulado entre las organizaciones del Estado y de la sociedad civil para garantizar un sistema de protección integral a los NNA.

La investigación propuesta se basa fundamentalmente en el método bibliográfico, que emplea la indagación comparativa realizada en textos relacionados con el tema de investigación; y en la investigación Histórica Lógica, que se refiere a los antecedentes históricos del estudio propuesto. En la presente investigación se efectuará un estudio sistemático de las instituciones de protección de la niñez y la adolescencia en la República del Ecuador, siendo uno de los objetivos sensibilizar a la sociedad a través de un análisis comparativo, que permita visibilizar las medidas e instituciones de protección de otros países como España y Colombia, que coadyuve a solucionar las falencias dogmáticas que existen en este área tan sensible y trascendental del Derecho ecuatoriano y proponer el mejoramiento normativo (imperativo un nuevo Código de la Niñez) e institucional (sistema articulado de protección).

El desarrollo de la investigación se realiza en seis capítulos.

En el primer capítulo se realiza un estudio histórico sobre la consideración de la niñez y la existencia del sistema de protección pública o privada, en la época incaica, la colonia, la etapa republicana hasta el vigente Estado constitucional de derechos y justicia. Indagando en constante relación desde la primera Constitución de 1830 a la de 2008, y el primer Código de Menores al actual CONA de 2003.

El segundo capítulo analiza los principales instrumentos internacionales de protección de la niñez de los cuales el Ecuador es suscriptor. La investigación se desarrolla de acuerdo a lo establecido en las Observaciones Generales del Comité de los Derechos de los Niños relativos al sistema de protección institucional, además de las Observaciones que realiza el Comité a los informes presentados por la República del Ecuador desde 1996 a 2017.

En el capítulo tercero se examinan los principios que sustentan la consideración del niño como sujeto de derechos, fundamentalmente: el interés superior del niño, la no discriminación, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, y el de ser oído. Se observa especialmente la jurisprudencia nacional e internacional que fundamenta jurídicamente la aplicación de los principios del interés superior y el derecho a ser oído.

En el capítulo cuarto se efectúa un estudio de las políticas públicas en el ámbito de la niñez, desde sus enfoques y principios en base a los planes implementados en el

Ecuador en relación con la perspectiva referida, a partir de 2007 con el Plan Nacional del Buen Vivir hasta la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible de Naciones Unidas, y como parte final se realiza un análisis a futuro en la vigencia.

En el capítulo quinto se plantea un análisis pormenorizado del sistema descentralizado de protección de la niñez en Ecuador, desde el punto de vista de un estudio comparado con España y Colombia, construyendo una propuesta de implementación de un verdadero sistema de protección, respaldado en el análisis normativo realizado y en el diagnóstico actual, mediante la aplicación de una encuesta realizada entre personas responsables de instituciones de protección tales como jueces y juristas especializados. Esta encuesta refleja la realidad del sistema de protección alejada de la visión cómoda de las autoridades y gestores involucrados en la protección.

Finalmente en el capítulo sexto se abordará el análisis de las medidas administrativas y judiciales de protección de los NNA desde el ámbito del riesgo, y no de la protección en situación de normalidad que dista del abordaje de esta investigación.

Además en este capítulo se elaborará un estudio comparativo de las medidas de protección administrativa y judicial de la niñez existentes en España, Colombia y Ecuador. Como resultado de la investigación se plantea una serie de propuestas de *lege ferenda* en los siguientes ámbitos:

1. La adopción.
2. La custodia compartida.
3. El impacto normativo de los derechos del niño y la creación de un nuevo CONA.
4. La asignación presupuestaria.

En el transcurso de la historia se han cambiado las leyes, pero es imprescindible mudar la mentalidad de las personas y que reconozcamos plenamente en todos los ámbitos que los niños, niñas y adolescentes son “*sujetos de derechos*”, que siempre se encuentran en situación de especial atención y merecen medidas adecuadas de protección.

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Históricamente, se puede corroborar que los grupos subordinados en relaciones sociales de poder, como es el caso de los niños y niñas, quedan desposeídos de la utilización de la palabra, de conocer sus necesidades y sentimientos; y del ejercicio de sus derechos, de ahí, la impostergable tarea de recuperar su voz y un lugar en el mundo de los adultos⁶. En el presente capítulo, se indagará el tratamiento brindado a los niños en el Ecuador, desde la época de la colonia hasta el actual Estado Constitucional de Derechos y Justicia, teniendo como ente rector, el reconocimiento del niño como sujeto de derechos, considerando las dos doctrinas de defensa de los niños: la Situación Irregular y la Protección Integral.

Se considerará fuentes que ha establecido la historiografía de la infancia en Latinoamérica⁷, la cual se encuentra en construcción permanente, y que en su inicio consideró como génesis primaria la publicación de Philippe Ariés, “El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen”; considerando que actualmente ya no es posible pensar en la infancia como una categoría homogénea y única, ni la construcción propia de la modernidad, sino como la exigencia inmutable de visibilizar a los niños en el pleno goce de sus derechos y obligaciones⁸. También, se realizará un análisis de los diferentes cuerpos legales primarios en el país, y los posteriores que han surgido, teniendo como base los diferentes instrumentos internacionales de protección de la infancia, a los cuales el Ecuador se ha suscrito, lo que permitirá concluir cuál ha sido el tratamiento que se le ha otorgado a los NNA.

Toda sociedad en el mundo surge, se desarrolla, perdura en el tiempo e incluso desaparece, por ello siempre se debe tomar en cuenta la base inicial de su conformación, en la cual, sin duda, tiene vital importancia la niñez, al constituirse en el futuro de su vigencia, por esta razón se requiere sea considerado hacia dónde se dirige la misma. Esto conlleva que las élites y la fuerza implícita en el crecimiento, impulsen a la propia niñez a fijar el rumbo a seguir, abarcando varios aspectos que la involucran, como son: la educación, la salud, el trabajo, los procesos de secularización, religión, violencia, manifestaciones lúdicas, castigo físico, instituciones públicas y privadas de diferente tutelaje, por solo mencionar algunas.

El Ecuador, no puede ni debe quedarse al margen de lo expresado, la historia así lo ratifica, se tiene como fin primordial en un inicio el cuidado y protección de los niños, el cual tiene su génesis en el proceso de colonización y continúa hasta la actualidad. Sin embargo, es necesario e indispensable procesar brevemente, sobre lo que pasaba con la niñez antes del encuentro de dos civilizaciones; luego, qué sucedió en la

⁶ Al respecto la Corte Constitucional de Colombia ha señalado “que existen circunstancias en las que la indefensión no hace alusión a la ausencia de medios jurídicos de defensa, sino a la “posición de preeminencia social y económica del demandado que rompe el plano de igualdad en las relaciones entre particulares, se ha afirmado así que procede la tutela contra poderes sociales y económicos los cuales disponen de instrumentos que pueden afectar la autonomía privada del individuo tales como los medios de comunicación, los clubes de fútbol, las empresas que gozan de una posición dominante en el mercado o las organizaciones privadas de carácter asociativo, tales como las asociaciones profesionales o las cooperativas, o los sindicatos. Sentencias: T-329; T-331 de 2005; y, T-160 de 2010.

⁷ Existen estudios académicos, sobre la infancia latinoamericana, como: Historia de la Infancia en Latinoamérica, de RODRÍGUEZ, P. (2007). Entre la familia, la sociedad y el Estado: niños y jóvenes en América Latina (siglos XIX-XX)”. POTTHAST, B.; CARRERAS, S. (2005). Además de las referencias de los cronistas de la Colonia como Garcilaso de la Vega y Felipe Guamán Poma de Ayala.

⁸ ARIÉS, P. (2001:82).

Colonia; para transitar en la época de la emancipación, y el proceso de constitución de la República; hasta que finalmente surgen las primeras manifestaciones normativas universales de protección de los derechos humanos y en especial de los niños, del cual el país es suscriptor. Posteriormente se analizará el surgimiento y desarrollo de las doctrinas de protección de los niños y sus principios específicos, y llegar al vigente Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Se desentrañará en cada época, los sistemas de protección que se implementaban por parte del sector público y privado, como la casa de los expósitos⁹, casas de refugios, conventos, que emergieron en el inicio de la Colonia, y el surgimiento de las diferentes instituciones administrativas de protección de la infancia en el Ecuador.

1.1. EL MUNDO INDÍGENA, LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

Para abordar este tema, es necesario, en primera instancia, indagar sobre lo que sucedía con la niñez antes de la colonia, es decir, la niñez en el periodo incaico¹⁰, con el fin de poder establecer cómo estaba estructurada la sociedad incaica en lo que ahora es el Ecuador; así, “en la etapa anterior a la conquista española, la población indígena del territorio ecuatoriano, se hallaba organizada en unos 200 cacicazgos autónomos, compuesto de ayllus¹¹, familia o linajes. Estas unidades tenían grados de desarrollo diferentes, unas pocas alcanzaron niveles mayores de complejidad social, deviniendo en señoríos étnicos, con una organización sociopolítica que podría denominarse como pre-estatal¹²”, donde predominan relaciones de ayuda mutua y reciprocidad entre sus miembros¹³.

⁹ El concepto expósito era de uso común en el contexto hispanoamericano y señalaba al niño o niña abandonado a las puertas de las Iglesias y las casas particulares o bien en lugares públicos. La noción deviene de la Roma republicana e imperial donde al nacer un niño se acostumbraba posarlo en el suelo. A continuación el padre debía reconocerlo como suyo, para lo que le incumbía tomarlo en brazos y levantarlo; o sea, elevarlo del suelo: elevación física que en sentido jurídico equivalía a tomar al niño como propio y, en el figurado, se ha convertido en sinónimo de criarlo. Si el padre se rehusaba a "elevar" al niño, éste era abandonado, abandono que se ejecutaba exponiéndolo ante la puerta, al igual que sucedía con los hijos de los esclavos cuando el amo no sabía cómo obrar con ellos. El paterfamilias, como dueño absoluto de los hijos, tenía entonces el derecho, como un elemento más de la protesta patria, de ejercer el *ius exponendi*, a saber, el derecho de sacar fuera de la casa y dejar ahí para que muera o para que alguien lo recoja, al hijo no deseado. La consanguinidad para los romanos era irrelevante frente a que los vínculos afectivos y cuando un romano se sentía movido a la función de padre prefería adoptar el hijo de otro o criar el hijo de un esclavo, o un niño abandonado, antes que ocuparse de un hijo biológico.

¹⁰ El realizar un profundo estudio de la niñez en el Incario deriva efectuar una tesis exclusiva y total sobre el tratamiento que se le daba en dicha época.

¹¹ “Entendemos por ayllu a un grupo de familias circunscritas a un territorio, unidas por lazos de parentesco, relacionadas entre sí por un idioma común, la realización de trabajos colectivos y por tener una religión propia. Todos estos aspectos forman lo que se denomina ayllu”. (Facopi:1993) Federación de Ayllus de la Provincia Ingavi. Estructura Orgánica. La Paz: Aruwiyiri., 12. Citado por María Eugenia Choque en su artículo “La reconstitución del ayllu y los derechos de los pueblos indígenas”. En Fernando García., “Las sociedades interculturales: un desafío para el siglo XXI”. Quito. Flaco. pp. 13-30). El Ayllu es considerada como la unidad política, económica y social básica del estado, se conformaba con varias familias unidas por vínculos: sanguíneos, ancestrales, territoriales, religiosos, laborales.

¹² JÁCOME, N. (1990:128).

¹³ La Corte Constitucional del Ecuador, señaló que “por supuesto que aunque son los bienes “particulares” o personales los que muchas veces están en juego: robos, linderos, herencias, hijas, hijos, etc., lo que se busca [en el ayllu] es proteger o amparar en cuanto son “bienes comunales” no de común propiedad pero sí de la comunidad o de alguien de la comunidad. Lo mismo pasa con el valor de la vida, no se le da un valor en sí mismo como un ser personal o un ente individual sino en cuanto es participe de la familia (ayllu) o comunidad, en cuanto lleva una vida de ayllu o de familia y de comunidad y lo que se busca proteger es precisamente esto: la vida en cuanto un valor de convivencia en común, de entendimiento social y de armonía con los que les rodean. Cuando alguien mata o asesina a alguien, se busca antes que nada, la solución del “problema” social o de la “problemática familiar” bien del fallecido así como del hechor, son dos familias que quedan “huérfanas”, desmembradas, “el uno en el cementerio y el otro en la cárcel” y aunque en la mayoría de las veces he visto que entregan la causa a la justicia ordinaria tratan de encontrar

El indígena andino tenía una visión de la manera en que debía desarrollarse la comunidad y el ser humano denominada “sumak kawsay” (el buen vivir), cuyos rasgos esenciales han sido dogmáticamente incorporados a la Constitución de 2008. Así, vemos que en el preámbulo de la Carta se proclama que los ecuatorianos decidimos construir una “nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay”, concepto que aparece desarrollado en los artículos 14, 250, 275 y 386.2 de la Norma Fundamental¹⁴. Este principio era aplicado por los indígenas desde tiempos anteriores a la Colonia y fue el que determinó el manejo de la situación de los niños en estado de vulnerabilidad, a través del núcleo social de la época: el ayllu.

Llasag R. (2009) afirma que desde la filosofía andina, el sumak kawsay es un sistema de vida que permite la armonía con la naturaleza, comprendiendo que lo que nos rodea es naturaleza y es vida, y a su vez, el ser humano forma parte de la naturaleza. El autor entiende este sistema de vida como un conjunto de principios, normas y reglas que posibilitan un modelo económico, social y político. Esto exige, en su criterio, una forma de organización social básica que es la comunidad ayllu, una organización política cuya expresión máxima de autoridad es la asamblea general de la comunidad y las demás personas reconocidas como autoridades internas: presidente, cabildo, shaman, kuraka, etc.; y un modelo económico que parte del principio de relacionalidad, que es incompatible con un modelo capitalista que mercantiliza todo, particularmente a la naturaleza.

Sin embargo, realizada la investigación en relación con la niñez en la época incaica, no surgen referencias específicas, sobre el trato a los niños, solamente se encontró algunas pinceladas historiográficas referenciales, como la que expone Udo Oberem¹⁵. Sobre el tema, el historiador ecuatoriano Enrique Ayala Mora, cuando realiza un análisis y relato respecto a la estructura social jerarquizada existente en los incas, destaca que “para reforzar las relaciones también era costumbre criar un hijo de un jefe de otro señorío, en la familia del otro¹⁶”.

Para iniciar un análisis sobre la situación de los niños en la época de la América precolombina, se toma como referencia bibliográfica las narraciones de los cronistas de la Colonia como Garcilaso de la Vega¹⁷ y Felipe Guamán Poma de Ayala¹⁸,

primero una solución a lo “social”, a lo “familiar” y luego sí entregan a la justicia ordinaria o en algunos casos como dicen ellos: “dejamos a diosito él ha de ver”. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 113-14-SEP-CC. Caso N° 0731-10-EP. En la sentencia la Corte añade “El AYLLU: familia/comunidad, carga sobre sí todos los éxitos y los fracasos, los prestigios acumulados, las luchas, los servicios prestados, autoridades, la historia, los ayllus, el significado del apellido o el señalamiento de la comunidad o del sector de donde se proviene, de todos sus miembros sin excepción ninguna”.

¹⁴ En este sentido podemos concordar con LLASAG, R., (2009-113-125) que la Constitución de Montecristi de 2008 no adopta una sola línea con relación al sumak kawsay pues en el preámbulo lo considera un principio constitucional, en la parte dogmática lo incluye como una de las categorías de derechos y, en la parte orgánica aparece dentro del denominado régimen del buen vivir. En línea: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2306/1/07-TC-Llasag.pdf>. Fecha de consulta: 1 de octubre de 2016.

¹⁵ Fue un destacado catedrático de número de etnología con especial consideración de los estudios americanistas en la Facultad de Filosofía de la Universidad de Bonn y Director del Instituto de Antropología Cultural. La obra científica de Oberem comprende más de 100 publicaciones. De la lista de literatura se desprende la triple orientación de sus investigaciones en los campos de la etnología, la arqueología y la etnohistoria de las regiones iberoamericanas.

¹⁶ AYALA MORA, E.(2008:154).

¹⁷ Su nombre Gómez Suárez de Figueroa, apodado Inca Garcilaso de la Vega (1539-1616), también conocido bajo el apelativo de Inca Garcilaso Chimpu Oello, nació en Cuzco, fue hijo del Capitán Español Garcilazo de la Vega y de la princesa incaica Chimpu Oello. Escribió "Comentarios reales", famosa obra en la cual recoge notas sobre la vida e historia de los Incas; fue un escritor e historiador peruano de ascendencia inca y española. Es considerado como el primer mestizo biológico y espiritual de América, o sea, el primer mestizo racial y cultural de América que supo

relacionadas con la cultura inca, pues existen otros como el cronista Fray Bernardino de Sahagún¹⁹, que menciona las características de la civilización azteca; que si bien se refiere a otra región situada en lo que ahora es México, no deja de tener importancia, dada la permanente vinculación entre estas sociedades. Esto a consecuencia de que buscar el conocimiento histórico sobre lo ocurrido con los infantes, resulta ser una valiosa representación para aclarar su presente y proyectar su futuro, si tomamos en cuenta que al llegar los españoles, el imperio incaico el Tahuantinsuyo²⁰ abarcaba un amplio territorio, desde el sur de Colombia hasta Chile central, en una extensión de 4500 km de largo y 500 km de ancho²¹.

Antes del arribo de los españoles, el continente americano estaba habitado por una gran diversidad de sociedades nativas, en las cuales se encuentran estadios de expansión y crecimiento sumamente complejos como es el caso de los aztecas y los incas. Tal era su población, y su complejo contexto político y social que ha llegado a reconocerse la existencia de un protoestado²². En suma, una fuerte sociedad indígena preexistía a la presencia española en América, cuyas características sobresalientes eran su diversidad, complejidad y diferente momento en su desarrollo. Esa heterogeneidad puede observarse precisamente en relación con la niñez. En la mayoría de esta sociedad se puede afirmar que la infancia “(...) más que un hecho biológico, constituía un asunto cultural²³”. Esto de alguna manera quiere significar la realidad concreta de una auténtica cultura de protección de la infancia en muchas sociedades prehispánicas.

En las crónicas de Felipe Guamán Poma de Ayala, se grafica la existencia de una niñez incaica, propia con sus características peculiares, escribe y dibuja a fines del siglo XVI y principios del XVII, una carta al Rey de España con la intención de convencer a su destinatario de las cualidades de la sociedad que antecede a la conquista, su destrucción en el proceso de ocupación y de proponerle al monarca un esquema de Gobierno indirecto para los nuevos reinos incorporados a su imperio. En sus escrituras realiza varias observaciones sobre la realidad de los incas, dado que el cronista fue inca y luego de un proceso de secularización emigró a España donde escribió sus textos, y en relación con los niños establece la realidad de los mismos a través de la determinación

asumir y conciliar sus dos herencias culturales: indígena americana y europea.

¹⁸ Fue un cronista indígena de la época del Virreinato del Perú (1534-1615), que se mestizó, y escribió, tanto en español, latín quechua, aymara, combina las palabras con las imágenes. Sus crónicas están compuestas de 1189 pinas donde se incorporan 398 dibujos a tinta hechas por el propio autor.

¹⁹ Fue un misionero franciscano (1499-1590), autor de varias obras en náhuatl y en castellano, las cuales han sido consideradas en la actualidad como los documentos más trascendentales y valiosos en la reconstrucción de la historia del territorio mexicano antiguo antes de la llegada de los españoles.

²⁰ Los términos Tahuantinsuyu. Imperio de los Incas. Incario. Imperio de los hijos del sol y cultura de los quechuas hacen referencia a la misma realidad, esto es: la cultura de los Incas conocida también como el Imperio de las cuatro partes del mundo, debido a su división en cuatro grandes regiones - el Chinchasuyu, el Collasuyu, el Antisuyu y el Contisuyu- que en su conjunto formaban el Tahuantinsuyu. VARGAS CALLEJAS, G. (2001: 45 y 64) explica que el “imperio de los Incas se desarrolló entre los años 1100 y 1400 D.C. alcanzando su mayor esplendor antes de la llegada de los conquistadores españoles. Esta sociedad se extendió por el vasto territorio de los Andes, a decir de Hagen "su imperio se extendía desde la Argentina hasta Colombia, y desde la costa del Pacífico hasta el Alto Amazonas. Fue uno de los mayores imperios de todos los tiempos, con una superficie total de trescientas cincuenta mil millas cuadradas", Restrepo complementa esta idea cuando afirma que el Tahuantinsuyu fue el mayor Estado del mundo en el siglo XVI, con casi cuatro millones de kilómetros cuadrados y treinta millones de habitantes”.

²¹ LUMBRERAS, L. (1999: 35).

²² Constituye un embrión de Estado, o sea, es un Estado en formación. Este término fue creado por los prehistoriadores para designar un estado intermedio entre la sociedad de jefatura (clanes, tribus, cacicato) y una organización política estática. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.(2015).

²³ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, P. (2007:29).

de la edad²⁴, en niños y niñas y el resto de la sociedad, así como el sistema que imperó.

El cronista construye una representación de la niñez a través de la secuencia de las “calles²⁵”, es decir, de los grupos censales, según el autor se realizaba cada seis meses. Describe de una manera pormenorizada, los conjuntos de edad en los que estaba dividida la población inca y, a partir de ello, los diferentes deberes, ocupaciones y roles que tenían cada uno de ellos con relación a la colectividad y al buen gobierno. A continuación, se refleja en la tabla la división y calificación de estas agrupaciones de edad en la sociedad inca:

Tabla 1. Grupos de edad en la población Inca.

RANGO DE EDAD CALLES - GRUPOS	HOMBRES	MUJERES
Décimo/a Calle Niño de teta	<i>“Quiraopi de cuna”</i> Niños recién paridos que están en la cuna de un mes.	<i>“Quiraopi ca vava”</i> Niñas recién paridas que están en la cuna de un mes
Noveno/a Calle De 1 a 2 años, hasta 5 años de edad, año de edad, sin provecho.	<i>“Llullo llocac”</i> Niño de teta que comienza a gatear sin provecho	<i>“llullac vamra”</i> Niña que comienza a gatear sin provecho
Octavo/a Calle. Niños/a de 5 a 9 años de edad. pucllacoc vamra	<i>“Pucllacoc uanmracona”</i> Niños que juegan.	<i>“Pucllacoc vamra”</i> Niñas que juegan
Séptimo/a Calle De 9 a 12 años	<i>“Tocllacoc uamracuna”</i> Muchacho cazador	<i>“Pavac Pallac”</i> Mujer de nueve años, que recoge flores, verduras, hierbas.
Sexto/a Calle. De 12 a 18 años.	<i>“Macatacona”</i> Hombres jóvenes, indios de guarda	<i>“Coro tasque”</i> Mujeres de más de 12 años
Quinto/a Calle. De 18 y 20 años.	<i>“Sayapayac”</i> Hombres jóvenes, indios de guarda	<i>“Cipascona”</i> Mujeres, jóvenes, doncellas para casar

Fuente: Historia de la Infancia en América Latina. (2007). Elaboración del autor.

El escritor también señaló que desde los veinte años en adelante, era donde se priorizaba la preparación de los hombres para la guerra y el trabajo, específicamente de los 25 a los 50 años de edad, y posteriormente los hombres pasados de edad, entre 60 y 78 años, eran considerados ancianos con sus respectivos padecimientos, ello también incluía a las personas comprendidas entre los 80 y 100 años de edad o hasta 150 años. Considero que la clasificación realizada por el cronista, en el resto de calles, resulta ser inadecuada y exagerada, porque no se puede concebir que un individuo por más cuidados que tenga pueda vivir más de cien y llegar también a los ciento cincuenta años. En la literatura desarrollada en torno a la América precolombina no se aprecian referencias o reseñas expresas sobre los primeros años de vida de los infantes en el periodo incaico, sin embargo, por la catalogación que establece el cronista Guamán, se

²⁴ En las ideas sobre la edad queda evidenciado que Guamán no tenía una visión clara en relación al desarrollo medido en años. La gente en los Andes no sumaba los años, sino evaluaba a los individuos de acuerdo con su capacidad de trabajo y los clasifica según ella, criterio asumido por GOLT, J. (2007). Considero que esta aclaración es útil para poder crear o tener una idea aproximada de lo que fue la niñez en el periodo incaico.

²⁵ Término utilizado por el cronista para referirse a los niños, hombres y mujeres del periodo incaico, al clasificarlos por edades y atribuirle cualidades a cada uno de ellos. En su obra “Primer nueva crónica y buen gobierno”, compuesta de 1180 páginas y 397 dibujos, muestra la visión indígena del mundo andino y permite reconstruir con mucho detalle aspectos de la sociedad incaica después de la conquista.

debe asumir que sus primeros años pasaban junto a sus madres, incluso al terminar la etapa de amamantamiento, considerando que los niños y niñas de tierna edad son tomados en cuenta como parte integral de la sociedad²⁶.

Es significativo mencionar que cuando nacía un bebé la madre se dedicaba completamente a él, beneficiándose inclusive de la excepción de pagar tributos al Inca reinante. En el supuesto de que el nacimiento fuese de mellizos, se exceptuaba del pago de las obligaciones tributarias al padre; parecería entonces que la reproducción familiar es un servicio a la generación del universo según su visión y, por lo tanto, se dejaba de lado las prerrogativas del Estado²⁷. En relación con la Coya²⁸, que era la esposa principal del Inca gobernante, tuvo en el Tahuantinsuyo²⁹ determinadas funciones, al ser considerada una mujer de elite, al respecto es necesario señalar lo expresado por el historiador Francisco Hernández, el cual consideró lo siguiente:

“(…) en la sociedad incaica la mujer de la élite tuvo mayor vinculación con el poder que la planteada por las crónicas y los estudios al respecto. De cualquier manera, esta presencia femenina en el ejercicio del poder, estuvo siempre vinculada al elemento masculino pues ambos actuaban como elementos opuestos a la vez que complementarios entre sí³⁰”.

En el caso de los hijos que las mujeres tenían con el gobernante inca, estos fueron considerados con un linaje especial, es decir, constituían un tipo de realeza, por cuyo nivel de cuidado y tratamiento estaba garantizado. Lo anteriormente expresado fue ratificado por el cronista Guamán; pues, al respecto de las mujeres del incario, el autor no llega a referirse en su obra a las mujeres que pertenecían al pueblo, solamente describe a las mujeres de los Incas, en sí de los altos dirigentes. Así su relato es la sucesión de las Coyas, esposas principales de los gobernantes o reyes Incas, pero sin mencionar a las esposas secundarias, puesto que la clase dominante incaica practicó la poligamia. Los gobernantes Incas poseían una mujer principal, y una secundaria con la cual también tenían descendientes, pero éstos fueron considerados “bastardos³¹”. La crítica que se debe realizar a las crónicas, es el hecho de que se plasma la visión del escritor desde la óptica de las élites incaicas y no a partir del conjunto de la sociedad inca.

²⁶ GOLT, J. (2007: 61 y 64).

²⁷ En vía contraria el maltrato contra un niño era considerado como un atentado contra la comunidad toda, como lo explica la Corte Constitucional de Colombia cuando asiente que el “mandato de la comunidad se dirige a la identificación e interpretación de las fuentes propias de derecho (Ley de origen, Ley natural y Derecho mayor) recreadas en mitos y leyendas para identificar comportamientos que afecten el equilibrio natural, entre los que se encuentran los que atentan contra los guaguas (niños y niñas), el ayllu (la familia), y la integridad del indígena en general, así que la conducta de acto sexual con un menor, sin su consentimiento, afecta el equilibrio y la armonía del resguardo. Entre los desequilibrios contra el ayllu se encuentra el maltrato a menores como castigo permanente o exagerado “lo que se considera falta es el daño físico y moral que se ocasiona en el niño”, acto castigado severamente; la inasistencia alimentaria, el adulterio, el maltrato en el hogar, el abandono del hogar, entre otros... dentro de los desequilibrios contra la propia integridad se encuentran las lesiones personales, el aborto, el homicidio de un comunero o tercero dentro del territorio, la violación o intento de violación (“será considerado violación cuando se utiliza la fuerza para obligar a una relación sexual. Recibirá un castigo mayor cuando la violación sea a una menor de edad (sic). Y es considerado como un desequilibrio grave”), entre otros”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-617/10.

²⁸ Entendida como una reina, en el sentido e ideología de la cultura occidental o europea.

²⁹ Fue el más grande y antiguo imperio desarrollado en el continente americano. Tuvo como sede a la ciudad de Cusco y data del año 1200 D.C. La palabra proviene de un nombre compuesto por dos vocablos quechuas: Tawa, que significa “cuatro”, y Suyo, que quiere decir “Estado”.

³⁰ HERNÁNDEZ ASTETE, F. (2002:26).

³¹ GEBRAN, M. (2002: 64).

En las crónicas no se determina la existencia de reproducción irregular, porque trata de entender el mundo de la niñez como una parte ordenada, pero la propia historia en relación al manejo del Tahuantinsuyo, demostró la realidad de esta, que para efectos de la crónica de dicho reino generó conflictos sociales. Se puede deducir a todas luces, que la niñez sea cual fuere su origen regular o irregular, siempre estuvo bajo el amparo y cobijo de la madre y la familia. No se visibiliza que haya existido un sistema institucional propio de salvaguarda a los niños en el periodo incaico, por la fuerte protección y valorización a la niñez.

En este ámbito, tiene vital importancia el modelo de educación existente en la época, lo que nos permitirá clarificar el sistema de protección educacional que existía. Al respecto, Guamán Poma de Ayala y otros historiadores, indican la existencia de una específica formación e instrucción autóctona, al referirse a un orden en el que vivían hombres y mujeres según sus edades: el adiestramiento en técnica de trabajo, el ordenamiento de tareas, el uso de la estadística, de los kipus y las killkas, la enseñanza de sus leyes, la predominante moralidad pública y las sanciones inexorables en uso, el repudio por el ocio, la mentira, el robo o el homicidio fueron características de su adiestramiento moral, militar y familiar³².

Otro aspecto a señalar sobre la niñez en el periodo incaico, es que los padres parecerían educar con el ejemplo, así se puede constatar en una de las imágenes (figura 13) de los incas que muestra al Inca Rioca con su hijo, lo cual es un indicio que efectivamente la instrucción se realizaba al interior de linajes y que los padres servían de modelo para la enseñanza³³. Si se observa el sistema de la educación en la niñez por lo que relata el cronista, se refleja un proceso de construcción de utilidad caracterizado por diversas labores, que se aprenden ejerciéndolas en el contexto familiar. Parece ser que la jerarquización pronunciada de la sociedad es parte de una línea de obediencia que empieza en los incas dominantes, pero termina en una hilera de superiores, la cual incluye como punto final a los hermanos mayores de los individuos³⁴.

Lo expresado, se ratifica en el hecho de que fueron establecidos centros o casas del saber llamado Yachaywasi. En estas casas se enseñaban las ciencias, las letras y las artes a través de la práctica por uso cotidiano y la experiencia, para dominar los ritos, preceptos y ceremonias religiosas; y, para entender la razón y fundamento de las leyes, así como poder interpretarlos. El propósito de los mismos radicó en que “alcanzasen el don de saber gobernar sus casas; y, que sean de mayor industria para el arte militar; para conocer el tiempo y los años y saber por los kipus³⁵ las historias y dar cuenta de ellas, para saber hablar con ornamento y elegancia³⁶”

En relación con el cronista, Garcilaso de la Vega³⁷, y su percepción en materia de educación de la niñez expuso que esta se basó en el aprendizaje de los niños por medio del accionar de sus padres, ejemplo de ello es la narración de las gestas de sus antiguos

³² En línea: <http://kuri.muyu.blogspot.com>. Fecha de consulta: 10 de noviembre de 2016. Sistema Ancestral de Crianza, educación y formación de la niñez y la Adolescencia Indígena.

³³ En las Crónicas de Guamán Poma de Ayala se puede apreciar parte del proceso de aprendizaje de la cultura incaica, específicamente las enseñanzas transmitidas por el Rey Inca a su hijo. En esta figura se observa al Rey Inca con su hijo en el sistema de enseñanza propio de su saber.

³⁴ GOLT, J. (2007: 68).

³⁵ Kipus es el lugar en el cual los incas confesaban sus pecados.

³⁶ En línea: <http://kuri.muyu.blogspot.com>. Fecha de consulta: 10 de Noviembre de 2016. Sistema Ancestral de Crianza, educación y formación de la niñez y la Adolescencia Indígena.

³⁷ Miembro destacado de la primera generación de la élite de mestizos cusqueños, que abandona su tierra a los veinte años

reyes, de sus conquistas y logros, al extremo de contarse dichas historias como fábulas, lo cual ratifica en gran medida lo señalado por Guamán Poma en sus crónicas.

Realizado un análisis de lo que relatan los cronistas se puede concluir que en el periodo prehispánico había una verdadera protección a los niños, considerándolos como sujetos con derecho a resguardo dentro de su cultura y cosmovisión, pues reinaba un proceso de cobijo desde su concepción³⁸, alumbramiento y posterior crecimiento, bautizo, matrimonio infantil, ritos, entre otros aspectos. En ese sistema social, los niños no estaban abandonados debido a que crecían en un medio familiar incluyente, nunca se les aislaba de la sociedad, no eran estigmatizados, ni descartados, se afirma que no existía la condición de abandono de los niños, porque nadie crecía fuera del ayllu, ya que:

“(…) la infancia, la niñez, merecían toda la atención de la sociedad. Tanto la concepción, el embarazo, el parto, y la crianza de los niños estaban regidas por principios sociales y religiosos, había un demostrado afecto de los padres hacia sus hijos, como un interés de la comunidad hacia ellos (...). En ellas, el niño a más de considerársele un ser biológico era un ser cultural. Recibidos e introducidos en la sociedad a través de todo un conjunto de ritos y ceremonias, nombrados “piedras preciosas”, esos niños y niñas eran los que aseguraban la comunidad del grupo y sus tradiciones³⁹”.

1.2. EL MUNDO COLONIAL Y LA NIÑEZ

Luego del análisis de la situación de la niñez en la etapa prehispánica, que permitió conocer sobre la existencia de una verdadera protección al niño inca desde su concepción, nacimiento, y posterior desarrollo, considerándoles culturalmente como los llamados a sustentar que la población incaica continúe desarrollándose y el Estado no se pierda, sin que se haya observado desprotección por las élites indígenas; corresponde ahora indagar acerca de los primeros inicios del proceso de colonización tomando en cuenta que:

³⁸ Es necesario revelar las palabras de RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, P. (2007:22), el cual expresó que “Sorprende la manera minuciosa como los informantes de Fray Bernardino de Sahaguan recordaron el momento en que se anunciaba y celebraba el embarazo. Una vez la recién casada se sentía preñada informaba a sus padres. Luego reunían comida, bebida, flores olorosas y cañas de humo. Invitaban a los progenitores del casado y a los principales del pueblo a un festivo convite, en el que comían y bebían y al final un anciano en medio de toso y sentado en cuclillas dirigía palabras de agradecimiento a los dioses por la ventura de la criatura”.

³⁹ *Ibid.* p. 52. Esta cosmovisión del ayllu de no descartar a nadie está íntimamente relacionada con la visión que el indígena tenía de sí mismo, como individuo, frente a su colectividad. Como lo explica Pedro Alfonso Torres Montenegro, en el informe que realizó a pedido de la Corte Constitucional del Ecuador en el proceso constitucional de resolución del denominado caso “La Cocha”, en el que una comunidad indígena aplicó normas propias, ajenas al poder punitivo del Estado, para sancionar un delito de asesinato (en el centro urbano de la parroquia Zumbahua, de población indígena kichwa hablante, cantón Pujili, provincia de Cotopaxi, se produjo la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo. Las autoridades indígenas de las comunidades de La Cocha y Guantopolo conocieron el caso establecieron la culpabilidad de los cinco jóvenes indígenas de la comunidad de Guantopolo e impusieron las sanciones conforme a la justicia indígena). Para efectos de esta tesis es relevante que en ese informe Pedro Torres estableció que “el runa [hombre] no puede concebirse a sí mismo como un ente o persona sola, aislada sino como parte de e incluso, la familia puede ser entendida tanto en un sentido ‘estricto’ de familia (padre, madre, hijos), como de ‘familia extendida’ (padres, hermanos, abuelos, tíos, primos, padrinos, compadres, y familias) o como de ‘familia/comunidad’ (AYLLU LLAKTA o AYLLUKUNA), es por eso que antes que hablar del YO o del ser individual o PERSONA, los runas siempre se sienten parte de un ayllu o de una comunidad (AYLLU LLAKTA) más exactamente. Incluso entre ellos mismos hacen una clasificación y/o diferenciación de varios tipos de familias, caracterizándose o diferenciándola por algunos referentes no muy comunes entre la sociedad no indígena” (Informe de Pedro Alfonso Torres Montenegro para la Corte Constitucional del Ecuador. Caso “La Cocha”, causa N° 0731-10-EP.

“La conquista española dio lugar a la desestructuración de las comunidades indígenas existentes en el territorio de lo que actualmente es la República del Ecuador, obligándolas a un readecuamiento, en concordancia con los fines de la colonización europea. A su vez los españoles, en el transcurso del siglo XVI, procedieron a crear instituciones jurídico-administrativas, tomando en cuenta la estructuración indígena anterior, y en la interacción conquistador-conquistado, fueron configurando la modalidad de funcionamiento de la sociedad colonial⁴⁰”.

Por ende para la partida de esta nueva sociedad colonial, surge el Derecho Indiano que en el sentido estricto es definido como: “el conjunto de disposiciones legislativas (pragmáticas, ordenanzas, reales cédulas, provisiones, instrucciones, capítulos de carta, autos acordados, capitulaciones, decretos, reglamentos, y todo tipo de mandamientos de gobernación) que promulgaron los monarcas españoles o sus autoridades delegadas, tanto en España como en América, a ser aplicadas, con carácter general o particular, en todos los territorios de las Indias Occidentales⁴¹”.

El Derecho Indiano⁴² tuvo vigencia en lo que hoy es conocido como América, por los tres siglos que rigió el dominio español, existiendo por ende, etapas de permanencia jurídica que van: “1. De 1492 a 1499. En esta etapa el gobierno fue exclusivo de Cristóbal Colón, con base en lo dispuesto por las capitulaciones de Santa Fe y demás disposiciones administrativas y de gobierno posteriores. 2. De 1499 a 1511. En este período se produjo la reorganización jurisdiccional, económica y social de las Indias, cada vez con mayor intervención de los particulares en la conquista y población de los territorios, aunado a la creación de dispositivos de control indios y dependientes de la Corona. 3. De 1511 a 1568. Período en que surgieron las críticas contra el régimen de encomiendas, destacando a dos personajes, Fray Antón de Montesinos y Bartolomé de las Casas, la polémica de los títulos y las teorías sobre la guerra justa, se redactaron el *Requerimiento* y las *Leyes Nuevas*. 4. De 1568 a 1680. Se produjeron los principales intentos recopiladores del derecho indiano, que culminaron con la *Recopilación de las leyes de los reynos de las Indias*, en busca de una corrección del caos legislativo y la abundancia de normas, así como una reordenación en la elección de los funcionarios indios. 5. El siglo XVIII. Hubo una serie de reformas estructurales en los ámbitos político, económico, militar, hacendario y educativo, en pos del mayor rendimiento de los territorios americanos⁴³”.

De lo analizado concuerdo con Bernal, B. (2016) en el hecho de que resulta una tarea difícil periodificar el derecho Indiano, sin embargo se puede definir la existencia de tres grandes periodos: “A. una primera etapa de formación que abarca desde las Capitulaciones de Santa Fe hasta las reformas de Juan de Ovando (1492-1571); B. Una segunda etapa de consolidación que se extiende desde las reformas ovandinas hasta la promulgación de la Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias (1571-1680) y C. Una tercera etapa de reformismo borbónico que se produjo a todo lo largo del siglo XVIII y en los inicios del siglo XIX⁴⁴”.

⁴⁰ JÁCOME, N,(1990:129).

⁴¹ En línea: <http://www.posgrado.unam.mx/sites/default/files/>. Fecha de consulta: 12 de noviembre de 2016.

⁴² Para un mayor estudio e investigación sobre el Derecho Indiano sus elementos formativos, sus características, se sugiere revisar el libro Manual de Historia del Derecho Indiano de Antonio Dougnac Rodríguez. Universidad Autónoma de México: 1994.

⁴³ Etapa del Derecho Indiano. En línea: https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_indiano. Fecha de consulta: 13 de noviembre de 2016.

⁴⁴ En línea: <http://www.posgrado.unam.mx/sites/default/files/2016/04/0702.pdf>. Fecha de consulta: 12 de noviembre de 2016.

La aplicación de las diversas normas jurídicas que se manifiestan durante estos periodos, sin lugar a dudas generó inconvenientes, pues muchas surgen por la contribución que realizan los diferentes cronistas de la Colonia como, Gonzalo Fernández de Oviedo Valdés⁴⁵, quien con sus obras “Sumario de la Natural Historia de las Indias” y “la Historia general y natural de las Indias, islas y tierra firme del mar océano”, contribuyó que se conozca de primera fuente la sociedad recién conquistada y el surgimiento de la nueva corporación colonial, también el aporte de religiosos como Toribio de Benavente⁴⁶ con su texto “Historia de los Indios de Nueva España”, del franciscano Fray Bernardino de Sahagún⁴⁷, “La Historia de las cosas de la Nueva España”, del dominico Diego Durán⁴⁸ “La Historia de las Indias de la Nueva España”.

Además de lo anterior, existieron voces discordantes de cómo se aplicaban las normas y disposiciones en la Colonia y el trato a los indígenas conquistados que incluso llevó a que la Reina Isabel I de Castilla, el 12 de octubre de 1504 en su Testamento⁴⁹ ordene: “XI. También mando que en cuanto que el Papa nos concedió las Islas y Tierra Firme del Mar Océano descubiertas y por descubrir [América y las islas cercanas], y como fue mi intención procurar, inducir y atraer a los pueblos que las pueblan a la fe católica, y enviar a las Islas y Tierra Firme prelados y religiosos y clérigos y otras personas doctas ...para instruir a los moradores de aquellas tierras en la fe católica, y enseñarles buenas costumbres. A demás suplico al rey mi señor muy afectuosamente, y encargo y mando a la princesa, mi hija, y al príncipe, su marido, que así lo hagan y cumplan, y que esto sea su principal fin y en ello ponga mucha diligencia, y que no consientan ni den lugar a que los indios, vecinos y moradores de las Indias y Tierra Firme, ganadas y por ganar, reciban agravio alguno en sus personas ni bienes, antes al **contrario que sean bien y justamente tratados**⁵⁰, y si han recibido algún agravio que lo remedien y provean para que no se sobrepase en cosa alguna lo que en las cartas apostólicas de dicha concesión se mandaba y establecía”.

Sin embargo la realidad en el territorio conquistado era otra y continuaron surgiendo denuncias como la del sermón de Fray Antón de Montesinos, que en Santo Domingo (1511), por primera vez hizo conocer que en América, existía el maltrato que se les estaba dando a los indígenas. “Su discurso, extendiéndose mucho más allá de las pretensiones del propio predicador, fue el punto de partida hacia el cuestionamiento de la legitimidad del poder que tenía la Corona española sobre las tierras americanas y sobre sus habitantes⁵¹”.

También se suma el Fray Bartolomé de las Casas⁵², quien ante los abusos de los colonos españoles hacia los indígenas y por la gradual extinción de éstos, inició una

⁴⁵ Nace en Madrid, 1478 y fallece en Valladolid, 1557, fue un militar, escritor, botánico, etnógrafo y colonizador español nombrado por el emperador Carlos V primer cronista de las Indias recién descubiertas. Capitán en sus ejércitos, fue además gobernador general o alcalde de la Fortaleza de Santo Domingo y La Española. Con sus obras “Sumario de la Natural Historia de las Indias” y “la Historia general y natural de las Indias, islas y tierra firme del mar océano” contribuyó al conocimiento de la realidad de los territorios conquistados.

⁴⁶ Misionero franciscano con su tarea evangelizadora en México.

⁴⁷ Misionero franciscano, autor de varias obras en castellano y náhuatl, consideradas entre los textos más valiosos para la reconstrucción de la historia del México antiguo antes de la llegada de los españoles.

⁴⁸ Su obra se nutre del estudio de importantes testimonios originales, tanto orales como escritos, en lengua náhuatl (lengua antigua que se hablaba en lo que hoy es México).

⁴⁹ En línea: <http://www.ub.edu/duoda/diferencia/html/es/primario16.html>; Fecha de consulta: 13 de noviembre de 2016.

⁵⁰ El énfasis en negrillas no corresponden al texto original.

⁵¹ En línea: <http://www.posgrado.unam.mx/sites/default/files>; Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2016

⁵² Religioso español, defensor de los derechos de los indígenas en los inicios de la colonización de América.

campaña para defender los derechos humanos de los indios, renunciando en 1514 a la “*encomienda* que le había concedido el gobernador de Cuba, denunciando dicha institución castellana como una forma de esclavitud encubierta de los indios⁵³”.

En el tiempo diversas voces se fueron sumando en este propósito de proteger el derecho de los indios, como la del Dr. José Joaquín de Olmedo en su discurso en las Cortes de Cádiz el 12 de Octubre de 1812, a los 320 años después del descubrimiento de América, sobre la abolición de las mitas en el territorio conquistado, al referirse a las leyes de Indias, “...Pues a pesar de que todos los sabios llaman sabias a esas leyes, yo ignorante, yo tengo la audacia de no reconocer su sabiduría, por ventura esas leyes han llenado en tres siglos el benéfico fin que se propusieron de hacer industriosos, de civilizarlos, de hacerlos felices pues para mí no son sabias las leyes que se proponen el benéfico fin que se proponen, para mí no son sabias sino las leyes que hacen felices a los pueblos⁵⁴”.

Luego de este brevísimo análisis del surgimiento y desarrollo normativo en la época colonial en nuestro territorio, llegó a instaurarse el sistema administrativo, a través de tres instituciones claves: cabildo, obispado y audiencia. En el caso del Cabildo quiteño, este ostentaba un significativo papel en la colonización, en el reparto de tierras y en la protección de indios, además de que representa intereses particulares de una pequeña oligarquía urbana. Si se analiza el Obispado de Quito, por la estrecha relación existente entre la Iglesia y Estado, forma parte del sistema de gobierno. Por último, la Real Audiencia de Quito consolidó el reconocimiento de unidad particular que en los ámbitos geográfico e histórico formaban los territorios asignados a esta división administrativa, y cuyo papel principal era ser tribunal superior de justicia con funciones adicionales en lo legislativo, ejecutivo, hacendatario y militar, con enorme autonomía efectiva⁵⁵.

Por la naciente organización jurídica administrativa de nuestro país, los conquistadores dirigieron sus esfuerzos a instaurar lo que habían conquistado, y se estableció un sistema de gestión propia al inicio de la etapa de conquista y colonización en este territorio, aproximadamente entre los años 1534 a 1541, bajo el poderío administrativo del Gobernador General Francisco Pizarro. Sin embargo, esto no duró mucho tiempo, pues desde el periodo comprendido entre 1542 y 1717, la administración estuvo a cargo del Virreinato del Perú; posteriormente en los años de 1717 a 1722 la administración la realizó el Virreinato de Santa Fe; durante los años 1722 a 1739 el manejo de este territorio regresa al control del Virreinato del Perú; y nuevamente entre los años 1739 a 1819 la administración retorna al control del Virreinato de Santa Fe⁵⁶.

A partir de los años 1820 a 1822 surgen las primeras guerras independentistas dirigidas por oficiales neogranadinos y venezolanos. Los españoles sólo controlaban parte del territorio. En el periodo comprendido entre los años 1822-1830, los territorios del futuro Ecuador son anexados a la Gran Colombia y administrados por oficiales neogranadinos y venezolanos. Lo anterior revela que en la administración de la colonia, los gobernantes encaminaban sus decisiones al fortalecimiento y control de la Colonia.

⁵³ En línea: https://www.biografiasyvidas.com/biografia/l/las_casas.htm. Fecha de consulta: 15 noviembre 2016.

⁵⁴ En línea: http://www.efemerides.ec/1/marzo/1_3mita.htm. Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2016.

⁵⁵ LANDÁZURI CAMACHO, C. (1990:164).

⁵⁶ AYALA MORA, E. (2008:165).

El inicio de la conquista generó un giro, cuyas transformaciones verificadas en aquel tiempo, pueden ser observables en la actual época contemporánea, específicamente en la sociedad, lo cual estimula a indagar respecto a los procesos de cambio que se desarrollaron con relación a la niñez, considerando las palabras de la investigadora Ares, B. (2007) que enunció lo siguiente: “ al igual que en otras zonas del territorio americano la llegada de las huestes conquistadoras tuvo entre sus múltiples consecuencias la de un intenso mestizaje biológico, fruto de las relaciones entre los recién llegados y la población femenina autóctona⁵⁷”.

Como resultado de dichas relaciones momentáneas o permanentes, consentidas o por la fuerza, surgió la primera generación de los niños de la conquista, a los que se le denominó “mestizos”, los cuales tuvieron como antecedente primario la existencia del matrimonio morganático⁵⁸ y la familia patriarcal; que, entre la población nativa, fueron una base imprescindible para el afianzamiento de la sociedad colonial y las estructuras económicas y políticas, características de dicho régimen.

Este proceso fue gradual, a su llegada a América los españoles se enfrentaron con una variedad de normas sexuales que chocaban con su definición de sexualidad, la cual se estaba estructurando en Europa en aquella época. La poligamia era común entre los pueblos nativos y se hicieron muchos esfuerzos por parte de teólogos y canonistas para entender el valor del matrimonio en las diferentes comunidades amerindias. Al comienzo del siglo XVI, la unión consensual entre europeos, nativos y africanos fue lo dominante y la base de la población mestiza del siglo siguiente⁵⁹.

Conforme a ello, surgieron categorías de niños muy diferentes a los ya referidos por el cronista Guamán en su obra. Así se manifestó que continuaron conservando en el caso de los hijos de los colonizadores europeos y sus respectivas esposas también europeas: “(...) que la Corona, buscando el arraigo de los nuevos pobladores en aquellos territorios, presionó al grupo encomendero para que los solteros se casaran y los casados hicieren ir a sus mujeres desde España, so pena de perder sus encomiendas⁶⁰”. Las encomiendas en esa época tenían vital importancia en la medida que durante los siglos XVI y XVII, constituyeron el mecanismo que permitía recibir una renta y canalizar la obligación de cumplir con los tributos por parte de las comunidades indígenas.

Se debe considerar, con relación a los hijos, que en la Colonia se establecieron diferencias. Los hijos producto de la relación entre el español y mujeres de la nobleza local, fueron llamados “naturales”, mientras que en las Leyes de Toro de 1505⁶¹, se mencionan dos categorías de hijos ilegítimos: los naturales que eran aquellos cuyos padres, en el momento de ser engendrados o al de su nacimiento hubieran podido contraer matrimonio sin necesidad de dispensa, y los espurios, que eran todos lo demás ilegítimos, incestuosos, adulterinos, sacrílegos, entre otros.

⁵⁷ ARES QUEIJA, B.(2007:73).

⁵⁸ La unión realizada entre dos personas de rango social desigual.

⁵⁹ BIDEGAIN, A. (2005:40 y 62).

⁶⁰ ARES QUEIJA, B.(2007:74).

⁶¹ Las Leyes de Toro de 1505 fueron producidas en la reunión de las Cortes en la ciudad de Toro en 1505, producto de la actividad legislativa de los Reyes Católicos, y trata sobre cuestiones de derecho sucesorio y civil. La mayor trascendencia de las Leyes fue la regulación del mayorazgo cuyo significado social fue garantizar el predominio social de las familias de la alta nobleza vencedoras de las guerras civiles castellanas durante todo el antiguo régimen. También fueron la base de las siguientes recopilaciones legislativas, que estuvieron vigentes hasta la promulgación del Código Civil español en 1889.

Estas categorías permiten definir la capacidad de los hijos en la Colonia para poder heredar, tomando en cuenta que una institución importante en la colonia era el testamento así como la filiación de una persona, esto último dirigido a ocupar cargos y conseguir títulos profesionales o nobiliarios. Sobre el tratamiento dado a los niños que resultaban ser hijos mestizos, ilegítimos, espurios, e incluso los mismos niños indígenas, existentes en la Colonia, en caso de no encontrarse con su madre, padre o familiares, se procede a indagar, qué tipo de sistema de protección surgió en dicha etapa histórica, tomando en cuenta que antes de la conquista no existían estos sistemas, dado el cuidado de los niños por parte del Estado incaico.

Con el proceso de conquista, surgen diferentes tipos de tratamiento a los Indios y por ende sin lugar a dudas a los niños, y nace una de las primeras formas en que se organiza la sociedad colonial y es el sistema de las encomiendas, consistente en entregar al conquistador ingentes extensiones de tierra y también indígenas, y con ello beneficiarse de su fuerza laboral, manteniéndose los cacicazgos, en el cual los indígenas conservaban una parte de sus tierras para sus cultivos y cosechas, por el cual pagaban un tributo a su cacique, pero por la conquista además debía tributar al español.

Posteriormente se instituye la Mita, considerando que la obtención de la mano de obra se basó en una antigua forma de empleo, que tuvo su origen en tiempos prehispánicos. “La mita fue originalmente un turno de trabajo obligatorio, destinado a las grandes obras emprendidas por el Estado inca”, sin embargo, “La Mita fue usada por los españoles desde la temprana colonia solamente hacia las últimas décadas del siglo XVI, con la implementación real de un aparato estatal colonial, esta forma de trabajo adquirió importancia, convirtiéndose en la forma más cardinal de explotación a la masa indígena⁶²”.

Los españoles consideran a la Mita como la institución por la que se “sorteaba periódicamente el número de indios que se destinaban a diversos trabajos como el minero, agrícola, pastoril, servicio doméstico, entre otros. La duración de la mita para el servicio doméstico se fijó en quince días, la pastoril, en tres o cuatro meses; y la mita minera en diez, dentro de cada año⁶³”.

La Mita en la legislación de Indias se constituyó en la servidumbre más cruel que extinguió gran parte de la población indígena, especialmente la mita minera, dado el trato cicatero que recibieron durante su permanencia, “El indio que era sorteado para las minas se despedía como un condenado a muerte, pues éste era el resultado final”, lo respalda la siguiente afirmación realizada por José Joaquín de Olmedo en las Cortes de Cádiz⁶⁴ “Para este viaje los indios se ven precisados a vender vilmente sus tierras, sus ganados, sus sementeras, sus cosechas futuras, pues todo perecería sin su asistencia en el tiempo de destierro. También se ven obligados a llevar consigo toda su familia, que abandonada, moriría de hambre y de frío”, y lo ratifica PEREZ, A. (1947) “Entre otras causas, las mitas ocasionaron la despoblación de la Real Audiencia de Quito por la muerte de muchos mitayos en los campos de concentración en donde se encontraban destinados⁶⁵”.

⁶² MONTENEGRO, J.; GUDIÑO, P. (1985:11 y 13).

⁶³ Los autores Montenegro y Gudiño refieren al autor Jaramillo Alvarado P. (1947: 8) en su estudio realizado sobre las mitas.

⁶⁴ Político ecuatoriano notable en la era independentista en la integración gran colombiana y en los inicios de la República del Ecuador. Extracto de su discurso sobre la abolición las mitas en América. Londres (1812). En línea: http://www.efemerides.ec/1/marzo/1_3mita.htm. Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2017.

⁶⁵ PÉREZ, A. (1947:342).

Los indígenas que fallecieron en las mitas mineras, fueron “débiles víctimas de las epidemias extrañas, importadas por la población tan civilizada de Europa”. El autor ratifica que en 1533 en Quito estalla la primera epidemia de viruela y que en el año de 1587 duró cerca de tres meses “muriendo más de 4.000 personas, sin contar casi todos los niños”, es decir, se evidencia una vez más que los niños en dicha época, no eran visibilizados ni para ser contados por su fallecimiento, peor aún disponer de un sistema de protección.

En este estudio sobre las mitas en relación con la investigación de los NNA, se hace referencia en forma trágica pero real dada la cosmovisión del indígena vigente en la época incaica y en el proceso de conquista, a la muerte de los niños. “No trato de referirme a los infanticidios cometidos en los conventos de monjas, en donde las religiosas se acostumbraron al aborto y al desembrazo; después de las cuales funciones remataban con la vida de los recién nacidos, fruto de los excesos carnales a que se entregaron los religiosos de ambos sexos”, conforme ya lo denunció el historiador González Suarez⁶⁶, en el tomo IV de su obra Historia General del Ecuador. Los infanticidios fueron medidas morales según el entendimiento natural de los indígenas para salvar a sus hijos de la esclavitud, las madres se rebelan contra su más sublime y supremo instinto, el de la maternidad, para sacrificar a sus recién nacidos antes de verlos, más tarde, humillados, victimados por los conquistadores⁶⁷”.

Tal era el exterminio de vidas que también los mitayos ante la opresión del conquistador acuden al suicidio dejándose morir del hambre, engullendo bebidas arregladas con hierbas letales o ahorcándose, además de que en la mitas era evidente la mortandad de la población india, así se “calcula que en las minas de Zamora⁶⁸, en la región oriental, cuya producción era aurífera, durante cincuenta años trabajaron alrededor de veinte mil mitayos de diversos sectores, llevados hasta esas minas, y de aquello tan sólo quinientos pudieron regresar con vida⁶⁹”.

Con el trascurso del tiempo y la inminente desaparición de las mitas, surge el Concertaje en la Real Audiencia de Quito, en mérito de la situación de un jornalero indígena que se hubiera endeudado con el patrón y viviese en un huasipungo a él asignado, dentro de los terrenos de la hacienda. “Esta forma de someter al indígena fue corrientes no solamente a lo largo del periodo colonial y la independencia, sino incluso hasta este siglo. Recién en 1918 una ley promulgaba, al menos legalmente tal tipo de obtención de mano de obra”; sin embargo la venta de las haciendas con los indios incluidos fue común incluso hace poco. En el siglo XVIII el Concertaje había absorbido la mayor parte de la fuerza laboral en el agro, y para entonces la Mita estaba sufriendo un ocaso por no decir una extinción total⁷⁰.

Es explícito que se dio la extinción de las Mitas puesto que estas ocasionaron fallecimientos de manera exorbitante diezmando la población preferentemente indígena, dadas las condiciones en las que se desenvolvían los indígenas conquistados y los nuevos ciudadanos que surgieron producto del mestizaje, es quimérico determinar que

⁶⁶ GONZÁLEZ SUAREZ, es un historiador Ecuatoriano en su principal obra de siete tomos “La Historia General de la República del Ecuador”, expone el desarrollo histórico del ser humano en territorio ecuatoriano desde la era precolombina hasta la independencia.

⁶⁷ PÉREZ, A. (1974:347).

⁶⁸ Zamora Chinchipe, es una de las veinte y cuatro provincias de la República del Ecuador situada en la zona geográfica conocida como región amazónica al sur del país.

⁶⁹ MONTENEGRO, J.; GUDIÑO, P. (1985:37).

⁷⁰ *Ibid.* p. 35.

haya existido un sistema de protección a los NNA en esas épocas.

Posteriormente, una consideración fundamental, que va activar las acciones de cuidado y protección a la niñez en la Colonia fue el abandono de infantes en los pórticos de casas, y en los conventos. Que resultó ser en la época una práctica preponderante, con características propias según los periodos históricos y las regiones donde se produjeron.

Dejar abandonados a los niños fue una costumbre importada de Europa que era desconocida por nuestros aborígenes ya que en “Europa el abandono infantil era algo común y las razones por las cuales se ejercía esta práctica iban desde la pobreza o los defectos físicos hasta el asegurar una herencia⁷¹”. En América la incuria está asociada con la ilegitimidad y la indigencia. Sin embargo, no se pueden descartar estas prácticas entre los hijos de la población blanca y noble⁷².

Los establecimientos de exclusión como las casas de expósitos, casas de acogida, orfanatos, cárceles, hospicios, conventos, etc.; correspondieron a una lógica ajena al pensamiento prehispánico, en el que asumió una fuerte influencia la Iglesia Católica, quien bosquejó las normas de conducta de la sociedad después de la conquista española. Los hospicios “estaban al cuidado de una dama de cría cuya función principal tenía que ver con la alimentación y donde se carecía de todo lo demás”. Es así que surgen las siguientes instituciones de protección a la niñez en América, y antes de entrar a considerarlas en el territorio de la Real Audiencia de Quito, es necesario referirse brevemente sobre qué sucedía en el resto de países de la región, como por ejemplo Perú.

En el año 1551 se ordenó al virrey proveer la renta necesaria para fundar en Lima, la primera casa de acogida con el propósito de dar cobijo a huérfanas, mestizas, en respuesta a algunos informes recibidos en la Corte, en los que se denunciaba que “andaban pérdidas entre los indios, por no tener quien las protegiera⁷³”. Estas circunstancias ocasionaron que el grupo comendadero del Cuzco⁷⁴ en el mismo año, fundara el convento de Santa Clara, destinado a niñas y jóvenes mestizas fueran o no huérfanas. Sin embargo, antes de que se concediera autorización con el fin de fundar conventos en Hispanoamérica, se establecieron los llamados “beaterios”, que eran

⁷¹ El abandono de niños en la Europa medieval y del renacimiento era tan natural y común que hoy en día podemos ver en la cultura popular rezagos de ello. Por ejemplo, en el cuento de Hansel y Gretel de Jacob y Wilhelm Grimm el relato comienza señalando que “En el límite de un gran bosque vivía un pobre leñador con su mujer y sus dos hijos: el pequeño se llamaba Hansel y la pequeña Gretel. Tenía muy poco para comer y una vez que el país fue azotado por una gran hambruna no le fue posible procurarse ni el pan cotidiano. Una noche, mientras se atormentaba y se revolvía de inquietud en el lecho, suspiró y dijo a su mujer: -¿Qué va a ser de nosotros? ¿Cómo podremos alimentar a nuestros pobres hijos si ni siquiera tenemos nada para nosotros? -Tengo una idea -respondió la mujer-; mañana, bien temprano, llevaremos los niños a la parte más espesa del bosque. Prenderemos una hoguera para ellos, les daremos un trocito de pan a cada uno, luego nos iremos al trabajo y los dejaremos solos. No encontrarán el camino de regreso y así nos libraremos de ellos”. Charles Perrault en su cuento Pulgarcito nos da otro ejemplo: “Érase una vez un leñador y una leñadora que tenían siete hijos, todos ellos varones. [...] Sobrevino un año muy difícil, y fue tanta la hambruna, que esta pobre pareja resolvió deshacerse de sus hijos. Una noche, estando los niños acostados, el leñador, sentado con su mujer junto al fuego le dijo: “Tú ves que ya no podemos alimentar a nuestros hijos; ya no me resigno a verlos morir de hambre ante mis ojos, y estoy resuelto a dejarlos perderse mañana en el bosque, lo que será bastante fácil pues mientras estén entretenidos haciendo atados de astillas, sólo tendremos que huir sin que nos vean”.

⁷² En línea: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77350107>. Fecha de consulta: 3 de diciembre de 2016 BOCANEGRA ACOSTA, E. Las prácticas de crianza entre la Colonia y la Independencia de Colombia: los discursos que las enuncian y las hacen visibles. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud.

⁷³ ARES QUEIJA, B. (2007:85).

⁷⁴ En varias obras también se escribe Cusco con “s”, sin embargo, las dos formas son igualmente válidas, aunque ha de tenerse en cuenta que Cuzco es la más extendida en el conjunto de los países hispánicos. También son correctos los gentilicios cuzqueños y cusqueño.

agrupaciones de mujeres de vocación piadosa que decidían emprender vida en común y perfeccionar su fe y servir al prójimo, dando albergue y educación a niñas huérfanas ya fueran mestizas o españolas⁷⁵.

En Lima, la primera casa de recogimiento fue la de San Juan de la Penitencia, que se creó, con el propósito de albergar mestizas huérfanas e hijas de hombres pobres⁷⁶. También a lo instaurado por la Corona existieron iniciativas privadas, como la fundación de “casas de acogida para doncellas mestizas”, establecimientos que gradualmente fueron surgiendo y también decayendo en los principales centros urbanos, y que pusieron en manifiesto un particular afán de protección a la mujer; por ejemplo, el primer recogimiento de Lima fundado en 1553 por Antonio Ramos y su esposa Catalina de Castañeda y Sebastián Bernal⁷⁷. Posteriormente, en el año 1603 fue creada la Real Casa Hospital de Niños Expósitos de Nuestra Señora de Atocha, para socorrer a los huérfanos. Estos niños eran puestos en el torno giratorio que daba en dirección a la calle para ser recogidos en el interior cuidando el anonimato del individuo que los dejaba allí⁷⁸.

En Chile colonial, los poderosos tenían el deber de proteger a los desvalidos. Se debía devolver esa protección con servicios de todo tipo, pero también con símbolos que hacían concreto el poder, ejemplo de ello: respeto, fidelidad, obediencia, sumisión y agradecimiento⁷⁹, por ello surge la creación de la Casa de Expósitos de Santiago, entre los años de 1770 y 1930. En México, se instituye la Casa de Niños Expósitos en la ciudad de México cuando la Alta California era todavía territorio mexicano y se hallaba sujeto al dominio español. En Colombia se fundó la Casa de los Niños Expósitos y Mujeres Recogidas de la ciudad de Santa Fe de Bogotá, que abrió sus puertas el 11 de diciembre de 1642. Además, en la Colonia, numerosos españoles criaron en sus hogares a uno o más huérfanos, los motivos son múltiples; unas veces porque eran parientes, padrinos o compañeros de armas de sus padres; debido a que fueron designados albaceas o tutores y, otras aparentemente movidos por principios cristianos o filantrópicos⁸⁰, en la medida que, a la familia en el periodo colonial al igual que en España se fue considerando como pilar de la sociedad, razón por la cual era objeto de interés por parte de la Iglesia y del Estado.

Las primeras mujeres que llegaron a América hicieron un traslado de los valores religiosos y sociales, así como de costumbres, iniciando de esta forma un proceso de aculturación a partir de un modelo que fue su propio hogar⁸¹. Para esto se consideró necesario por parte de las élites gobernantes y de la propia Iglesia, la instalación de instituciones religiosas que buscaran proteger a los niños y en especial a las niñas de la Colonia.

⁷⁵ ARES QUEIJA, B. (2007: 87).

⁷⁶ HAMPE MARTÍNEZ, T. (2002: 109 y 124).

⁷⁷ ARES QUEIJA, B. (2007: 86).

⁷⁸ ROSAS LAURO, C. (2007: 210). Este torno era un “cilindro que gira sobre su eje y en el que un lado de la superficie lateral está abierto; el lado cerrado da a la calle y en sus proximidades hay un timbre. Si una mujer quiere abandonar un recién nacido avisa a la persona de guardia tocando el timbre. Inmediatamente el cilindro, girando sobre sí mismo, presenta al exterior su lado abierto, recoge al recién nacido y, prosiguiendo su movimiento, lo introduce en el interior del hospicio. De esta forma el donante no ha sido visto por ninguno de los sirvientes de la casa. El objetivo: romper, sin huellas y sin escándalo, el lazo de origen de estos productos de alianzas no deseables, depurar las relaciones sociales de los progenitores, que no se ajustan a la ley familiar, a sus ambiciones, a su reputación”.

⁷⁹ GUERRA ARAYA, N. (2012:74).

⁸⁰ ALCUBIERRE MOYA, B.(2012: 86-90).

⁸¹ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, P. (1996: 103).

Las religiosas llegaron a América en los primeros decenios de la Conquista y se propagaron rápidamente por casi todas las regiones que actualmente constituyen Iberoamérica. Durante los siglos XVI y XVII todos los monasterios estaban caracterizados por poseer un estilo de vida contemplativo, pero no por eso dejaron de representar un rol decisivo en el afianzamiento y desarrollo del cristianismo. Dejando a un lado, el alto valor testimonial e impetratorio de su existencia, las abadías contribuyeron eficazmente a la protección de esposas y viudas desamparadas, a la recuperación de jóvenes descarriadas y a la educación de la juventud femenina, con su incalculable repercusión en la religiosidad de la familia y en la moralización de la sociedad⁸².

El primer intento de establecer una casa de estudios en el actual territorio de Ecuador se dio en Quito, cuando hacia 1553 los frailes franciscanos, dentro de las inmediaciones de su convento, ensayaron un artesanal colegio, de lo que nos da reseña el Arzobispo Federico González Suárez⁸³, y luego vinieron las aperturas de otros centros educativos, siempre religiosos, regentados ya por dominicos y jesuitas. González Suárez se lamenta que “aunque hacia como cuarenta años a que había sido erigido el obispado de Quito y sesenta a que se había fundado la ciudad, con todo el extenso territorio que abarcaba la presidencia no había todavía ningún establecimiento de instrucción pública. El primero, digno de ese nombre, formal y bien organizado, fue el colegio Seminario de San Luis, fundado por el ilustrísimo señor Solís, cuarto obispo de Quito, en el año de 1592⁸⁴”.

No es de extrañar por tanto que el analfabetismo fuera un factor común en la etapa colonial, particularmente más inclinado hacia la mujer; la excepción la constituyó una minoría que bajo la tutela materna por intermedio de mujeres piadosas o beatas recibió la enseñanza de la doctrina cristiana, las labores manuales, la lectura y la escritura. En algunos conventos a pesar de las prohibiciones, recibieron niñas para darles instrucción, muchas de ellas siguieron luego la vida religiosa⁸⁵.

En las actas del Cabildo de Quito encontramos que el 26 de junio de 1694, en la que los oidores resolvieron designar diputados, delegados con el fin de que “pidan licencia al señor Presidente para poder acudir con alguna ayuda de coste para la obra de

⁸² MARTÍNEZ CUESTA, Á. (1995: 572 y 626).

⁸³ GONZÁLEZ SUÁREZ, F. (2004: 113-114). Fue un eclesiástico, historiador y arqueólogo ecuatoriano. Dice el Arzobispo: “Los franciscanos fundaron en su mismo convento colegio de San Andrés, especialmente destinado a la instrucción de los indios; en ese colegio se les enseñaba a leer, a escribir, y algunas artes y oficios mecánicos: la música, sobre todo, fue enseñada por los frailes, para hacer con pompa y solemnidad las funciones del culto divino. En el año de 1558 estaba ya fundado este colegio de San Andrés, pues, el 8 de septiembre de aquel año, se celebró en Quito con fiestas y regocijos públicos el advenimiento de Felipe Segundo al trono de España, y, aprovechándose de esa ocasión Fr. Francisco de Morales, Guardián del convento de franciscanos, pidió a Gil Ramírez Dávalos, Gobernador de Quito, que perdonase la vida a un pobre negro esclavo, llamado Francisco, el cual había acompañado a Hernández Girón durante toda la guerra que sostuvo en el Perú contra el gobierno del Rey, por cuya causa había sido condenado a muerte, y fugitivo se había venido a Quito, y permanecía oculto en el convento de San Francisco. El Gobernador perdonó al negro, conmutando de la pena de muerte en esclavitud perpetua; y dispuso que en la plaza pública fuese vendido en moneda al mejor postor, y que el precio se entregase al guardián de San Francisco, para el sostenimiento del colegio de San Andrés”.

⁸⁴ GONZÁLEZ SUÁREZ, F. (2004: 5).

⁸⁵ *Ibíd.* p. 33. Si la educación que se daba a los niños varones en la capital de la Colonia era tan escasa y tan defectuosa, nadie se maravillará de que la de las niñas estuviese del todo olvidada; durante largo tiempo existió en la colonia una preocupación, hondamente arraigada, de que a las mujeres les era nocivo y aun peligroso el saber escribir, y así se les enseñaba únicamente a leer en libros impresos. Las primeras escuelas de niñas se abrieron en Quito en los monasterios de monjas, mediante un privilegio pontificio, que para toda la América española obtuvo de Pío Sexto el Rey Don Carlos IV. Colegios fundados y organizados para la educación de las niñas no los hubo en Quito durante la época colonial.

las dos casas que se pretende fabricar donde se críen niños expósitos, huérfanos y recoger mujeres públicas y acordaron se ofrezcan 4000 pesos y que el procurador general pida la licencia⁸⁶”. Lo que demuestra la existencia de cierto grado de preocupación ya en esos días, por la suerte de los niños abandonados.

Un siglo más tarde a favor de los expósitos se expidió la Cédula Real del 19 de febrero de 1794, que establece “que todos los expósitos de ambos sexos, existentes y futuros, así los que hayan sido expuestos en las inclusas o casas de caridad, como los que hayan sido o fueren en cualquier otro paraje, y no tengan padres conocidos, sean tenidos por legitimados por mi real autoridad, y por legítimos para todos los efectos civiles generalmente, y sin excepción”.

Surgen los Conventos como una institución bajo regulación de la Iglesia, que brindó protección a las niñas expósitos y también a las niñas que se inclinaban al ámbito religioso, niñas de familias que observaron a través de esta corporación, la posibilidad de poder ingresar o escalar en la esfera de las élites dominantes de la Colonia, y que en nuestro territorio se empezaron a establecer a partir de 1577 con el primer Convento de la Orden Religiosa de las Concepcionistas⁸⁷ en la ciudad de Quito. Posteriormente se fundan varios conventos de órdenes religiosas diferentes, en otras ciudades como Loja, Cuenca, Riobamba y Latacunga.

En la siguiente tabla se observa con más detalle los conventos fundados en territorio ecuatoriano, en la etapa colonial:

Tabla 2. Monasterios de monjas en la época colonial Quito.

CIUDAD	TÍTULO DE CONVENTO	ORDEN RELIGIOSA	AÑO DE FUNDACIÓN
Quito	La Concepción	Concepcionistas	1577
Quito	Santa Catalina	Dominicas	1592
Quito	Santa Clara	Clarisas	1596
Loja	Nuestra Señora de Las Nieves	Concepcionistas	1597
Cuenca	Santa Ana	Concepcionistas	1599
Riobamba	La Concepción	Concepcionistas	1605
Quito	San José	Carmelitas Descalzas	1652 ⁸⁸

Fuente: Las monjas en la América colonial 1530-1824. Boletín del Instituto Caro y Cuervo. 1995. Elaboración del autor.

En la época colonial la filiación de un individuo era muy importante, de ello no sólo dependía el estatus del individuo sino también la posibilidad de ocupar ciertos cargos y desempeñar tal o cual oficio. Antes de 1794, únicamente los vástagos legítimos con una ascendencia católica, podían optar por títulos profesionales o nobiliarios. Posteriormente se hicieron ciertas concesiones con los hijos expósitos y a su favor se expidió la Cédula Real del 19 de febrero de 1794, indicando que:

⁸⁶ Actas del Cabildo Colonial de San Francisco de Quito 1688-1696. Archivo Metropolitano de Historia. Cronista de la Ciudad. Volumen XLV. Acta 127. Quito. (2012:283-284).

⁸⁷ La Orden de la Inmaculada Concepción, fue una orden religiosa de clausura monástica, dedicada a la oración contemplativa, fundada por Santa Beatriz de Silva (nació en Portugal 1424). El papa Inocencio VIII, aprobó su fundación en 1489 con la Bula Inter Universal.

⁸⁸ MARTÍNEZ CUESTA, A. (1995: 621).

“...En consecuencia de todo, ordeno y mando, por el presente mi Real Decreto (el qual se ha de incertar en los cuerpos de las leyes, de España e Indias) que todos los expocitos de ambos sexos existentes, y futuros assi los que hayan sido expuesto en la Inclusas, o cassas de caridad, como las que lo hayan sido, o fueren en qualquier otro paraje, y no tengan padres conocidos, sean tenidos por lexitimados, por mi Real autoridad, y por lexitimos para todos los efectos civiles generalmente y sin excepcion, no obstante que en alguna o algunas Reales dispociones se hallan exceptuado algunos casos, ó excluido de la lexitimacion civil para algunos efectos... Todos los expocitos actuales y futuros, quedan y han de quedar mientras no consten sus verdaderos padres en la clase de hombres buenos del estado llano general, gosando los propios honores y llevando las cargas sin diferencia de los demás vasayos honrrados de la misma clase...⁸⁹” (La redacción es la original del texto).

De acuerdo con esta Real Cédula de 1794, los expósitos también tenían derecho a dotes matrimoniales y a ingresar a ciertas instituciones como colegios, siempre y cuando no establezcan lo contrario. En este sentido se instauraba que cumplida:

“la edad en que otros niños son admitidos en los colegios de pobres, convictorios, casas de huérfanos, y demás de micericordia, también han de ser recibidos los expocitos sin diferencia alguna, y han de entrar á óptar en las dotes, y consignaciones dejadas, y que se dejaren para cassar juvenes de uno, y otro sexo, o para otros destinos fundados en favor de los pobres huerfanos, siempre que las constituciones de los tales colegios, ó fundaciones piadosas, no pidan literalmente que sus individuos sean hijos lexitimos havidos, y procreados, en lexitimo, y verdadero matrimonio...” (La transcripción es original).

Además, la Real Cédula estipulaba que los niños expósitos no deben ser calumniados ni ser castigados con penas que sean de vergüenza pública y que por tanto se:

“...castiguen como injuria y ofensa a qualquiera persona que intitulare y llamare á expocito alguno con los nombres de borde, ilegítimo, bastardo, expureo incestuoso, y adulterino, y que ademas de hacerle retractarle judicialmente de esta injuria, le impongan la multa pecuniaria que fuere proporcionada a las circunstancias dandole la ordinaria aplicacion⁹⁰. Finalmente mando que en lo succesivo no se impongan a los expocitos las penas de berguensa publica, ni la de asotes, ni la horca (solo) aquellas que en iguales delitos se impondrian, á personas privilegiadas, incluyendo el ultimo suplicio (como se ha practicado con los expocitos de la Inclusa de Madrid) pues pudiendo suceder que el expocito castigado sea de familia ilustre...” (El texto es original).

Por último esta Cédula Real propiciaba un beneficio a la persona apadrinada que permitía acceder a cargos públicos; pero sin embargo como consecuencia de esto, muchos niños indígenas fueron abandonados en pórticos de casas de blancos, situación que en su momento debió ser controlada.

⁸⁹ La Cédula Real de 1794, fue emitida por el Rey de España, para que tenga vigencia y cumplimiento en sus dominios de las Indias e Islas Filipinas, encargando a los reverendos arzobispos y reverendos obispos su ejecución.

⁹⁰ Hoy en día es posible identificar a los descendientes de niños expósitos, en Italia se implementó una costumbre, que luego se irradió a otras zonas, como España, de apellidar como “Expósito” a todos los niños abandonados en los hospicios. Existen variantes de ese apellido como Esposito o Sposito, otros apellidos que denotaban el origen desconocido de un niño eran Iglesias-cuando el abandono se producía en un templo-, Ventura, De Dios, y otros más.

Tres años más tarde, se promulgó la Real Cédula del 03 de mayo de 1797, que disponía el establecimiento en todos los territorios del dominio español de casas de expósitos, y las normas que debían observarse dentro de ellas⁹¹. Sin embargo, es preciso matizar que el racismo se involucró en la cuestión del tratamiento de los expósitos durante la Colonia. Las Reales Cédulas indicadas eran plenamente aplicables en España, no así en América donde su observación en buena medida dependía del origen étnico del expósito. La razón de ello radica en que en España los expósitos gozaban de cierto beneficio de la duda con respecto a su probable honorable procedencia y parentela, por lo que el Rey emitió el documento que he referido mediante el que les dio el estatus de hijos legítimos.

Sin embargo, en las Américas, el tratamiento a partir de 1772 fue diferenciado, un miembro del Consejo de Indias ese año argumentaba que este privilegio no debía hacerse extensivo a todos los expósitos de América por la enorme variedad de mezclas raciales causadas por el arribo a estas tierras de africanos esclavos. En razón que buena parte de los expósitos americanos provenía de las clases y castas de más baja condición, el Consejo de Indias pidió al Rey que ordenase a los párrocos locales que no ordenen sacerdotes que por sus características físicas denoten ser mulatos "u otras castas igualmente indecorosas para la jerarquía eclesiástica...". El Rey aceptó tal requerimiento y emitió una orden prohibiendo que los expósitos fueran ordenados clérigos en las Indias excepto en circunstancias muy especiales⁹².

A la par de los conventos, también se establecieron los asilos y hospicios, con el propósito de cuidado y protección de niños y niñas en donde fueron: "una fuente permanente de mano de obra, tanto para las labores productivas como domésticas". Los huérfanos y niños abandonados que llegaban a los establecimientos de acogida, al cumplir los tres o cuatro años eran entregados a personas, que los solicitaban para su servicio. De tal forma que durante el siglo XIX esta práctica se fue modificando y los niños comenzaron a ser retenidos hasta los 10 años, en ese lapso las hermanas de la congregación, les enseñaban a las niñas labores propias del servicio doméstico. La entrega de niños a nivel institucional o privado, se constituyó en un patrón habitual de conducta⁹³.

Se advierte que los niños y niñas que ingresaban a los establecimientos religiosos antes mencionados, constituían la fuente de atención a la cual la sociedad colonial se

⁹¹ Entre las principales disposiciones de la Real Cédula de 1797 estaban las siguientes: "a. Que cada diócesis, una vez demarcada, con respecto a su extensión y multitud, tenga una o más casas generales de expósitos, todas dependientes del prelado de la diócesis, a quien remitirán dentro de los primeros cuatro meses de cada año, copia de las cuentas. b. Que en las Casas no se exceda ni el número de niños, ni el número de amas. Además, cada casa extenderá su constitución o reglamento. c. Sobre la exposición, establece que el párroco encargado deberá señalar el paraje o lugar donde fue expuesto el infante y su nombre, así como el nombre de la mujer que le da a lactar. El ecónomo llevará un libro donde se registren los expósitos. d. La persona que encuentre un expósito, deberá comunicarlo de inmediato y no se le examinará ni preguntará alguna cosa judicial y podrá retirarse libremente, esto para evitar infanticidios por temor a ser descubiertos. e. Los padres pierden la patria potestad, y todos los derechos que tenían sobre los hijos por el hecho de exponerlos, y no podrán reclamarlos aunque ofrezcan pagar los gastos. Se exceptúa el caso de haber expuesto al hijo por extrema necesidad, la cual debe verificarse. f. Que se tengan las amas para que los lacten y críen en la localidad donde fueron abandonados. Las amas que lacten y críen a los expósitos deben gozar de buena salud y honestas costumbres, además que se debe cuidar que no sean sus propias madres. g. Para cobrar el estipendio, las amas deben presentar certificación dada por el párroco y algún alcalde donde conste que crían y lactan al menor, el nombre del niño y del ama, indicando que el expósito no ha muerto para evitar confusiones y que se suplante con otra criatura. h. Se dispone que las amas mantengan a los expósitos hasta la edad de seis años, si no se ha encontrado buenas personas que los adopte, o si muere el ama o quien los tenga, deberán ser llevados al hospicio o casa de misericordia, o de huérfanos y niños desamparados, si hubiere, o a la Casa General de Expósitos...".

⁹² STOLCKE, V. (2009: 14).

⁹³ MARTÍNEZ CUESTA, A. (1995: 621 y 623).

nutría en cuanto a fuerza de trabajo, con el fin de emplear a los menores de edad en actividades de servicio doméstico. Se puede considerar además que para el funcionamiento de estas entidades, se beneficiaban de los diezmos, donaciones y partidas otorgadas por el gobierno. La caridad no sólo permitió al clero actuar como depositario de recursos públicos y privados destinados a la protección de los pobres, y acumular nuevas riquezas, sino que también les daba la posibilidad de mantener una influencia permanente sobre la vida de la sociedad. En este marco, es necesario entender la caridad como segmento del orden patriarcal y jerárquico del cual formaba parte, el mismo que por un lado, generaba un conjunto de obligaciones con respecto al otro, lo que conducía a su naturalización⁹⁴.

En suma, en la Colonia la situación de los niños, estaba ligada a la protección de la Iglesia, en el caso de niños y niñas expósitos a través de los conventos, asilos y hospicios, que es una costumbre arraigada en Europa desde tiempos medievales, pues en “el concilio de Vaison, en el año 442, se promovió que el hallazgo de niños abandonados debería ser anunciado en las iglesias, para así evitar que los comiesen las fieras. Además, se trató de legalizar la situación de los expósitos que fuesen acogidos por personas caritativas, y a partir de ahí pasarían a ser reconocidos como hijos legítimos, castigando aquellos que interviniesen en su contra durante su acogimiento con la censura eclesiástica⁹⁵”, de modo que no debe ser sorprendente que con el caminar de los siglos el sistema eclesial de cuidado a los expósitos se haya arraigado en el inconsciente colectivo europeo, que luego lo trajo a América.

En el tiempo colonial respecto a la educación, se destacó que el conquistador español instituyó una panorámica educativa compuesta por dos direcciones: una elitista, predestinada a preparar a los regentes de las posesiones de la colonia; y, otra, orientada a la cristianización de los indios. Los programas de enseñanza para esa época eran una copia de los esquemas europeos de carácter enciclopedista bajo el signo de la religión cristiana. Esto era aplicado en los hogares de clase alta de españoles, criollos y mestizos, en las universidades, escuelas catequistas y de artes y oficio.

El proceso enseñanza-aprendizaje convenía ser el instrumento adecuado, con el propósito de sostener a la Corona y el medio que la Iglesia debía emplear según su ideología “para servirle mejor a Dios”. Órdenes como la de los franciscanos, jesuitas y la de los dominicos, asumieron distintas formas de relación con el pueblo; organizaron internados por los huérfanos y desvalidos, escuelas de oficios, hospitales y hospicios; se preocuparon por su bienestar y por su adiestramiento, por la conservación de su alma y el alivio de su cuerpo, por su amonestación, castigo y encierro⁹⁶. Los padres franciscanos durante este periodo aportaron a la educación, ya que fueron los creadores de la naciente escuela en Quito en 1553, llamada San Andrés, fomentando la educación superior, fundando en esta ciudad la primera Universidad denominada San Fulgencio en 1596⁹⁷.

⁹⁴ KINGMAN GARCÉS, E. (2002: 1 y 9).

⁹⁵ SÁNCHEZ MARÍN, J. (1989: 14).

⁹⁶ KINGMAN GARCÉS, E. (1996: 99 y 117).

⁹⁷ Sobre la Universidad San Fulgencio, el Arzobispo GONZÁLEZ SUÁREZ, F. (2004: 26). Nos relata que “había también en Quito otra Facultad de conferir grados en Teología, la cual se honraba a sí misma con el ostentoso nombre de Universidad de San Fulgencio y pertenecía a los Padres Agustinos; el fundamento de ella sostenían que era una Bula de Sixto Quinto, cuyo original no se presentó nunca en el Consejo de Indias, y por eso, carecía del pase regio. En el archivo del convento de San Agustín de Quito no poseían tampoco el original, y lo único que presentaban era un trasunto, sin los requisitos formales de autenticidad; no obstante, durante dos siglos los agustinos conferían grados de doctor en Teología a los que los solicitaban, que no eran muchos, pues ese doctorado de la Universidad de San

En 1568 la presencia de los jesuitas en la Audiencia de Quito, fue muy apreciada, sobresalieron indudablemente en el campo educativo, para este tiempo la educación era tarea exclusiva de la Iglesia, y los jesuitas supieron ganarse un lugar de privilegio y consideración. Lograron fundar en Quito el Colegio de San Luis en el año 1568, que constituyó la primera institución de esta rama creada en la ciudad, y también la Universidad de San Gregorio Magno en el año 1622, destinados ambos a la formación académica de los criollos, sin embargo, la expulsión de estos padres en 1767 provocó, en nuestro territorio, un desajuste en la educación de los criollos. Es necesario resaltar que estas instituciones llegaron a América en el siglo XVIII, y antes de dicha época no existía la idea de la beneficencia pública, así como instituciones, que la llevaran a cabo de manera organizada y sistemática⁹⁸.

En 1812 se promulgó la primer Constitución Política de la Monarquía Española o Constitución de Cádiz, aprobada el 19 de marzo de ese año, día de la festividad de San José, por lo que fue conocida como la Pepa. Fue concebida como el marco legal que delimitaría las relaciones de la Corona con sus reinos, tanto en la Península y en ultramar, incluyendo las colonias americanas⁹⁹. No preciso aquí ahondar sobre la naturaleza de este instrumento jurídico, pero es relevante señalar que en él se hizo un primer tímido intento de separar las facultades de la Iglesia de las del Estado, siguiendo el modelo de la Constitución Francesa de 1791 y la de los Estados Unidos. En ese espíritu separatista de poderes, la Pepa procuró restar influencia a la Iglesia, siendo evidencia de ello, entre otras cosas, que en el párrafo sexto del artículo 321 se delegaba a los ayuntamientos—ya no a las entidades religiosas—el “Cuidar de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia, bajo las reglas que se prescriban”. La Constitución de 1812 tuvo una vigencia efímera. Fernando VII la derogó a su vuelta a España en 1814, implementando el más férreo absolutismo durante seis años. Tras el pronunciamiento de Riego en 1820, precisamente con las tropas que debían viajar a América para detener la emancipación, el Rey se vio obligado a jurar la Constitución de 1812, iniciándose así el Trienio liberal. El artículo 366 de esta Constitución se ocupaba de la educación de los niños y prescribía que “En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar, y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles”.

En Quito se fundó el Hospicio de Jesús, José y María, más tarde conocido como Hospicio de San Lázaro, en enero de 1786¹⁰⁰. El entonces presidente de la Real

Fulgencio no gozaba de prestigio en la colonia, y, al fin, llegó a ser hasta vergonzoso el recibirlo, por la facilidad con que los frailes lo concedían a todo el que lo solicitaba, llegando a conferirlo a un zapatero de Popayán, que ignoraba por completo la lengua latina. Denunciado este escándalo al Rey, mandó el Consejo de Indias recoger el trasunto de la bula pontificia y prohibió a los agustinos investir con el grado de Doctor a ninguno de cuantos lo solicitarán en adelante; y, establecida definitivamente la Universidad secular de Santo Tomás, se puso un dique a la venal prostitución de los grados académicos o profesionales”.

⁹⁸ AYALA MORA, E. (2008: 85 y 91).

⁹⁹ Al respecto el artículo 1 establecía que “La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios”, y el artículo 10 determinaba que el “territorio español comprende en la Península con sus posesiones e islas adyacentes, Aragón, Asturias, Castilla la Vieja, Castilla la Nueva, Cataluña, Córdoba, Extremadura, Galicia, Granada, Jaén, León, Molina, Murcia, Navarra, provincias Vascongadas, Sevilla y Valencia, las islas Baleares, y las Canarias con las demás posesiones de África. En la América septentrional, Nueva-España con la Nueva-Galicia y península de Yucatán. Guatemala, provincias internas de Oriente, provincias internas de Occidente, isla de Cuba con las dos Floridas, la parte española de la isla de Santo Domingo, y la isla de Puerto Rico, con las demás adyacentes a estas y al Continente, en uno y otro mar. En la América meridional, la Nueva Granada, Venezuela, el Perú, Chile, provincias del Río de la Plata, y toda las islas adyacentes en el mar Pacífico y en el Atlántico. En el Asia, las islas Filipinas y las que dependen de su gobierno”.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ SUÁREZ, F. (2004: 6).

Audiencia de Quito, Juan José Villalengua¹⁰¹, ordenó se recojan a los “mendigos y holgazanes el 7 de enero de 1786. Al efecto, se dispuso que alcaldes ordinarios, alcaldes de barrio, jueces municipales y cabos militares se apostaran en las salidas de la ciudad para recoger a todos los pobres que se les encontrare mendigando, sean de cualquier traje, condición, sexo, edad, patria y naturaleza que fueren, sin distinción alguna¹⁰²”.

En esta época la fundación de casas de expósitos y hospicios fue forma común de combatir la improductividad. Era un intento, no muy efectivo por cierto, de evitar que los niños abandonados se convirtieran en su edad en mendigos y vagos¹⁰³. En Quito se levantó una, junto al orfanato pero, dentro de él, se individualiza en las cuentas al sector de huérfanos, separadamente del de los pobres, lazarinos y presidiarios. Entre 1816 y 1817 se solicitó la colocación de un torno en el hospicio con el fin de recoger a las criaturas expósitas para que después «se críen aunque sea por mujeres de la calle a quienes se pague puntualmente lo que se acostumbra¹⁰⁴».

Además de lo indicado el mismo Villalengua, al mes de la apertura del hospicio, demostrando tener un marcado interés en lo que hoy llamamos “políticas sociales de control poblacional” ordenó se registre y envíe a Quito a todos los muchachos comprendidos entre los doce y dieciséis años, generalmente huérfanos, a los que se tenga por ociosos, díscolos, abandonados o sin oficio, que sean oriundos de las poblaciones cercanas de Latacunga, Ambato, Guaranda, Riobamba, Ibarra y Otavalo. Villalengua quería eludir que el crecido número de jóvenes que vivían en el abandono, los condujera a su ruina por efecto del ocio; evadir el riesgo que esos jóvenes cayesen en vicios, que en buena medida eran imputados como propios de los “naturales, esto es, de los indígenas; deseaba además, volverlos útiles; y, contener los desórdenes, y excesos que eventualmente esta población podría provocar.

En los inicios de la época Republicana en el Ecuador¹⁰⁵, se fundaron diversas instituciones de caridad y protección, así el “Hogar del Niño San Vicente de Paúl”, situado en el barrio de la Recoleta, inaugurado en febrero de 1870 y que a la fecha continúa activo¹⁰⁶. Conviene recalcar que el entonces presidente Gabriel García Moreno, trajo varias integrantes de la orden religiosa, las “Hijas de la Caridad” desde Francia para encargarles la educación y el cuidado de niños y jóvenes, a partir de ahí y hasta hoy, el Estado y la Iglesia sostienen a esta institución, denominada “Casa de San Carlos”. Otra institución a mencionar es la Casa de Huérfanos regentados por las

¹⁰¹ Juan José Villalengua y Marfil, nacido en la ciudad de Vélez, en la provincia de Málaga, por el año 1748, ejerció el cargo de vigésimo sexto Presidente de la Real Audiencia de Quito entre mayo de 1784 hasta el año 1790. Tras cesar en su cargo fue trasladado a Guatemala. Su recuerdo más notorio en la ciudad se liga a que fue él quien ordenó el encarcelamiento de Eugenio de Santacruz y Espejo en 1787.

¹⁰² BENÍTEZ ARREGUI, S. (2015: 41).

¹⁰³ LÓPEZ CASTELLANO, F. (2004: 35).

¹⁰⁴ BENÍTEZ ARREGUI, S. (2015: 44).

¹⁰⁵ El 14 de agosto de 1830 se convoca una Asamblea Constituyente en Riobamba y se nombra a Juan José Flores como Presidente Provisional y el 23 de septiembre del referido año, se expide la primera Constitución del Ecuador.

¹⁰⁶ El Código Penal de la República del Ecuador de 1837 penalizaba el abandono de los niños, pero no en la forma que hoy se concibe tal abandono: el dejar a un niño no era delito si su exposición se ejecutaba en una casa de beneficencia. Al respecto, el artículo. 458 decía “Cualquiera persona que expusiere o abandonare o mandare exponer o abandonar, un niño recién nacido, hijo suyo, como no sea en casa expósitos, hospicio u otro establecimiento autorizado por el Gobierno, para el efecto, o por su falta en casa particular, será castigada con la pena de prisión por uno a tres años [...]”. El Código Penal de 1871 repetía esta prescripción en el artículo 377, con un añadir que figuraba en el artículo 388: “Los que hubieren llevado o hecho llevar a una casa de expósitos u otro establecimiento destinado al efecto, un niño menor de siete años que les estaba confiado, serán castigados con una prisión de uno a tres meses, y con una multa de diez a cincuenta pesos”. Estas últimas dos reglas estarían vigentes por los siguientes ciento cincuenta años, en los sucesivos Códigos Penales de 1889, 1906 y 1938.

madres del Colegio la Providencia, en el año 1866, que en su estatuto tenía como objetivo poner en seguridad a las jóvenes que por su edad, inexperiencia, aislamiento, indigencia y otras circunstancias, corrían el peligro de perderse. El Hospicio¹⁰⁷ y Casa de Pobres Desvalidos fueron fundados por el Obispo Blas Sobrino Moyano en 1787, con el fin de recluir a los menesterosos mendigos, en documentos históricos se evidenció lo siguiente: “(...) que hacia 1900, en dicha casa se aislaban 107 niños y 123 niñas¹⁰⁸”.

En otro ámbito, no existió hasta el proceso liberal de 1895, una separación clara entre el manejo estatal y eclesiástico de estos asuntos. Conforme a ello en nuestro país se promulgó la Ley de Manos Muertas de 1908, la cual se caracterizó por:

“(...) en virtud de la cual se arrebatava los bienes inmuebles a las comunidades religiosas para adscribírselo a lo que se llamó la asistencia pública, no sólo buscó desamortizar una parte de los bienes de la Iglesia y transferirlos a manos estatales y privadas, también respondía a la voluntad de debilitar el poder material y espiritual del clero, en particular su influencia sobre el pueblo¹⁰⁹”.

En el siglo XX varias de estas instituciones fueron arrebatadas por el Estado, como los leprocomios o los llamados manicomios que pasaron a ser administrados por el Ministerio de Salud. Pero en el caso de los huérfanos, los orfanatos quedaron en manos de la Iglesia y el Estado también fundó sus propios orfanatos. En la actualidad existen diferentes centros asociados al Ministerio de Inclusión Económica y Social, entre los principales tenemos en Quito: San Vicente de Paúl; Madre Flora Pallota; Hogar Santa Lucía; Hogar San Carlos; Hogar Milagritos Preciosos. En Riobamba; Fundación Casa Hogar El Arca; Hogar Santa Marianita. En Ambato; Misión Carmelita. En Lago Agrio; Hogar María Bordoní. En Loja; Acción Social Caritas. En Santo Domingo; Hogar de Protección Casa Hogar, en Guayaquil; Fundación para la Adopción de Nuestros Niños (FANN). En Cuenca, Hogar Tadeo Torres; Simultáneamente la Iglesia Católica, administró la mayoría de orfanatos no estatales en Ecuador, solamente en el área metropolitana de Quito, existen varios así como Hogar María Bordoní; Mini Aldea Hogar Suizo; Casa Laura Vicuña; Hogar Infantil San Francisco de Asís.

Sobre estos establecimientos públicos y privados, y otros que los Códigos de Menores y las Constituciones venideras, fomentarán su creación, será profundizado en el capítulo quinto de esta investigación, con el objetivo de conocer aquellas relaciones sociales y de poder que llevaron a su establecimiento, en armonía con las disposiciones internacionales de resguardo del niño a la luz de las doctrinas de la situación irregular reinante en su momento, y protección integral vigente actualmente.

1.3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA-CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DESDE 1830 A 1998

En las primeras décadas de la etapa republicana en el Ecuador, no se ha logrado documentar, de manera visible, qué lugar ocuparon los niños. De lo investigado, se puede afirmar que existió un sistema no organizado de protección, en especial a los

¹⁰⁷ El Hospicio de la capital fue un establecimiento destinado al asilo de las dementes y de los niños que por carecer de padres necesitan de la protección del Estado. Así se le define en las Comunicaciones de la Presidencia de la Junta de Beneficencia de Quito, de 1912. p. 56.

¹⁰⁸ Comunicaciones de la Presidencia de la Junta de Beneficencia de Quito. 1912. p. 4.

¹⁰⁹ KINGMAN GARCÉS, E, (1996: 105).

NNA abandonados, a través de la presencia de orfanatos, hospicios, conventos, regentados mayoritariamente por la Iglesia y el Estado, y que se carece de una salvaguarda constitucional, conforme se va a demostrar a continuación.

A partir de 1830, cuando el Ecuador se organizó como República soberana e independiente germina la primera Constitución, por lo que procede indagar la existencia de prescripciones constitucionales sobre la protección de la niñez conforme al brío de la sociedad en las distintas etapas de la historia republicana, desde la óptica de la educación, que al principio era el medio para el cultivo del espíritu, de las buenas costumbres y la búsqueda de la "verdad". Con el transcurso del tiempo las tradiciones religiosas fueron la base de la enseñanza en la etapa de consolidación del estado ecuatoriano.

Acerca de los gobernantes que ha tenido la nación ecuatoriana cabe señalar que en el gobierno del primer presidente, Juan José Flores, surgió la primigenia Constitución¹¹⁰ y en relación con el tratamiento de la niñez, en sus setenta y cinco artículos, no se infiere evocación alguna de los derechos de los niños. En el naciente periodo existe un fuerte vínculo entre la Iglesia y el incipiente Estado, por ello en el artículo 8, se priorizó que: “La Religión Católica Apostólica, Romana es la Religión del Estado. Es un deber del Gobierno en ejercicio del patronato protegerla con exclusión de cualquiera otra”. Dicha disposición constitucional tiene su continuidad en el artículo 68 donde se estipula: “Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable”.

Si se analiza esta disposición constitucional se puede distinguir que en el proceso de consideración y tratamiento de la niñez en la época de la Colonia y los inicios de la República, existió una fuerte presencia de la Iglesia en el cuidado y protección de los niños, especialmente los indígenas, los cuales fueron puestos bajo la tutela de los curas y párrocos, en contraposición del marcado desinterés del Estado.

Al General Flores le sucedió en el cargo de Jefe de Estado. Don Vicente Rocafuerte, éste fue el primer dignatario ecuatoriano que tuvo un concepto cabal de la necesidad de la ilustración para la implementación de un régimen democrático. En su mensaje a la Constituyente de 1835 reveló el menoscabo del saber educativo en la masa del pueblo y le atribuyó este factor negativo a la existencia de elementos como la ignorancia, la falta de moral cívica y la tendencia a las revoluciones; razón por lo cual trató de enfatizar que la instrucción pública entra en los deberes esenciales del gobierno; al respecto expresó lo siguiente:

“(…) porque en el momento que el pueblo conoce sus derechos, no hay otro modo de gobernarlo, sino el de cultivar su inteligencia y de instruirlo en el cumplimiento de sus deberes. Además que la instrucción de las masas afianza la libertad y destruye la esclavitud¹¹¹”.

Este planteamiento, reflejo del evidente problema educacional que flagelaba al país, mereció la confianza de la Asamblea, la cual mediante Decreto sancionado el 25 de agosto de 1835, autorizó al Gobierno la organización total de los saberes. Rocafuerte, dictó el 20 de febrero de 1836, el Decreto Orgánico de Enseñanza Pública, que

¹¹⁰ Constitución del Ecuador de 1830 aprobada en el Congreso Constituyente de Riobamba.

¹¹¹ AYALA MORA, E. (1990: 101).

establecía la Dirección General de Estudios y las Subdirecciones e Inspectorías de Instrucción; el primero como organismo regulador y los segundos en instancias encargadas de cumplir y urdir las regulaciones. Es necesario señalar que empezó a surgir el derecho a la formación de los ecuatorianos, y por ende nace el compromiso estatal del manejo de la educación pública, conjuntamente con la Iglesia. En el vasto plan de la ilustración, Rocafuerte visibilizó a la mujer y su papel dentro del sistema educativo; por lo que creó en coordinación con la autoridad eclesiástica, un Instituto de educación femenina, donde se proporcionó enseñanza a las señoritas de sociedad, y a las pocas huérfanas, e hijas de los mártires de la independencia¹¹².

A la par de la educación, otra institución jurídica que permitió visualizar el tratamiento de los NNA, fue el mayorazgo, la misma que se desarrolló en el antiguo derecho castellano hereditario, mediante la cual se permitía mantener un conjunto de bienes vinculados entre sí, de manera que no pudiera nunca romperse este vínculo. Los bienes vinculados pasaban al heredero, normalmente el mayor de los hijos, de forma que el grueso del patrimonio de una familia no se dispersara, sino que sólo podía acrecentar, en esta Constitución se prohíbe expresamente la “fundación de mayorazgos¹¹³”.

¹¹² SOASTI TOSCANO, G. (2003: 1 y 24).

¹¹³ Así se estipula expresamente en el artículo 100 de la Constitución de la República del Ecuador de 1835. En el ámbito de las garantías la protección a nivel constitucional y administrativo no fue evidente, pero en el campo penal se dieron los primeros pasos con el surgimiento del Código Penal de 1837, vigente hasta 1871, que fue el primer cuerpo normativo criminal ecuatoriano, pues hasta ese entonces continuaba la aplicación de las leyes indianas en este campo. El artículo 296 de este cuerpo legal establecía que “Toda persona que prostituyere o corrompiere jóvenes de uno y otro sexo, menores de diez y ocho años cumplidos, ya por medio de dadas, ofrecimientos, consejos, engaños o seducción; ya proporcionándoles a sabiendas, casa u otro auxilio para ello, incurrirá respectivamente en las penas expresada en el artículo anterior”. El artículo 297 añadía que “Los padres, madres, abuelos o abuelas, que prostituyeren o corrompieren, o contribuyeren a la prostitución o corrupción de sus hijos o nietos de uno y otro sexo, menores de diez y ocho años, perderán toda la autoridad que las leyes les conceden sobre las personas y bienes de dichos jóvenes, serán declarados infames, y reducidos a reclusión de cuatro a ocho años”. La concepción de la época imponía no sólo reglas de conducta rígidas a los adultos. Los mismos menores podían ser objeto de decisiones punitivas. El Código Penal de 1837 tipificaba los “atentados contra la autoridad doméstica” e iniciaba con aquellos cometidos por “los hijos y menores contra sus padres y curadores”, dentro de ese parágrafo el artículo 309 ordenaba que “Los hijos que hallándose bajo la patria potestad, se ausentaren de la casa y sin licencia de sus padres, o cometieren excesos graves o notables desacatos contra sus padres, o fueren de tanta mala inclinación que no basten a corregirlos las amonestaciones y los moderados castigos domésticos, podrán ser presentados por sus padres a la justicia, para que les reprenda y haga conocer sus deberes; y los jueces, si los hijos no se enmendaren, podrán según la calidad de las faltas y a solicitud de los padres, ponerlos en alguna casa de corrección por espacio de un mes a un año. En defecto de padres, tendrán los abuelos la misma autoridad”. Posiblemente el legislador ecuatoriano de la época trataba de frenar los que en aquellos días se consideraban “excesos” de los hijos; sin embargo, en un intento de matizar la severa disposición del artículo 309 en la disposición 312 se estableció que “Cuando las quejas fueren infundadas y por el contrario resulte que los hijos, nietos, pupilos o menores que hayan sido maltratados indebidamente, o inducidos a excesos o caprichos irregulares, el Juez reprenderá por la primera vez al culpable, y procurará con prudencia restablecer el orden y la buena armonía en la familia; que según los casos y circunstancias, hubiere lugar con arreglo a las leyes”. Con base en las regulaciones del Código Penal de 1871 la Corte Suprema de Justicia, el 23 de julio de 1885 dictó una sentencia por causa de abandono de un niño por parte de un matrimonio, que dice: “No es necesaria la partida de matrimonio de Antonio Bedón y Virginia Pisis, ni la partida de bautismo del niño expósito para que en el presente juicio criminal, se tenga a aquel por hijo legítimo de los acusados, ya que éstos confiesan por una parte el hecho de ser casados, lo cual equivale para sólo el efecto de establecer su responsabilidad, a confesar simplemente un hecho que les perjudica y que debe entrar en cuenta en la sentencia; y ya que, por otra parte, de esas mismas confesiones aparece que el expresado expósito fue concebido durante el matrimonio de sus padres, pues resulta que han tenido otros hijos legítimos mayores que aquel, y en tal caso no constando que haya sido legalmente impugnada la legitimidad del expósito no pueden los jueces desconocerla en el actual juicio; sin que esto, aunque fuesen falsos los hechos confesados por él, perjudique al derecho que se pueda tener para reclamar contra la legitimidad del niño. Fijados tales antecedentes, se observa que se halla plenamente probado; 1o. Que ambos acusados fueron con dicho niño al pueblo de San Antonio donde está situada la casa de Miceno Rivera y Pastora Negrete. 2o. Que ambos acusados volvieron sin el niño; y 3o. Que éste fue expuesto en el corredor de dicha casa, entonces, en un lugar no solitario. No consta, es verdad, si Bedón o su mujer, o los dos juntos expusieron a su hijo, pues no hay al respecto prueba plena; pero si la hay de que ambos le abandonaron como queda expresado; caso

Nuevamente alcanza la presidencia de la República. Juan José Flores al ser elegido por ocho años en la Asamblea Constituyente de 1843, se formuló una nueva norma constitucional, en la cual primigeniamente se instituye un capítulo específico “De los derechos y garantías de los ecuatorianos¹¹⁴”. Si bien no existe una disposición constitucional referente a los niños, se estipula el principio de que “Todos los ecuatorianos son iguales ante la ley (...)”, en el artículo 88 del texto constitucional. Dada la inestabilidad política y la permanente lucha por el ejercicio y toma del poder entre liberales y conservadores, nació a los dos años siguientes, la Constitución de 1845, en la cual se estableció lo siguiente: “En el nombre de Dios, autor y supremo legislador del Universo¹¹⁵”, siendo designado Presidente Vicente Ramón Roca, del contenido en el ámbito de nuestra investigación, vale resaltar que por vez primera se establece un mandato constitucional que “Garantiza asimismo los establecimientos de piedad y beneficencia¹¹⁶”, como salvaguardia elementales del ser humano.

Estas garantías se mantienen en el artículo 118 del quinto texto constitucional ecuatoriano, aprobado en el año 1852, bajo la presidencia de José María Urbina y Viteri; época en la cual algunas órdenes religiosas como los Agustinos¹¹⁷, proceden a vender haciendas y propiedades, por temor al Jefe de Estado. Durante su ejercicio presidencial en octubre de 1857, derogó la Ley de Contribución Personal de los Indígenas¹¹⁸, que beneficiaba a los grandes terratenientes de la sierra ecuatoriana¹¹⁹.

Posteriormente, en el primer periodo del régimen de Gabriel García Moreno, en el año 1861, se destacó la consideración de este gobernante por la instrucción pública, lo cual constituiría uno de los deberes esenciales de su mandato. En esta etapa se asumió como meta particular el transformar y mejorar el sistema educativo ecuatoriano, por ello se preocupó de importar al Ecuador modelos pedagógicos desarrollados en Europa, por algunas órdenes religiosas como, los Padres Jesuitas para la segunda educación, los Hermanos Cristianos hacia la instrucción de los niños, las religiosas de los Sagrados Corazones con respecto de los colegios de niñas y a las Hermanas de la Caridad en dirección a los hospitales. Su visión alcanzaba todos los sectores de la cultura, por ello se establecieron instituciones técnicas y de enseñanza alternativa conforme la Escuela de Artes y Oficios, el Conservatorio de Música y la Escuela de Bellas Artes¹²⁰.

Los resultados que se obtuvieron de la enseñanza impartida por las congregaciones religiosas fueron muy beneficiosos para el Ecuador, por lo que el

comprendido en la primera parte del Inciso 1o. del Art. 377 del Código Penal. Por tanto, con arreglo al Art. 378 del mismo Código, y oído el parecer del Sr. Ministro Fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, se reforma la sentencia consultada, condenándose a los referidos Bedón y su mujer Pisis a tres meses de prisión y al pago de diez pesos de multa y de las costas. Devuélvase”. Gaceta Judicial. Año III. Serie II. No. 117. p. 932.

¹¹⁴ Que se encuentran previstas desde los artículos 87 a 104 en el Título XVII de la Constitución de 1843.

¹¹⁵ Disposición prevista en el Preámbulo de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1845.

¹¹⁶ Artículo 119. Constitución Política de la República del Ecuador de 1845.

¹¹⁷ Orden religiosa perteneciente a la Iglesia católica, que surgió en el Siglo XVI.

¹¹⁸ Esta decisión fue tomada en un ámbito donde imperó el debate abolicionista respecto al tributo, con el propósito de mejorar el nivel de vida de los indígenas.

¹¹⁹ Al Presidente Urbina la población afrodescendiente de Ecuador debe su manumisión. Para ello firmó un Decreto, el 25 de Julio de 1851, en el que declaró que “los pocos hombres esclavos que todavía existen en esta tierra de libres son un contrasentido a las instituciones republicanas que hemos conquistado y adoptado desde 1820: un ataque a la religión, a la moral y a la civilización, un oprobio para la República y un reproche severo a los legisladores y gobernantes”, por lo que ordenó al Estado comprar la libertad de todos los esclavos que haya en territorio nacional, para lo que estableció un impuesto a la pólvora cuya recaudación se acumularía y “Cada vez que se hallen reunidos doscientos pesos de este fondo se procederá a dar libertad al hombre esclavo de mayor edad, por avalúo”.

¹²⁰ AYALA MORA, E. (1990: 112 y 116).

ministro Francisco León en su informe de 1871, sugirió la necesidad de crear Escuelas de Pedagogía bajo la dirección de los Hermanos Cristianos y de las religiosas de los Sagrados Corazones, con el objetivo de formar maestros y maestras que pudieran ser distribuidas por los cantones y parroquias. Tan fuerte era la relación con la Iglesia que hasta en las normas constitucionales de 1861 y 1869, con las que gobierna, se prescribe que “La Religión de la República del Ecuador es la Católica, Apostólica y Romana, con exclusión de cualquier otra¹²¹”, e incluso se dispuso la obligación por parte de los poderes políticos de hacerla respetar y protegerla: “En el nombre de Dios, Uno y Trino, autor, legislador y conservador del Universo¹²²”, en mérito al “ser ciudadano se requiere: 1. Ser católico”. Sin embargo, en el ámbito de las garantías, no existe referencia constitucional sobre el establecimiento de instituciones de piedad y beneficencia¹²³, ni de los niños de manera específica.

Se alcanza a fortalecer fuertemente la relación Estado-Iglesia, ya que, el 26 de septiembre de 1862, en mérito de la firma en Roma de un Concordato¹²⁴ entre Ecuador y el Vaticano, por medio del cual se otorga a los obispos el derecho de censurar libros y compromete al Estado que la educación es únicamente católica, Pacto que es declarado Ley en abril de 1866.

El artículo 1º del Concordato decía que la: “religión Católica, Apostólica, Romana continuará siendo la única religión de la República del Ecuador, y se conservará siempre con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar según la ley de Dios y las disposiciones canónicas. En consecuencia, jamás podrá ser permitido en el Ecuador ningún otro culto disidente, ni sociedad alguna condenada por la Iglesia”.

El artículo 3º ordenaba que la “construcción de la juventud en las universidades, colegios, facultades, escuelas públicas y privadas, será en todo conforme a la doctrina de la religión católica. Los Obispos tendrán para ello el exclusivo derecho de designar los textos para la enseñanza, tanto de las ciencias eclesiásticas, como de la instrucción moral y religiosa. Además, los Obispos y los Prelados Ordinarios ejercerán con toda libertad el derecho que les compete de prohibir los libros contrarios a la religión y a las buenas costumbres; debiendo también vigilar el Gobierno y adoptar las medidas oportunas para que dichos libros no se importen ni se propaguen en la República”.

Por el Concordato el examen final de un estudiante universitario debía ser aprobado por un diocesano, a quien incumbía reconocer la formación y conducta moral y religiosa del examinado el cual no podía “entrar al desempeño de su oficio sin el asentimiento del mismo Diocesano”, según establecía el artículo 4º. Estas medidas y otras propias del carácter autoritario de García Moreno condujeron a su asesinato por un grupo de jóvenes liberales, inspirados en las ideas, revolucionarias para su tiempo, de Juan Montalvo, el 6 de Agosto de 1875, en la Plaza Grande, al pie del Palacio de

¹²¹ Artículo 12 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1861.

¹²² Preámbulo y artículo 10 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1869.

¹²³ El Concordato de 1862 fue suspendido y denunciado por el Gobierno de Ignacio de Veintimilla en 1877. Se firmó un nuevo Concordato en 1882

¹²⁴ Tratado firmado en Roma, específicamente el 1 de mayo del año 1862, entre el Plenipotenciario del Papa Pío IX, cardenal Jacobo Antonelli, y el Plenipotenciario del gobierno de Ecuador, Arcediano de la Catedral de Cuenca, D. Ignacio Ordóñez. Según Efrén Reyes, E.(2005:145).Este Convenio fue la culminación de las afecciones clericales del entonces presidente García Moreno, y la gran pasión que poseía por el predominio de la religión católica en el país. Entre sus artículos más importantes se destaca el artículo tercero que estableció “La instrucción de la juventud en las universidades, colegios, facultades, escuelas públicas y privadas, será en todo conforme a la doctrina católica. Los obispos tendrán para ello el exclusivo derecho de designar los textos para la enseñanza, tanto de las ciencias eclesiásticas, como de la instrucción moral y religiosa”.

Carondelet, sede principal del Gobierno ecuatoriano.

En Ambato¹²⁵, el 11 de agosto de 1878, se expidió la novena Constitución del Ecuador, que suprimió la pena de muerte por delitos políticos y comunes y secularizó la enseñanza¹²⁶. No se evidencia disposición alguna sobre la niñez; sin embargo, por lo que es indagará en el cuarto capítulo de la presente investigación, resulta primordial referirse a las primeras normas relacionadas con el régimen administrativo interior, al dividirse el territorio de la República en provincias, cantones y parroquias, división que es importante considerar por el tratamiento de la protección institucional que se les brindará a los niños en el Ecuador, posteriormente.

En febrero de 1884 asumió la presidencia José María Plácido Caamaño, y se promulgó una nueva Constitución, mediante la cual se instituyó la creación de municipalidades en el ámbito de la administración de los intereses seccionales¹²⁷, en todo lo concerniente a la educación e instrucción de los habitantes de la localidad y el fomento de los establecimientos públicos educativos. Se produjo, un hecho importante, la instauración del Ministerio de Instrucción Pública para la organización, gestión y control de las instituciones que ofrecían distintas oportunidades de enseñanza. Con la misma Constitución durante el gobierno del doctor Antonio Flores Jijón¹²⁸, se presentó en 1890 el proyecto de una Ley Orgánica de Instrucción Pública¹²⁹, debido a que el Reglamento existente no había conseguido establecer la uniformidad en el método de la enseñanza. En lo que respecta a la primaria se insistió en que esta debía ser obligatoria y gratuita para todos los ciudadanos.

Las instituciones destinadas a la instrucción del pueblo, cada vez fueron incrementándose, ya que se acaecía un abandono educativo al indio de la región interandina, así también del montubio de la costa ecuatoriana. En el gobierno del doctor Antonio Flores Jijón, se acentuó la idea del progresismo, el cual conciliaba la convivencia de la tradición católica con las nuevas ideas de orientación de procedencia liberal. Durante los siguientes periodos se incrementaron los establecimientos educativos, pero siempre conservaron la orientación católica que había instituido el anterior presidente Gabriel García Moreno, ésta no duró mucho, el 14 de enero de 1897¹³⁰, y 22 de diciembre de 1906¹³¹, se expidieron en Quito, otros dos textos constitucionales, en los cuales se excluyó a Dios en calidad de legislador del universo, y se proclamó al pueblo ecuatoriano¹³² como la máxima autoridad a tales efectos, todos estos cambios se visualizaron en el gobierno de Eloy Alfaro.

En los dos periodos del General Eloy Alfaro Moreno, entre sus principales disposiciones constitucionales se destacaron, el establecimiento de la libertad de cultos,

¹²⁵ Ciudad interandina, situada entre la capital del Ecuador, Quito y la ciudad de Riobamba.

¹²⁶ Artículos 17 numerales 12 y 15 y artículo 47 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1878.

¹²⁷ Del régimen administrativo interior en el artículo 118 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1884.

¹²⁸ Hijo del primer presidente del Ecuador. Gral. Juan José Flores.

¹²⁹ En este proyecto se consultaba la adopción del método concéntrico de Ferry, que a pesar de que obstaculizaba los estudios, podía proporcionar algunos elementos generales que podían ser desarrollados posteriormente en materia de educación. En el caso de la enseñanza suprema se insinuó la aplicación del método alemán donde se combinaba lo oral con lo escrito y permitía a los alumnos que pudieran grabarse mejor las ideas impartidas.

¹³⁰ Se estableció la Constitución Alfarista, denominada así por el presidente Eloy Alfaro Moreno.

¹³¹ Esta Constitución fue denominada "atea" por los políticos conservadores, pues se establece la separación de la Iglesia y el Estado, considerando al Estado como ente supremo.

¹³² Consta esta particularidad en el Preámbulo de las Constituciones Políticas de la República del Ecuador de 1897 y 1906.

derogación de la pena de muerte, de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la enseñanza libre y sin restricciones, la primaria obligatoria, las artes y oficios gratuitos, el Estado y las municipalidades subvencionarían la instrucción oficial y municipal. Además, se reconocieron como entidades de derecho público al Fisco, las municipalidades y los establecimientos costeados por el Estado.

Otro elemento a destacar es la promulgación de varios cuerpos normativos, como la expedición de la Ley de Instrucción Pública el 29 de mayo de 1897, que orientó el ciclo de enseñanza bajo el control del Estado con obligatoriedad en la primaria, en forma gratuita y laica. En octubre de 1900 se creó el Registro Civil, con lo que se desplazó a la Iglesia en el accionar sobre los medios de información y control hacia los ciudadanos, por lo que pasó a vigilancia del Estado el registro de nacimientos y la administración de los cementerios. Se aprobó la Ley de Manos Muertas, en junio de 1908, mediante la cual se confiscaron los bienes inmuebles del clero en beneficio de la asistencia estatal.

La primera Constitución, en la cual se hace referencia expresa a los derechos sociales, en el ámbito de las garantías fundamentales, fue la aprobada en el año 1929, bajo la presidencia de Isidro Ayora, y con relación al tema de la indagación se evidencia el establecimiento del amparo a la institución del matrimonio, de la familia y la del haber familiar. Se garantizó la protección de la maternidad y de la infancia que debía constar en el presupuesto del Estado. Se reconoció el derecho de los hijos espurios a ser criados y educados por sus padres. Se estableció la investigación de la paternidad. El Estado asumió el deber de crear para los hijos ilegítimos condiciones suficientes y un mejor desarrollo físico, intelectual y social, así como la libertad de educación y enseñanza¹³³.

En 1937 se instituyó por el Jefe Supremo el General. Alberto Enríquez Gallo, la Ley Orgánica de Hogares de Protección Social¹³⁴, que buscaba dar libertad de protección a favor de los menores de edad, de ahí el artículo 3 instauraba la "libertad de establecer Hogares de Protección Social, las Instituciones públicas y privadas y los particulares, con la única obligación de dar aviso al Ministerio del ramo y sujetarse a las normas señaladas en la presente Ley, a los planes de acción, reglamentos y programas que expidiere el Ministerio", norma que hoy se nos antojaría irresponsable en virtud que concedía una capacidad de acción excesiva a cualquier individuo que deseara ser "caritativo". El artículo 4 exponía que los Hogares de Protección Social debían atender "al niño y al adolescente en las diversas etapas de su vida, siguiendo un orden riguroso que permita escalar el cuidado y la educación de acuerdo con sus diferencias individuales y sociales, sus características psicológicas, sus tendencias e inclinaciones y su salud", lo que en cierta forma venía a buscar una suerte de garantía de seguridad para los menores.

La Ley organizaba cuatro sistemas de Hogares de Protección Social, los sistemas A. B. C y D. El sistema A estaba compuesto por las Casas-Cunas de menores¹³⁵ de tres años; Orfanatos substitutos del hogar para niños de entre 3 y 6 años; Escuelas Hogares de ambos sexos, enseñanzas de oficios a niñas de hasta 18 años y a varones de hasta 14;

¹³³ El artículo 151 de la Constitución Política del Ecuador de 1929, precisa las "Garantías Fundamentales".

¹³⁴ Mediante Decreto Supremo No. 4 publicado en el Registro Oficial de 1937.

¹³⁵ A partir de este párrafo y en virtud de que los cuerpos legales y las Constituciones a indagarse hacen referencia al término menor, se hace constar de esa manera, sin que signifique una degradación en la denominación de niño, niña y adolescente.

y, las Colonias Cooperativas Agrícolas e Industriales hogares de niños de 12 a 14 años de edad y para adolescentes de 14 a 18 años, que procedían directamente de su medio familiar o de las Escuelas-Hogares para varones, donde les enseñaban agricultura, un oficio o una industria rural.

El sistema B estaba conformado por las “escuelas maternas”, que estaban concebidas como instituciones socio-educativas que tenían por objeto atender, durante el día a la educación, alimentación y salud de los niños de ambos sexos de 3 a 6 años, hijos de padres obreros, que trabajaban en la calle y los dejan abandonados en sus casas.

El sistema C estaba constituido por los establecimientos de carácter reeducativo y estaba destinado a los niños de 10 a 14 años y a los adolescentes de 14 a 18 años “que fueren abandonados, desadaptados, refractarios a la educación, vagos o con tendencias a la delincuencia”. Dentro de este sistema, la ley preveía la institución de las “Casas de Menores”, establecimientos cuyo fin sería, según el artículo 25, “reeducar a los menores de 10 a 14 años que tuvieren necesidad y conseguir su readaptación social, combatiendo sus malas predisposiciones e inclinaciones y preparándolos para el aprendizaje de un oficio, de una industria o de una habilidad con que puedan ganarse la vida”. Con la finalidad que ese objetivo sea alcanzado, los artículos 26, 27 y 28 establecían que en las Casas de Menores debían organizarse dos secciones: una “complementaria de la enseñanza elemental para menores de 10 a 12 años y una vocacional para descubrir las aptitudes de los niños de 12 a 14”.

Finalmente, el sistema D estaba planificado, por el artículo 29 de la ley el cual determinaba la forma que Colonias Infantiles debían establecerse en la Sierra (Colonias de Altura) y en la Costa (Colonias Marítimas), para niños de ambos sexos que sean desnutridos, débiles o pretuberculosos. Las Colonias de Altura tenían como fin principal “restaurar las energías físicas de los niños desnutridos o pretuberculosos de la Costa, de 8 a 14 años de edad, debilitados en un medio familiar completamente pobre”, según rezaba el artículo 30, las Colonias Marítimas tenían la meta de “atender a niños de la Sierra de 8 a 14 años de edad, convalecientes, desnutridos o débiles que por prescripción médica, necesitan de una temporada de vida marítima para reparar sus energías”

En cuanto a la infraestructura, la Ley preveía un régimen según el cual los inmuebles en que debían funcionar las Casas-Cunas y Escuelas Maternas tenían que instalarse de preferencia en las ciudades y los Orfanatos, Escuelas Hogares y Colonias Cooperativas Agrícolas e Industriales, Casas de Menores, Escuelas del Trabajo y Colonias Infantiles, en el campo, buscando los lugares que tengan fácil comunicación con los centros poblados de importancia.

La Ley preveía también un régimen estatal de dirección y control de estas entidades. Se trata de un esfuerzo transcendental y, si tenemos presente la fecha y el contexto histórico en que esta norma fue promulgada, asiste decir que se trató de una regulación muy progresista en su época, que dos meses después fue seguida por la promulgación de la Ley de Organización de Colonias Agrícolas-Industriales para Menores¹³⁶, que fueron concebidas como establecimientos en los que debía recluirse a “menores comprendidos entre doce y veintiún años de edad, huérfanos, menesterosos y abandonados”, con la finalidad que se formen como colonos agrícolas, adaptándose

¹³⁶ Decreto Supremo N°. 10. Registro Oficial 71 de 20 de Enero de 1938.

socialmente y otorgándoles con ello una actividad productiva que les permita auto sustentarse.

De acuerdo con el artículo 17, los menores que cursen y aprueben los tres niveles de educación que la Ley preveía, recibirían del Estado “mediante escritura pública otorgada por el Ministerio de Previsión Social, de dos a cuatro hectáreas de terreno, según sus aptitudes y la ayuda necesaria para cultivarlo en beneficio propio, con la única condición de que no lo podrán enajenar por ningún concepto”. Además, quienes aprobasen con suficiencia el aprendizaje de un oficio o industria agro-industrial, recibirían “del Estado una parcela de terreno y la ayuda para que construyan su casa - habitación, instalen su taller y cultiven su huerto, en igual forma que la determinada en el artículo precedente¹³⁷”.

Lo explicado constituye visión primordial de un Estado, que en 1937-38 y durante mucho tiempo después fue esencialmente agrícola y ganadero, que dentro de los límites de su capacidad productiva se proponía apoyar a sus menores en situación de vulnerabilidad, primero por medio de la educación y luego en el reparto de tierras de labranza. Se sienten ecos lejanos del ayllu incaico en esta normativa.

En Quito el 2 de diciembre de 1938, se expide la décimo cuarta Constitución, denominada realidad o ficción, que surgió en una de las épocas políticas más accidentadas del Ecuador, catalogada como la “década convulsa¹³⁸”, en la cual se designaron varios presidentes: el General Alberto Enrique Gallo, Manuel María Borrero González, Aurelio Mosquera Narváez, Andrés Fernández de Córdova, Julio Moreno, Carlos Alberto Arroyo del Río; y continuó el dilema histórico de si esta Carta Magna entró o no en vigencia. En el ámbito de la niñez, se aprobó el primer Código de Menores del Ecuador, mediante Decreto Supremo 181, publicado en el Registro Oficial N° 2 de 12 de agosto de 1938.

En marzo de 1945 se promulga la décimo quinta Constitución, que propició en el contexto de las relaciones internacionales, el ingreso del Ecuador a la Organización de las Naciones Unidas. Esta norma constitucional profundizó y desarrolló, con amplitud, los derechos sociales y dedicó una sección¹³⁹ específica a la familia, disponiendo que sea obligación del Estado protegerla, como también al matrimonio y a la maternidad. Se estableció el derecho de los hijos ilegítimos al igual que los legítimos a la crianza educación y herencia, se garantizó la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia y de los derechos del niño a la educación y a la vida hogar.

En lo laboral la Constitución prohibió el trabajo de los menores hasta los catorce años, y la consignación de los menores hasta los doce años en calidad de sirvientes domésticos. Se impuso como obligación del poder público, la disminución de la mortalidad infantil. Surge por primera vez una disposición constitucional en el ámbito de la protección institucional de niños, al disponer que el Estado creará para los menores que carezcan de protección familiar o económica, condiciones adecuadas hacia su desarrollo.

Al año siguiente en diciembre 1946, se expide una nueva Constitución, en la

¹³⁷ Artículo 18 de la Ley de Organización de Colonias Agrícolas-Industriales.

¹³⁸ Término que acuñó QUEVEDO TERÁN, P. (2000: 60 y 66).

¹³⁹ Consta en el Título Décimo Tercero “De las Garantías Fundamentales” y la Sección Segunda “De la Familia” de la Constitución de 1945.

presidencia de Velasco Ibarra, Carta Magna que amplía y consolida varios derechos de los ecuatorianos; con relación a la protección a los menores, individualiza este derecho a los menores de catorce años que carezcan de condiciones adecuadas para su “amparo y desarrollo”¹⁴⁰.

Entre los años 1946 a 1967 en que se promulgó la décimo séptima Constitución se realizaron los primeros censos poblacionales del Ecuador, así en 1950 en el primer censo se estableció que el Ecuador poseía 3.211.916 habitantes, que a 1961 en que se realizó el segundo censo, el país tenía una población de 4.581.476 habitantes, ambos censos servirían de base, con otros estudios venideros, para indagar en los porcentajes de niños, niñas y adolescentes existentes¹⁴¹.

En la Constitución de 1967 se reconoció a la familia como célula fundamental de la sociedad, por lo que se otorgó a los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio los mismos derechos, en cuanto a identidad, crianza, educación y herencia¹⁴², y específicamente con relación a la protección textualmente el artículo 30, dispuso “El Estado protegerá al hijo desde su concepción, y protegerá también, a la madre sin considerar antecedentes; amparará al menor que se hallare en condiciones desventajosas, a fin de que pueda desarrollarse normalmente y con seguridades para su integridad moral”.

En un entorno político siempre febril y turbulento, presente en la historia política del Ecuador, existieron varios presidentes, e incluso dictadores¹⁴³, militares, triunviratos¹⁴⁴ desde 1967 hasta el 15 de enero de 1979, en se expide la décimo octava Constitución, y asciende al poder Jaime Roldós Aguilera. Carta Magna que determinó la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación de cualquier índole, constitucionalmente se le brindó protección al menor por primera vez comenzando con la concepción a fin de que pueda desarrollarse normalmente con seguridad para su integridad moral, mental y física, así como su vida en el hogar¹⁴⁵.

Si bien el Estado central abarcó esta protección, también es fundamental recordar cómo se puntualizó anteriormente respecto del régimen administrativo interior, la importancia de la división del territorio de la República en provincias, cantones y parroquias. En la Constitución se instituyó la descentralización administrativa y la desconcentración nacional de acuerdo con las circunscripciones territoriales con autonomía funcional económica y administrativa de los consejos provinciales y los municipios, lo cual permitirá en el proceso de la investigación examinar el tratamiento estatal y seccional en la protección de los niños en el Ecuador.

A finales el Siglo XX, el 10 de agosto de 1998, en Quito se expide la décima novena Constitución, en la que se reconocen derechos específicos de los NNA, desde los artículos 48 al 52, constitucionalizando la doctrina del desarrollo integral de los niños y adolescentes y el principio del interés superior de los niños. Constitucionalmente dispone la obligación del Estado de organizar un “sistema nacional

¹⁴⁰ Artículo 162 de la Constitución Política del Ecuador de 1946.

¹⁴¹ Instituto de Nacional de Estadísticas y Censo (INEC). Catálogo Central de Datos.

¹⁴² Artículo 29 de la Constitución Política del Ecuador de 1967.

¹⁴³ José María Velasco Ibarra, varias veces presidente del Ecuador, se declara dictador el 22 de junio de 1970, incautó las divisas extranjeras, expropió haciendas de la costa, devaluó el sucre, moneda oficial del país en ese entonces.

¹⁴⁴ Término conocido en Ecuador por la conformación de tres militares que gobernaron el país, Alfredo Poveda, Guillermo Durán y Luis Leoro Franco.

¹⁴⁵ Artículo 22 de la Constitución Política del Ecuador de 1979.

descentralizado de protección integral para la niñez y adolescencia, encargada de asegurar el ejercicio y garantía de sus derechos.¹⁴⁶”, bajo la dirección de un organismo rector nacional, del cual forma parte, el Estado y la sociedad civil. Además participan de este sistema, las entidades públicas y privadas y los gobiernos seccionales¹⁴⁷ en la formulación de políticas locales.

1.4. PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008

El Ecuador actualmente conforme el artículo 1 de la Constitución vigente, es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en el cual la norma suprema determina el contenido del resto de normas que conforman el ordenamiento jurídico y es directamente aplicable por persona, autoridad o Juez sin necesidad que se expidan leyes, para el real desarrollo y materialización de los valores, principios y derechos fundamentales consagrados. Esta norma constitucional no puede quedarse solamente en al contorno de la regulación interna sino también, en el ámbito internacional, con el fin de “reglar y permitir la participación del Estado en las relaciones internacionales, de cualquier tipo que éstas sean, coordinación, cooperación, integración¹⁴⁸”. Como consecuencia de esa dinámica, las normas de derechos humanos tienen un valor supra legal dentro del ordenamiento interno de un país, que hayan sido debidamente ratificados por los Estados partes.

Con relación a los derechos de la infancia y adolescencia, la Constitución de 2008 mantiene líneas generales de lo previsto en la Constitución de 1998, introduciéndose algunas innovaciones que profundizan lo declarado previamente. Los cambios se encuentran particularmente en las regulaciones referentes a la institucionalidad encargada de proteger y garantizar los derechos, en donde existen retrocesos. Así el artículo 44 de la norma suprema determina:

“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.

Se mantiene el sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia como el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de NNA, serán parte del sistema las instituciones públicas, privadas y comunitarias lo cual se ratifica constitucionalmente en el artículo 341, último párrafo. El CONA, dispone, en cumplimiento de los preceptos constitucionales en materia de infancia, en su artículo 190 que:

“El Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia es un conjunto articulado y coordinado de organismos, entidades y

¹⁴⁶ Artículo 52 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, con especial énfasis en el Título III “De Los Derechos, Garantías y Deberes” y el Capítulo 4 “De los derechos económicos, sociales y culturales”, Sección Quinta “De los grupos vulnerables”.

¹⁴⁷ Los gobiernos seccionales autónomos serán ejercidos por los consejos provinciales, los concejos municipales, las juntas parroquiales y los organismos que determine la ley para la administración de las circunscripciones territoriales indígenas y afro ecuatorianas. Los gobiernos provincial y cantonal gozarán de plena autonomía y, en uso de su facultad legislativa podrán dictar ordenanzas, crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras.

¹⁴⁸ MONTAÑO GALARZA, CESAR. (2009: 355).

servicios, públicos y privados, que definen, ejecutan, controlan y evalúan las políticas, planes, programas y acciones, con el propósito de garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia; define medidas, procedimientos, sanciones y recursos, en todos los ámbitos, para asegurar la vigencia, ejercicio, exigibilidad y restitución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, establecidos en este Código, la Constitución Política¹⁴⁹ y los instrumentos jurídicos internacionales.

Se incrementa la protección y asistencia especiales cuando algunos de los progenitores se encuentran privados de la libertad, a la vez que regula el resguardo y cuidado especial en caso de enfermedades crónicas o degenerativas. Se crean los Consejos Nacionales para la Igualdad, en reemplazo del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia¹⁵⁰, como:

“(...) órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los consejos ejercerán atribuciones en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, y de discapacidades y movilidad humana, de acuerdo con la ley. Para el cumplimiento de sus fines se coordinarán con las entidades rectoras y ejecutoras y con los organismos especializados en la protección de derechos en todos los niveles de gobierno¹⁵¹”.

En el resto de los preceptos constitucionales con relación a la niñez, se observa la existencia de un eje transversal que se nutre de los principios de la doctrina de protección integral, constitucionalizando la misma, que actualmente tiene vigencia permanente a nivel mundial. Por ello, se plantea el desafío de repensar los derechos humanos, entre los cuales sin duda están los que respaldan a los niños, es decir, que “ya no desde una concepción universalizadora, sino desde la práctica que reconozca valores universales, pero para su efectivización recupere la vivencia de los propios actores¹⁵²”, que en esta investigación son: los NNA.

Las normas constitucionales ecuatorianas, a partir de 1946, han afianzado las conquistas logradas desde los inicios de la vida republicana y han incorporado nuevos preceptos a tono con el desarrollo de la sociedad y del mundo. Basta revisar brevemente la evolución del reconocimiento de la niñez como precepto constitucional, en dichos textos, a través de un cuadro comparativo con variables independientes, las Constituciones del Ecuador, y variables dependientes, así el reconocimiento, objeto o sujeto de derechos y el sistema de protección:

¹⁴⁹ La definición de “Constitución Política”, no es la adecuada en la actualidad, considerando que la norma que se transcribe es de 2003, anterior a la promulgación de la Constitución de 2008, vigente en el país.

¹⁵⁰ Este cambio, se ordena constitucionalmente, en la Disposición Transitoria Sexta de la Constitución del Ecuador.

¹⁵¹ Artículo 156 de la CRE.

¹⁵² PIEJKO PATIÑO, A. (2014: 2).

Tabla 3. Reconocimiento y protección del niño en las Constituciones de 1830 a 2008.

Constitución	Reconoci miento	Objeto de derecho	Sujeto de derecho	Contenido
1830 a 1897	NO			No existe referencia.
1906	SI	*		Educación. Niñez.
1929	SI	*		Referencia específica sobre niñez. Familia y escuela.
1945	SI	*		Estado asume responsabilidad de crear condiciones para desarrollo.
1946	SI	*		Estado se obliga para los menores que carezcan de protección para su amparo y desarrollo.
1967	SI	*		Obligación del Estado proteger familias numerosas, igualdad de hijos legítimos e ilegítimos.
1979	SI	*		Estado protege al hijo desde su concepción ampara desarrollo mental y físico.
1983	SI	*		No cambia tratamiento a menores.
1998	SI		*	Establece principios del interés superior y prioridad absoluta. Convención Derechos del Niño.
2008	SI		*	Constitucionaliza el interés superior del niño, doctrina integral, sistema nacional descentralizado de protección.

Fuente: Constituciones del Ecuador. Elaboración del autor.

1.5. SISTEMA TUTELAR ECUATORIANO DESDE EL CÓDIGO DE MENORES DE 1938 AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA DE 2003

Desde el año 1830 hasta antes de 1929, en el Ecuador la niñez no tenía ningún tipo de referencia constitucional a diferencia de lo que empezaba a desarrollarse en el contexto internacional, durante finales del siglo XVIII, e inicios del siglo XIX, periodo en el que se dan las primeras revoluciones burguesas y se instala un nuevo modelo económico y político, conocido como “capitalismo liberal”, que generó un cambio determinante para la comprensión del fenómeno de la infancia y adolescencia.

Esta situación llegó a manifestarse en el caso de los niños, en el reflejo de nuevas expectativas sociales, (sobre todo en la clase alta), así como una importante valoración de la escuela, un inusual estatus de privilegio que puso límites a la autoridad paterna y

el surgimiento de un incipiente comercio orientado al público infantil. Todos estos cambios se produjeron principalmente en el interior de los sectores más acomodados y se volcaron hacia los restantes, por lo que floreció la caridad orientada en dirección de los niños y una mayor sensibilidad frente a la necesidad de igualar la condición de la infancia en el plano material y espiritual¹⁵³.

En este contexto, surgieron los primeros congresos y declaraciones internacionales, y la instauración de instituciones judiciales y administrativas, con relación al tratamiento de la niñez. Así se promovió la formación de Tribunales de Menores, el 21 de abril de 1899 en Chicago. El primer Congreso Nacional del Niño en 1907 fue realizado en Washington; y posteriormente el Congreso de Protección de la Infancia en el año 1912 en Bruselas; los Congresos Panamericanos del Niño, celebrados desde 1916 en Buenos Aires, Montevideo, Río de Janeiro, donde tiene vital participación el ecuatoriano Doctor Estrada Coello¹⁵⁴, quien estuvo presente además, en la propuesta de creación del Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia (IIAPI), en ciudades como Santiago de Chile, La Habana, Lima y México¹⁵⁵.

En la Declaración del Niño de Ginebra de 1924, se establecieron cinco principios, estos son: el desarrollo del niño desde el ámbito material y espiritual; la alimentación del niño hambriento; priorización en caso de calamidad, el niño incumbe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y conviene ser protegido de cualquier explotación y debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo. Preceptos que tienen por objetivo el poder garantizar que todo niño alcance las destrezas necesarias para que aseguren su pleno progreso físico, psíquico y moral.

Esta etapa es fundamental porque a partir de ese instante se inicia el desarrollo de la Doctrina de la Situación Irregular¹⁵⁶. La doctrina de la situación irregular provea a los tribunales de menores una competencia omnimoda y discrecional; encomiando situaciones de origen estructural, criminalizando la pobreza, disponiendo el internamiento de niños exclusivamente por motivos vinculados a la mera carencia de recursos materiales. Se consideraba a la infancia a modo de objeto de protección y negaba a los niños los principios básicos y elementales del derecho; incluso, los mencionados con anterioridad, de aquellos contemplados en la propia Constitución a manera de derechos de todos los habitantes.

Como referencia a esta doctrina y lo establecido en el ámbito internacional con relación a los Congresos y Declaraciones de los niños, se configuran los iniciales Códigos de Menores o Infancia en nuestra región, con primordial tendencia normativa a legislar la rehabilitación de los jóvenes delincuentes, regular el trabajo infantil, establecimiento de programas de control prenatal y madre lactantes, la elaboración de políticas de infancia y la instauración de organismos jurisdiccionales que juzguen a los niños, como también la creación de patronatos y consejo de la niñez que coadyuven a un mejor tratamiento de los NNA. En la siguiente tabla se podrá observar cuáles fueron los primeros textos normativos de menores, y cuál era su contenido específico:

¹⁵³ ROJAS FLORES, J. (2012: 464).

¹⁵⁴ NETTO NUNES, E. (2012: 284). El autor hace referencia a este ecuatoriano en las discusiones creación de IAPI.

¹⁵⁵ La información expuesta fue tomada de ROMERO, S. (2007: 602 y 616) en su obra "Un siglo de legislación sobre infancia en América Latina: un cuadro cronológico". La referencia resulta útil para brindar una idea aproximada de los diferentes Congresos y Convenciones que se han realizado a nivel internacional sobre la niñez.

¹⁵⁶ PIEJKO PATIÑO, A. (2014: 17). Respecto a esta doctrina de la Situación Irregular el tema será abordado con mayor especificidad en el capítulo tres de la investigación.

Tabla 4. Textos normativos en materia de niñez en latinoamericana.

CÓDIGOS DE MENORES	PAÍS	CONTENIDO
Código de Infancia Ley Agote, Primera Ley en la región	ARGENTINA 1919	Daba herramientas al gobierno para rehabilitar a jóvenes delincuentes.
Ley de creación de juzgados y casas de reforma y corrección de menores	COLOMBIA 1920	Tenía la jurisdicción un Juez de Menores.
Código de Infancia	BRASIL 1927	Estado interviene el trabajo de niños y delincuencia juvenil, niños de la calle, crea Cortes de Menores.
Código de la Infancia	COSTA RICA 1932	Crea el Patronato Nacional de la Infancia.
Código de la Infancia y Consejo del Niño	URUGUAY 1934	Establece parámetros que debe seguir el Estado sobre política de infancia, creó el primer Consejo del Niño en América Latina; instituye programas de control prenatal y madres lactantes, cuidado de madre gotas de leche.

Fuente: Normativa de niñez de los países referidos. Elaboración del autor.

En suma, con respaldo en ésta base conceptual en el Ecuador, se crea el primer Código de Menores en el año 1938. Antes de ese año, las disposiciones de niñez se encontraban dispersas, y en el aspecto de la niñez, específicamente se hace referencia, en la Ley sobre trabajo de mujeres y menores y de la protección de la maternidad promulgada el 6 de octubre de 1928.

1.5.1. Código de Menores de 1938

En el gobierno del General Alberto Enríquez Gallo, el Ministro de Previsión Social de ese periodo, como muestra de su preocupación por los “menores”, expidió el Acuerdo No. 123, de 13 de diciembre de 1937, publicado en el Registro Oficial N°. 50, de 23 de diciembre del mismo año, mediante el cual se creó una comisión para la redacción del proyecto del primer Código de Menores y además fueran formuladas las bases para el establecimiento de los tribunales de menores. La comisión estaba integrada por los Doctores en jurisprudencia: Julio Endara, Miguel Ángel Zambrano, Emilio Uzcátegui, Fernando Chávez y Enrique Garcés y secretario el señor Polidoro Arellano Montalvo, Inspector de Colonias Infantiles en dicha etapa.

Posteriormente se expidió el primigenio Código de Menores mediante Decreto No. 181-A, de 1 de agosto de 1938¹⁵⁷. Este Código se inspiró en la obligación del Estado de: “garantizar los derechos de los menores desvalidos, huérfanos, material y jurídicamente abandonados”, según consta en el primer considerando del aludido Decreto; y se estableció que la protección de los menores se ejercerá en todos los períodos de su salud evolutiva¹⁵⁸.

El Código clasificó a los menores en dos grupos: el primer correspondía a la condición social, que eran considerados menores todas las personas humanas desde su nacimiento hasta los veinte y un años de edad; y, el segundo en cuanto a sujetos activos del delito, son menores las personas que no han cumplido dieciocho años de edad. En el ámbito de la protección se resguardaba a todo menor, sin considerar la circunstancia social, económica, ni familiar, especialmente a los “menores hijos de obreros, policías, cocineras, huérfanos, desvalidos, material y moralmente abandonados”.

Se crearon los Tribunales de Menores en las ciudades de Quito y Guayaquil, se le otorgaron facultades al Consejo Nacional de Menores, de establecer tribunales en otros lugares acorde a análisis propios de dicha entidad. La conformación de estos tribunales era: un educador, un abogado y un médico. El presidente era designado por el Consejo Nacional de Menores. El Código crea el denominado “policlínico infantil¹⁵⁹”, que fue una especie de organismo consultivo relacionado directamente con los tribunales de menores, y brindaba servicios de medicina general, psicología y psicotecnia, identificación, vigilancia e investigación social, y servicio de amparo y de educación.

Para viabilizar la efectividad del Código de Menores se crearon cuatro organismos dependientes del Ministerio de Previsión Social, el Consejo Nacional de Menores, la Dirección General de Hogares de Protección Infantil; los servicios Técnicos y Asistenciales y el Servicio Judicial a través de los Tribunales de Menores.

El Consejo Nacional de Menores se constituye en el organismo superior y directivo, que tiene como función primordial la supervigilancia, orientación y coordinación de la salvaguardia integral de los menores en especial de los colocados en los hogares de protección infantil “crear y organizar patronatos de menores y autorizar la fundación de nuevas instituciones de protección social”. Aquí surge el respaldo legal para la constitución de los primeros organismos de protección.

Con relación a la Dirección General de Hogares de Protección Infantil se determina la obligación de cumplir funciones administrativas y económicas de los establecimientos de albergue, educación y corrección de menores. Los servicios técnicos y asistenciales según el artículo 24 “se encargan de verificar el estudio integral de la personalidad de los menores que sean sometidos a su investigación y con vista a la adopción de todas las medidas terapéuticas y pedagógicas que aconseje la ciencia” realizan su actividad respaldados en el Policlínico Infantil y las prestaciones sociales y la asistencia médica.

¹⁵⁷ Publicado en el Registro Oficial N° 2, del 2 de agosto de 1938.

¹⁵⁸ Artículo 6 del Código de Menores de 1938.

¹⁵⁹ Que vendría a constituirse en el primer organismo institucional de protección de los NNA en Ecuador previsto en un cuerpo normativo de niñez.

El servicio judicial constituido por la Corte de Menores organismo de carácter nacional y los Tribunales de Menores, organismos provinciales, estaban conformadas por un abogado que ejerce la presidencia, un médico y un educador. Sobre esta forma conformación es necesario referirnos a lo que sucedía en otros países “En general, los países europeos y los Estados americanos han optado por el Juez único y Jiménez de Azua¹⁶⁰ también se pronuncia categóricamente por este sistema unipersonal; sin embargo la comisión redactora del Código de Menores Ecuatoriana aceptó la propuesta del autor de esta obra que integraba la Comisión, de que el Tribunal fuera colegiado por la inmensa responsabilidad y trascendencia que entrañan las cuestiones de menores¹⁶¹”.

En Ecuador se mantuvo los Tribunales de Menores hasta la expedición del CONA de 2003, en que se constituyen los Juzgados de la Familia, Niñez y Adolescencia, respecto de su conformación la disposición derogatoria 12 constante en el Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante, COFJ) de 2009 vigente, precisa la existencia de una “Oficina Técnica”, órgano auxiliar de la Administración de Justicia de la Niñez y Adolescencia que funciona en cada unidad judicial, integrada por médicos, psicólogos, trabajadores sociales y más profesionales especializados en el trabajo con la niñez y adolescencia, que se considere necesario, en el número que para cada caso determine el Consejo Nacional de la Judicatura. Esta Oficina tendrá a su cargo la práctica de los exámenes técnicos que ordenen los Jueces de Niñez y Adolescencia y sus informes tendrán valor pericial. En consecuencia la propuesta de Uzcategui realizada en 1937, se mantiene efectiva, pero actualmente constituida en una oficina técnica auxiliar de la administración de justicia y no como parte constitutiva de una sola judicatura.

Es sustancial referirse al artículo 42 del Código de Menores de 1938, que establece la facultad del Tribunal de Menores en “La colocación familiar de los menores que no han cumplido 12 años, se tendrá como gestión de protección social y será facultad privativa de los Tribunales de Menores”, en el capítulo quinto se indagará sobre la colocación familiar, si tiene vigencia o cambió por otra institución de protección.

En el artículo 5 del Código de Menores de 1938, se precisa que la protección del menor abarcaba los siguientes aspectos: salud y crecimiento físico, salud y desarrollo moral, educación intelectual y manual, amparo del derecho a un hogar y vigilancia, todos ellos sin importar el lugar o la condición que posea el menor de edad. Posteriormente, el 7 de marzo de 1939, el Congreso Nacional aprobó un decreto legislativo, a través del cual se introdujeron algunas reformas al Código de Menores vigente a la fecha, la cuales fueron publicadas en el Registro Oficial N° 84.

Entre los principales cambios se destacan los siguientes: los miembros del Tribunal de Menores eran nombrados por el Ministro de Previsión Social, funcionarían en todas las capitales de provincia, el presidente es designado por el propio organismo y no por el Consejo Nacional de Menores. Se facultaba al Tribunal para substanciar y fallar las causas por toda clase de infracciones cometidas por menores, o que aparecieran como cómplices. Se define que la jurisdicción es provincial, y sus fallos serán resueltos en última instancia por el Consejo Nacional de Menores, Se evidencia que las reformas son cuestiones jurisdiccionales y procesales en su mayoría.

¹⁶⁰ Criterio del jurista español de abril de 1948 en las conferencias sobre Ciencia Penal en la Universidad Central del Ecuador.

¹⁶¹ UZCATEGUI, E. (1955: 214).

Como trascendental sustentáculo es el Código de la Infancia de Uruguay de 1934 que nutrió al primer Código de Menores de Ecuador de 1938, en la que se trató el tema sobre la protección del menor sin descuidar la delincuencia juvenil. También se extrajo referencia del derecho civil y sus instituciones propias con relación a los menores de edad, surgiendo con principios, organismos e instituciones ecuatorianas, para viabilizar y garantizar los derechos de la minoridad, basándose en la realidad social de la época en la que fue promulgado.

1.5.2. Código de Menores de 1944

En el gobierno de José María Velasco Ibarra, mediante Decreto No. 721 de 9 de agosto de 1944, publicado en el Registro Oficial N° 65, de 18 de agosto de 1944¹⁶², se expide el segundo Código de Menores, El Código contempló dos principios claves en la legislación¹⁶³, estos son:

1. Que los organismos o autoridades judiciales debían dar preferencia al imperativo tutelar de los menores, en todos los problemas sometidos a su consideración.
2. Ordena que los organismos o autoridades judiciales resuelvan los problemas de menores sobre los intereses morales o materiales, de preferencia el planteamiento y solución de los inconvenientes de menores serán tratados no como litigios, sino como problemas humanos en los cuales el interés moral y biológico de los menores debe primar sobre toda otra consideración jurídica, dentro de un ámbito de cooperación, entre gobernados y gobernantes, además de los gremios profesionales.

En el ámbito de la protección en el capítulo II del Código, se establecen los siguientes organismos directivos: Consejo Nacional de Menores, Dirección General de Hogares de Protección Infantil, Servicios Técnicos y Asistencial, y Servicio Judicial. En el marco jurisdiccional se creó la Corte Nacional de Menores, dependiente del entonces Ministerio de Previsión Social, como órgano de apelación de las decisiones emanadas de los Tribunales de Menores.

El 9 de diciembre de 1947 fue expedido el Reglamento de funcionamiento de la Corte y Tribunales de Menores de la República, publicado en el Registro Oficial N° 110, de 28 de enero de 1948. Por medio del instrumento jurídico, es concedida especial importancia a las trabajadoras sociales, otorgándoles amplias atribuciones para que intervinieran en cualquier momento o circunstancia, en lo que respecta a la defensa del menor y cuyo informe estuvo dotado de un valor prioritario sobre las otras pruebas que se presentaren.

En relación con la protección de la niñez encontramos otros cuerpos normativos que empiezan a ser complementarios, como la Ley de Asistencia Pública¹⁶⁴, que en el artículo 2 regula el amparo y protección de embarazadas y parturientas, asistencia, educación y formación profesional de niños expósitos¹⁶⁵, creación de preventorios para

¹⁶² Tómese en cuenta que el 6 de marzo de 1945, el Ecuador ingresa a la ONU.

¹⁶³ Artículos 3 al 5 del Código de Menores de 1944.

¹⁶⁴ Codificación de 6 de julio de 1949.

¹⁶⁵ A la fecha de 1949, todavía se vislumbra la existencia de niños abandonados en los portales de casas, conventos e iglesias.

niños de padres crónico-contagiosos, leprosos, entre otros, y “sostenimiento de servicios de protección infantil como Gotas de Leche, Casas Cunas y Dispensarios de Asistencia Infantil¹⁶⁶”.

A través del Decreto Ejecutivo No. 488 de 23 de marzo de 1948, el Dr. Alfredo Pérez Guerrero¹⁶⁷, entonces Ministro de Previsión¹⁶⁸, reguló la creación y funcionamiento de los Clubes Infantiles, cuya iniciativa surge de “dos matrimonios norteamericanos, el de los señores Paul Bowman y Kurtis Naylor, quienes fundan en la ciudad de Quito el primer Club Infantil con la denominación de Brether Club. Comenzó con 100 niños y no obstante la incomprensiva labor en contra que le hicieron desde cierto sector religioso¹⁶⁹, su éxito fue notorio que a los dos años de establecido, ya se contaba con 1.200 niños, haciéndose necesario el establecimiento de nuevos centros no solo en la capital sino en otros lugares de la República¹⁷⁰”.

La Comisión Legislativa del Congreso Nacional, codificó¹⁷¹ el Código el 27 de febrero de 1959 y lo publicó el 20 de octubre de 1960 en el Registro Oficial N° 1202, que en esencia no cambió las normas establecidas en su inicio.

1.5.3. Código de Menores de 1969

El tercer Código de Menores en el Ecuador fue instituido mediante la Ley No. 187 CLP, de 30 de junio de 1969, promulgada en el Registro Oficial N° 320. Este Código consagró la protección a la familia, la maternidad, la infancia, la asistencia al menor en la edad preescolar, escolar y adolescencia, resguardo al menor en el trabajo y la salvaguardia moral. Se estableció que son menores de edad todos los individuos de la especie humana, desde su nacimiento hasta la edad de veintiún años y que los menores de dieciocho años no son sujetos activos de delito.

En el Título III denominado “De las Instituciones Civiles”, se estableció el: reconocimiento, adopción, alimentos, colocación familiar, guarda de menores abandonados, patria potestad y tenencia. En la realidad jurídica del Ecuador, las reformas previstas en este Código no se implementaron de manera eficiente, manteniéndose exclusivamente en la jurisdicción las instituciones mencionadas. En 1969 se reformó la composición multidisciplinaria de la justicia de menores y se instituyó la existencia de los Jueces de Menores¹⁷², y como órgano de apelación la Corte de Menores cuyos miembros eran elegidos por el Congreso Nacional, para un período de cuatro años.

La Jurisprudencia contenida en la serie XII, gaceta judicial N° 5, página N° 1039, de 14 de marzo de 1974 ratifica la aplicación de las normas establecidas de este Código, en relación con el trabajo de los menores y la colocación familiar, la sentencia de tercera instancia emitida por la Corte Suprema precisa que en esa época, el Juez competente para conocer casos relativos a la colocación familiar es privativo del Juez de

¹⁶⁶ UZCATEGUI, E. (1955: 229).

¹⁶⁷ En 1950, fue electo Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, al año siguiente, fue elegido Rector de la Universidad Central del Ecuador.

¹⁶⁸ Lo que hoy se considera en Ecuador como Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES).

¹⁶⁹ Se denota todavía la fuerte influencia de la Iglesia en este ámbito de protección de la niñez.

¹⁷⁰ UZCATEGUI, E. (1995: 230).

¹⁷¹ Según la doctrina es la reunión de las Leyes de un Estado, relativas a una rama jurídica determinada, en un cuerpo orgánico, sistemático y con unidad científica.

¹⁷² Artículo 138 del Código de Menores de 1969.

Menores y no del Juez de Trabajo, en consecuencia resuelve rechazar la demanda, mediante el cual se perseguía el pago de haberes laborales de un menor que se encontraba en colocación familiar a favor del supuesto empleador y revoca la sentencia venida en grado.

1.5.4. Código de Menores de 1976

Mediante Decreto No. 421, de 2 de junio de 1976, publicado en el Registro Oficial N° 107, de 14 de junio del mismo año, el Consejo Supremo de Gobierno¹⁷³ aprobó el cuarto Código de Menores, que en su estructura en consta de cuatro libros:

1. Libro Primero De la Protección de Menores.
2. Libro Segundo De los Derechos y Obligaciones.
3. Libro Tercero Del Procedimiento.
4. Libro Cuarto Orgánico del Servicio Judicial de Menores.

Además, fueron reinstaurados los Tribunales de Menores como órganos jurisdiccionales, es necesario señalar aquellos organismos creados en el ámbito de la protección de los niños, los cuales son estipulados en el Título II de este Código: Consejo Nacional de Menores, Servicio Judicial de Menores, y Dirección de Protección de Menores. La normativa confirió especial valor al trabajo social, que tenía bajo su responsabilidad los aspectos sociales del Sistema de Protección y Rehabilitación de Menores, asignándole programas específicos en las siguientes áreas: investigación, diagnóstico, programación y ejecución.

La norma legal materializó la idea de los hogares transitorios, tales como instituciones de tipo abierto o cerrado para atender a la niñez que requerían de cuidado, ejemplo de ello son los menores de edad abandonados, los que tienen problemas económicos y de disgregación familiar, los que practican la mendicidad, la vagancia o son objeto de explotación, y los hijos de padres inválidos, internos en hospitales o establecimientos carcelarios, también se instauraron las clínicas de conducta, cuyas funciones se hallan contempladas en artículo 34 del Código.

El Código, consagra del derecho que tiene el menor a nacer y vivir en condiciones que le permitan llegar a su completo y normal desarrollo, físico, intelectual, moral y social. La protección a la maternidad comienza desde que se prueba la concepción y comprende el suministro de los medios económicos para la atención a la madre embarazada; la asistencia en el parto, en el puerperio y durante el periodo de lactancia.

Se establece especial énfasis en el derecho que tiene el menor a permanecer y desarrollarse en el seno de su propia familia, sólo a falta de ésta, o cuando la permanencia en la misma le signifique peligro moral o material, podrá colocársele en un hogar sustituto o en un establecimiento adecuado, con autorización del Tribunal de Menores.

¹⁷³ El famoso triunvirato referido anteriormente, se relaciona a quienes gobernaron el país desde el 11 de enero de 1976 hasta el 9 de agosto de 1979.

Se determina que la protección a la familia, a la maternidad, y a la infancia se hará efectiva en forma inmediata, por los órganos de asistencia social, en cuanto se tuviere conocimiento de tal necesidad. Se ordena que las instituciones referidas en el ámbito de la salud no podrán negar el auxilio que requiere la madre o el niño, so pretexto de desconocer a las personas que deban sufragar los gastos de asistencia. La violación o el no cumplimiento de lo expresado conllevaban las sanciones respectivas conforme lo ordena el artículo 44 del Código analizado.

1.5.5. Código de Menores de 1992

El Código de Menores de 1992, publicado en la Ley 170 del Registro Oficial Suplemento 995 de 7 de agosto de 1992, fue aprobado a la luz de la suscripción y ratificación de la CDN, con lo cual se derogó expresamente el Código de Menores de 1976, que poseía una estructura y visión incompatibles con los principios internacionales contemplados en la CDN. En la norma legal en materia de niñez y adolescencia de 1992, desde el artículo 1 al 42, se enuncia la totalidad de los derechos de los niños previstos en la Convención.

La protección del menor, en esta normativa, se caracterizó por ser integral y llegó a ejercerse en todos los periodos evolutivos incluso el prenatal¹⁷⁴, unido a ello se fijó como principio el establecimiento de servicios, modelos, alternativas de defensa al menor que se encuentra en situación de riesgo. Son señaladas las instituciones con una base familiar, en el marco de las relaciones paterno-filiales, tal es el caso de la patria potestad, tenencia, régimen de visitas, resguardo a la maternidad y alimentos.

Se llegó a establecer la colocación familiar como una institución de protección de forma transitoria, dirigida a los menores que han sido declarados en estado de abandono provisional o definitivo, quienes ingresan a los programas de colocación familiar en familias acogientes, a cargo y control de la Dirección Nacional de Protección de Menores. Además se instituyó la adopción como una institución jurídica de protección con propensión social y familiar, cuyo objetivo fundamental es que el menor tenga una familia permanente, siendo aptos los menores expuestos en abandono, los que carecen de familia, los que han sido abandonados materialmente por su familia, cuando los padres han consentido, y en el caso de los menores huérfanos.

El Código de 1992 determinó la responsabilidad del Estado en la protección del menor contra toda forma de maltrato, para ello se llegó a delegar a la Dirección Nacional de Protección de Menores, a fin de autorizar a organizaciones públicas, comunitarias o no gubernamentales la intervención en la prevención, asistencia y rehabilitación de los menores en situaciones de violencia. Estos organismos especializados debidamente autorizados pueden tomar dos medidas, la amonestación a los mal tratantes, y la entrega del menor a sus padres, parientes o tutores.

Se instituye como organismos encargados del control, coordinación y protección de los derechos del menor al Consejo Nacional de Menores, la Dirección Nacional de Protección de Menores, el Servicio Judicial de Menores, y la Brigada de Menores. Además se estimuló la participación de organizaciones comunitarias y privadas en la preparación de programas de protección, socio-educativos y de atención al menor.

¹⁷⁴ Artículo 4 del Código de Menores de 1992.

En el Reglamento General al Código de Menores publicado el 7 de junio de 1995 Registro Oficial N° 711, se detalla la ejecución y aplicación de las normas de la ley, con relación al resguardo del menor. Los textos jurídicos de menores en el Ecuador referidos en este capítulo, acogieron a manera de referencia normativa los diferentes instrumentos internacionales de protección de menores.

La Declaración del Niño de Ginebra de 1924 con sus cinco principios iniciales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y la CDN de 1989, que textualmente en los considerandos del Código de Menores de 1992, es señalada al expresar: “Que el Ecuador ha suscrito y ratificado la Convención sobre los Derechos de los Niños, la cual es Ley de la República y, por tanto, lo obliga como Estado a adoptar medidas para hacer efectivos los derechos allí reconocidos¹⁷⁵”.

En la siguiente tabla de contenidos, se sintetiza todo lo concerniente a los Códigos de Menores promulgados en el Ecuador desde 1938 hasta 1992, con sus características propias en el contexto histórico político en que fueron promulgados, a partir de una tendencia liberal o conservadora, dependiendo de los gobernantes de turno:

Tabla 5. Códigos de Menores del Ecuador de 1938 a 1992.

CÓDIGOS DE MENORES	CONTENIDO
1938.	Se crea el primer organismo público rector de vigilancia, orientación y coordinación de la protección a la niñez, el Consejo Nacional de Menores que a futuro tendrá diferentes definiciones. Se clasificó a los menores en dos grupos: el primero correspondía a la condición social, eran considerados menores todas las personas humanas desde su nacimiento hasta los veinte y un años de edad; y el segundo en cuanto a sujetos activos del delito.
1944. Codificado en 1959	En el ámbito jurisdiccional se crea la Corte Nacional de Menores, como órgano de apelación de las sentencias de instancia.
1969.	Se introduce instituciones jurídicas como: la adopción, guarda y alimentos.
1976.	Se crean instituciones: Consejo Nacional de Menores, Dirección Nacional de Protección de Menores, los Tribunales de Menores, y la Corte Nacional de Menores, quienes en el ámbito administrativo y jurisdiccional conocen los ámbitos de protección de la niñez
1992.	En el Código se establecieron los derechos establecidos en la CDN, “se mejoró sustancialmente las normas sobre adopciones y se avanzó al establecimiento de formas de participación de la sociedad en la definición de políticas y en la implementación de programas y servicios. Sin embargo no se establecieron mecanismos de exigibilidad de los derechos individuales y colectivos, no se modificó la estructura institucional que mantiene elementos parecidos desde el primer Código de 1938, se mantuvo el tratamiento de situaciones desde las situaciones de riesgo ¹⁷⁶ ”.

Fuente: Códigos de Menores del Ecuador. Elaboración del autor.

¹⁷⁵ La referencia se encuentran en los considerandos de la expedición del Código de Menores de 1992.

¹⁷⁶ PARRAGUEZ, L. (1998:64).

1.5.6. Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia del 2003

El CONA del 2003 empieza a gestarse a partir de 1995, año en que varias organizaciones y movimientos por los derechos de la niñez, como el Foro de la Infancia, el Instituto Nacional del Niño y la Familia (INNFA), Pro-justicia, la Comisión especializada en niñez y familia del entonces Congreso Nacional, empezaron a activarse, para lograr que se expida un nuevo Código en materia de niñez y adolescencia, el cual acopie de manera exacta los postulados previstos en la CDN de 1989, en cuanto al tratamiento cualitativo y cuantitativo de los derechos de la infancia.

En efecto el nuevo Código, tuvo como fuente de inspiración la CDN, se estableció el principio del interés superior del niño en la búsqueda de la satisfacción integral de sus derechos, el de garantizar el derecho a la vida del niño desde su concepción y todos los aspectos de su vida de forma integral. Se instituyó el derecho a que se respeten las garantías jurisdiccionales¹⁷⁷, aplicables a su protección. Se mantiene el sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia, encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de los NNA.

En base al contexto de la doctrina de protección integral de los niños, que se establece inicialmente en la Constitución de 1998, nace el CONA y en su texto se establece las reglas de protección y garantía de los derechos de todos los NNA, así el artículo 1 estipula:

“Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral”.

El CONA 2003, se organiza en cuatro libros:

- Primero. los NNA¹⁷⁸ como sujetos de derechos.
- Segundo. El niño, niña y adolescente en sus relaciones de familia.
- Tercero. Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la niñez y adolescencia.
- Cuarto. Responsabilidad del adolescente infractor.

Sobre el sistema de protección descentralizado de la niñez y adolescencia, se profundizará en el capítulo quinto de la investigación, tomando como referencia conceptual todo lo investigado al momento y la proyección del sistema hasta la actualidad, con especial énfasis, a las instituciones públicas y privadas, las políticas

¹⁷⁷ Garantías Jurisdiccionales en la Constitución de 1998 derogada, tales como: El Amparo establecido en el artículo 95, Hábeas Data artículo 94, Hábeas Corpus artículo 93.

¹⁷⁸ Artículo 4 del CONA, define al niño, niña y adolescente como “la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad”.

públicas, y los planes, programas y sistemas de protección, como:

- El Programa del Muchacho Trabajador del Banco Central del Ecuador creado en 1983, con varias modificaciones a la actualidad.
- El Foro Ecuatoriano Permanente de Organizaciones por y con los Niños, Niñas y Adolescentes.
- Observatorio de los Derechos del Niño (ODNA).
- Instituto Nacional del Niño y la Familia (INFA) el cual en la actualidad forma parte el Fondo de Desarrollo Infantil (FODI) y la Operación Rescate Infantil (ORI), incorporados a la estructura del MIES.
- Plan Nacional de Acción en favor de la Infancia.
- Sistema de Indicadores Sociales sobre los Niños, Niñas y Adolescentes (SINIÑEZ).
- Plan Nacional Decenal de protección integral a la niñez y adolescencia.
- El Acuerdo Nacional por la Niñez y Adolescencia en el cual se precisa el desarrollo de políticas de inversiones sociales adecuadas y medidas legislativas, administrativas y judiciales para garantizar a los niños, niñas y adolescentes todos sus derechos.
- El Fondo Nacional para la Protección de la Niñez y Adolescencia (FONAN), cuya finalidad es financiar: programas y proyectos de atención a la niñez y adolescencia, y estudios e investigaciones sobre la niñez y adolescencia.
- Los Centros de Protección de Derechos.
- Consejo Nacional de Igualdad.
- Concejos Cantonales de Protección de Derechos.

También se investigará la conformación de los órganos administrativos del sistema, los órganos de protección de derechos y el procedimiento administrativo y judicial de protección, y las medidas administrativas y jurisdiccionales como: el acogimiento familiar, acogimiento institucional, y la adopción. Realizando un estudio comparativo con la normativa de la infancia de España y Colombia.

Se debe destacar como rasgo relevante que a partir de 1996, el movimiento que existía en el país en defensa de los derechos de los niños y adolescentes, llegó a proponer una enmienda a la norma suprema, vigente en esa época, con el objetivo de afianzar la presencia de normativa específica que pudiera asegurar los derechos de los niños. A consecuencia de esta lucha son incorporados algunos preceptos legales, no obstante, la reforma legal y la existencia de limitantes, constituyó un precedente para los cambios legislativos posteriores a ejecutarse en materia de niñez y adolescencia.

Como parte de la coyuntura política que ocurrió en el país, a partir de la abdicación del expresidente Abdalá Bucaram, los movimientos y fuerzas sociales promovieron una Asamblea Constituyente, en el año 1998, anhelando la constitucionalización de sus aspiraciones. De esta manera los grupos sociales que lucharon por los derechos de la infancia reclamaron la incorporación en el texto constitucional, de una serie de principios en torno a la protección integral de los menores de edad¹⁷⁹. La propuesta respecto al reconocimiento constitucional de los derechos de los NNA contempló los siguientes elementos:

- Reconocimiento de que todos los ciudadanos ecuatorianos son ciudadanos desde su nacimiento.
- Reafirmación de que los menores de edad ostentan titularidad respecto a todos los derechos humanos, en los que se incluyen aquellos que son específicos de la edad.
- Reconocimiento de determinados principios y derechos vinculados a la infancia y la adolescencia.
- Determinación de las condiciones relacionadas a la institucionalidad pública que posee la obligación de brindar una protección integral y garantía de los derechos.
- Establecimiento de mecanismos de participación para la sociedad civil en aspectos como la definición, el control, y la evaluación de políticas públicas.

Las propuestas fueron implementadas en el texto constitucional aprobado en 1998, esto constituyó el impulso final, unido a la incorporación de los instrumentos internacionales sobre los derechos de los niños, para que se desarrolle todo el proceso de reforma a la ley en materia de niñez y adolescencia en el país. El proyecto de ley fue presentado al órgano legislativo en el 2000, donde el desarrollo de la aprobación legislativa estuvo marcado por inconvenientes, a consecuencia de las oposiciones surgidas entre funcionarios pertenecientes a un antiguo sistema caracterizado por el conservacionismo, y nuevos sectores legislativos que abogaban por un cambio. Ante estas controversias las principales críticas emitidas estuvieron enfocadas en los siguientes aspectos:

- Críticas en cuanto al contenido, tal es el caso de las cuestiones referentes al sistema integral de protección para los niños y adolescentes y el tema relacionado a la responsabilidad penal juvenil.
- Críticas en cuanto a la forma, algunos manifestaron que el proyecto de ley resultaba ser muy extenso, lo cual generaba dificultades para su tratamiento en el órgano legislativo.
- Reclamos en lo relacionado al alcance de la reforma legal, ya que determinados sectores legislativos consideraban suficiente el Código que regía en ese momento.
- Críticas respecto a la presencia de normas especializadas ya que predominaba la ideología que este tipo de legislaciones alcanzaban a inflar la normativa. Por lo que se abogó por reformas y no nuevos cuerpos legales.

¹⁷⁹ MARTÍNEZ, M. (1998: 80).

Todas las críticas respondían a la defensa del *status quo*, evidenciando una clara resistencia ideológica al cambio, de considerar a los NNA como sujetos plenos de derechos, y asumir las consecuencias emanadas de este reconocimiento. Dichas posiciones al final reflejaron un impacto en el CONA aprobado en el 2003, ya que se redujeron el número de artículos, fundamentalmente aquellos destinados a los procedimientos¹⁸⁰, los preceptos legales transitorios que regulaban el servicio judicial de los niños, entre otros.

Analizada la estructura del Código, se puede deducir que es una norma necesaria para lograr superar las deficiencias existentes en la legislación precedente, enmarcada en la doctrina de la situación irregular. Como inconvenientes sujetos a esta doctrina, sobresale la concepción limitante respecto a lo que el menor de edad no es protegido, en el marco de las situaciones de riesgo. De hecho el CONA vigente ha logrado abarcar los principios presentes en la CDN, sin embargo, la norma ecuatoriana desde su aprobación no ha evitado las violaciones sistemáticas de los preceptos de dicho instrumento internacional, lo cual se justificará en el transcurso de la investigación.

El CONA, pretende superar la doctrina de la situación irregular y toma en cuenta la doctrina de la protección integral, esta última acorde a los convenios y tratados internacionales suscritos. Conforme a esto la norma legal tiene dos características principales, integralidad y garantismo. Tomando en cuenta la integralidad en el CONA, se refleja en su contenido al establecer derechos, responsables y mecanismos de protección, y la garantía para el cumplimiento de estos derechos. Como parte del contenido se encuentran las reglas para el desarrollo del juzgamiento en las situaciones donde los NNA, son acusados del cometimiento de algún hecho delictivo.

Además el CONA, reconoce obligaciones acorde con la edad del niño y adolescente, también se establece la responsabilidad penal juvenil, con todas las garantías legales, y la aclaración que su tratamiento es distinto al recibido por un individuo adulto. A partir del establecimiento de todo un conjunto de derechos fue estructurada toda estrategia y mecanismos a través de los cuales se respeta y se hacen efectivos estos derechos desde un marco individual y colectivo, al tiempo de otorgarles la debida protección ante situaciones de amenaza y violación, a consecuencia de acciones u omisiones del Estado, la sociedad, personas particulares, entre otros¹⁸¹.

Desde su papel garantista, el CONA del Ecuador aplica el sistema de justiciabilidad, de manera directa hacia todos los derechos contemplados en el cuerpo normativo¹⁸². Como uno de los objetivos de mayor importancia en los inicios de su vigencia se destaca perseguir un cambio de la realidad que predominaba, es decir, transformar y erradicar las situaciones de abuso, desconocimiento y exclusión de los NNA. Hecha esta salvedad, se debe referir que la norma legal contiene preceptos que son de aplicación inmediata, lo que significa la existencia de procedimientos específicos, ejemplo los referentes a cuestiones de capacidad del menor de edad¹⁸³.

¹⁸⁰ Tal es el caso de la omisión del procedimiento establecido en el proyecto de ley, para la acción de protección.

¹⁸¹ PARRAGUEZ, L (1998: 67 y 71).

¹⁸² Esta justiciabilidad deberá ser entendida como la potestad que posee el Juez, para emitir consideraciones en los casos de violación de un derecho específico del menor de edad, y la toma de medidas de protección acorde a la situación.

¹⁸³ Artículo 41 párrafo segundo del CONA de 2003.

Como respuesta a la necesidad de protección a los NNA, el CONA contempla determinadas condiciones institucionales (administrativas y económicas), con el propósito de que los preceptos legales establecidos sean concretados en la práctica, y que la norma legal posea una serie de garantías que reduzcan la distancia de lo regulado y su materialización. Se cumple con lo dispuesto en la doctrina jurídica respecto a la funcionalidad y el papel de las garantías legales, considerando las: “Técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales¹⁸⁴”.

En lo que respecta a la naturaleza del CONA, el órgano legislativo lo consideró una ley orgánica¹⁸⁵, por lo que las disposiciones aprobadas fueron por mayoría absoluta de los integrantes o miembros del entonces Congreso Nacional. En relación a los principios presentes en esta norma legal se pone de manifiesto el principio de igualdad y no discriminación (artículo 6), la interculturalidad (artículo 7), la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia (artículo 8), la funcionalidad básica de la familia y su responsabilidad compartida, (artículo 9), la obligación o deber del Estado frente a la familia (artículo 10), el interés superior del niño como principio (artículo 11), la prioridad absoluta (artículo 12), el ejercicio progresivo de los derechos (artículo 13), y la aplicación en un sentido favorable de la norma legal hacia los NNA (artículo 14).

Conviene reiterar que los derechos, deberes y garantías consagrados en la ley parten de los instrumentos internacionales y la norma constitucional vigente en ese periodo de tiempo en el que fue aprobado el CONA. La compilación de estos derechos respondió a un cierto orden metodológico, a través del cual se puede apreciar una visión unificada del sistema, de los derechos, deberes y garantías, lo cual brinda facilidad de su comprensión. Es establecida la titularidad de los NNA respecto a sus derechos, en los cuales se especifica la edad, y es desarrollada una clasificación según los objetivos que niños y adolescentes poseen. Los derechos son instaurados acorde a la protección, la supervivencia, el desarrollo y la participación, lo que marca una distancia amplia de las antiguas modalidades de clasificación. Se manifiesta en el Código la independencia e indivisibilidad (artículo 16) de los derechos, así como la responsabilidad y obligación para su efectividad y eficacia (artículo 18) a los organismos correspondientes.

¹⁸⁴ FERRAJOLI, L. (2001: 48).

¹⁸⁵ Al efecto el artículo 142 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, vigente a la expedición del CONA 2003, determina las características de una ley orgánica, precisa que ellas “regulan la organización y actividades de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial; las del régimen seccional autónomo y las de los organismos del Estado, establecidos en la Constitución”, y “las que regulan las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección”.

CAPÍTULO II. LA PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LA NIÑEZ

En palabras de Boaventura de Sousa Santos: “El origen occidental de los derechos humanos puede fundarse en congruencia con su universalidad si, hipotéticamente, en un determinado momento de la historia estos se aceptaran universalmente como estándares de la vida política y moral¹⁸⁶”. Si se analiza en retrospectiva, la contemplación de los derechos fundamentales se llegan a manifestar marcados y numerosos episodios de abuso, maltrato, abandono, y en definitiva de explotación, marginación y muerte sufridos por las personas, principalmente por sectores vulnerables de la sociedad como es el caso de los niños, a lo largo de los siglos acaecidos, en mérito de una legislación y costumbres ciertamente intolerables.

Al respecto autores como Ocón, J. (2006), han desarrollado este tema, y han considerado en relación con los sacrificios de niños y niñas, lo siguiente:

“Para dilucidar este trato basten algunos lejanos ejemplos: en Tiro y Sidón se sacrificaba a los niños para calmar la ira de los dioses; en Egipto, anualmente se ahogaba en el Nilo a una jovencita para que el río se desbordara y fertilizara las tierras; en China, las niñas eran abandonadas a las afueras de la ciudad para que sirvieran de pasto a los lobos; en Suecia, el rey Aun sacrificó al Dios Odín nueve de sus hijos; en Esparta, si la Asamblea de Ancianos no juzgaba útil para el Estado al recién nacido, era lanzado a las simas del monte Tajeto para alimentos de las fieras. En Atenas, de igual modo, el destino del recién nacido dependía totalmente de los deseos del padre”¹⁸⁷.

La historia está llena de protagonistas, la mayoría de ellos invisibles. Se ha afirmado que Ariés P., al reconstruir la historia de la infancia, tuvo grandes problemas al no encontrar recuento por parte de los historiadores tradicionales. Recurrió a otras fuentes, entre ellas la Biblia y la pintura. En la primera se puede constatar que simplemente los niños y niñas no aparecen, y cuando lo hacen están en situaciones extremas, son personajes elegidos o divinos. Lo triste es que los elegidos asoman en situaciones que hoy se considerarían graves violaciones a los derechos humanos y hasta delitos contra la humanidad. Por ejemplo, José que fuera vendido por sus hermanos, Moisés abandonado en una canasta en el cauce del río Nilo, Abraham que iba a matar a su hijo Isaac en sacrificio de fe en la cima de una montaña, la masacre de los inocentes para evitar que nazca Jesús, acontecimiento confirmado a través de un pasaje bíblico en la cual Jesús se encuentra con los sabios de la Ley a los doce años, demostrando la invisibilidad de los niños. En la pintura, los niños no emergen porque simplemente no son tomados en cuenta. Cuando afloran, lo hacen como si fuesen adultos chiquitos y ángeles; y, ya bien entrada la modernidad, comienzan a ser retratados. Esto refleja que en la historia fueron invisibles¹⁸⁸.

¹⁸⁶ BOAVENTURA DE SOUSA, S. (2012: 152).

¹⁸⁷ OCÓN DOMINGO, J. (2006: 113-131).

¹⁸⁸ ÁVILA SANTAMARÍA, R. (2012: 31-32). El autor refiere en esta parte a Ariés Philippe, en “El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen, Madrid: Editorial Taurus, 2001. Es menester resaltar que Ávila Santamaría, en el texto, asocia el derecho con la literatura, al relacionar las doctrinas de los derechos humanos con la historia del Principito de Antonie de Saint-Exupéry.

La igualdad y la garantía de los derechos son condiciones no sólo necesarias, sino también suficientes para la formación de la unidad, “identidad colectiva”. Esta se funda en el respeto recíproco, antes que en las mutuas exclusiones e intolerancias generadas por las identidades étnicas, nacionales, religiosas o lingüísticas. Nada autoriza a afirmar que la perspectiva de un Estado internacional de derecho sea en el plano teórico irrealizable. Su desarrollo y materialización depende tan solo de la política y precisamente de la voluntad de los países más fuertes en lo económico y militar¹⁸⁹.

A partir de la segunda posguerra se crean sistemas para la protección de los derechos humanos en el ámbito regional e internacional, con un carácter subsidiario, lo que ha producido la “internacionalización de los derechos humanos”, y con ello la creación de organismos jurisdiccionales supranacionales que el propio Cappelletti bautizó como “la jurisdicción internacional de las libertades¹⁹⁰”. Esto es ratificado por Pasará L., (2008), al expresar:

“En las seis décadas siguientes, estas normas no sólo han crecido en número y han pasado a abarcar una serie muy variada de aspectos. Además, han visto fortalecida su vigencia de dos maneras complementarias. Una es el resurgimiento de la jurisdicción internacional. La otra es la vigencia de tales normas dentro del orden jurídico interno. La primera vía goza de mayor visibilidad; la segunda, que no la tiene tanta, es sin embargo mucho más importante¹⁹¹”.

Surgiendo los tratados y convenios internacionales, como parte fundamental de la garantía de protección de los derechos humanos, y especialmente de los derechos de los NNA. Es evidente que no basta simplemente con su sola existencia, resulta necesario el compromiso de cada uno de los Estados, que han suscrito y ratificado los tratados internacionales, ya que, en este sentido:

“(…) la defensa de los derechos supone al mismo tiempo la del principal instrumento para alcanzar hoy su protección del Estado. Claro que no se trata de cualquier Estado, y menos aún de uno convertido en coto de caza de los intereses burocráticos y privados, sino de un Estado democrático y de derecho que facilite la expresión y realización de los intereses públicos¹⁹²”.

De aquí que los derechos de los niños y niñas son derechos humanos, y las normas establecidas en los instrumentos internacionales garantizan el principio de protección integral de la niñez, es decir, de máxima operatividad y mínima restricción de sus derechos. Al hablar de la vida de los NNA, es hablar de la vida de las personas, digna con garantías, en su verdadera dimensión humana, cuyo fin es el alcanzar la felicidad¹⁹³. Hay que señalar, que los derechos fundamentales son la expresión más inmediata de la dignidad humana, en la cual los seres humanos poseen derechos fundamentales por tener dignidad o calidad de persona. Así, el Estado debe limitarse a

¹⁸⁹ FERRAJOLI, L. (2001: 31-46).

¹⁹⁰ FERRER MAC-GREGOR, E. (2001: 209-224).

¹⁹¹ PASARA, L. (2008: 29).

¹⁹² PISARELLO, G. (2002: 297).

¹⁹³ “Alcanzar la felicidad es un fin al que alude la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, cuando en su primer considerando señala que “los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad”. De esta forma, las constituciones americanas parecen tener una clara orientación de crear condiciones para la felicidad de los individuos, basada en la propia dignidad del ser humano.

reconocer dichos derechos, pues son catalogados como naturales del hombre y posteriormente a protegerlos a través del ordenamiento jurídico internacional y nacional establecido.

2.1. DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS DE 1924

Al analizar específicamente los derechos de los NNA, el instrumento universal más relevante es la CDN de 1989¹⁹⁴. Su impacto es considerable porque goza de mayor aceptación y reconocimiento internacional, ya que desde su primer artículo define claramente el ámbito de aplicación específica al mencionar: “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad¹⁹⁵”.

Es necesario conocer cuáles son los antecedentes de esta Convención, y la evolución de los derechos de la niñez. Conforme a ello vale destacar el criterio de autores como Dávila P. y Naya L. (2006) que en el proceso de evolución de los derechos de la infancia, resaltaron:

“(…) a lo largo de los siglos XIX y XX existe una serie de políticas nacionales de protección a la infancia, que se da un progresivo proceso de internacionalización de estas políticas, a partir de la creación de asociaciones y congresos sobre protección a la infancia; la asunción por parte de organismos internacionales de los derechos de la infancia, a través de diferentes tratados desde 1924 a 1989, ha puesto un fenómeno expansivo, proponiendo unos modelos de aplicación a los países en desarrollo y que el discurso que sostienen los tratados y documentos sobre los derechos de la infancia no han variado sustancialmente hasta la convención de 1989, donde por primera vez, se reconocen unos derechos civiles a niños y niñas, además de los clásicos de protección y ayuda¹⁹⁶”.

¹⁹⁴ La Convención ha sido ratificada por casi todos los países reconocidos por la ONU con autogobierno y completa independencia; salvo los Estados Unidos de América. El gobierno de Estados Unidos, durante la Administración de Bill Clinton, firmó la Convención de 1989, pero nunca la ha enviado al Senado para que sea ratificada. Eso quiere decir que si bien respalda los derechos descritos en el documento, no está obligado legalmente a acatarlos. Lo cual es curioso considerando que ese país fue uno de los más activos propagandistas y negociadores del acuerdo. La decisión del gobierno estadounidense de no ratificar el documento alimenta una tendencia ya vista antes, según la cual Estados Unidos si bien impulsa la formación de tratados de derechos humanos, es reacio a adoptarlos para sí mismo. En el pasado hemos visto muchos casos en los que ese país participa activamente en la elaboración de esos instrumentos, pero luego se niega a suscribirlos y/o ratificarlos. Así sucedió con la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Una de las razones que se cree podría estar detrás de esta postura, es que la idiosincrasia norteamericana de libertad absoluta se siente ofendida ante la idea de las restricciones que los tratados de derechos humanos contienen. Por ejemplo, en el caso específico de la Convención de Derechos del Niño una rápida búsqueda en internet arroja innumerables sitios de organizaciones estadounidenses que argumentan que la Convención causa que los padres "pierdan su derecho a ser padres" y "socava" a la familia con resultados frecuentemente "trágicos y devastadores" para los mismos niños, como dice la entidad Parental Rights. Muchos políticos norteamericanos, en especial lo de tendencia republicana, ven a los tratados internacionales de derechos humanos con sospecha porque los interpretan como mecanismos de reducción de la soberanía estadounidense. Así, en materia penal la mayoría de tratados incluyen expresas prohibiciones del uso de la pena de muerte en el derecho penal interno de los estados, siendo que en Estados Unidos leyes penales, federales y estatales contemplan a la death penalty como instrumento legal habitual, lo que convierte a esa nación en el único Estado del hemisferio occidental que aún la emplea. No es muy popular, en especial en los Estados sureños como Florida o Texas, la idea de renunciar a ella, por lo que los políticos, muy aficionados al cálculo electoral, prefieren mantener a Estados Unidos al margen del desarrollo de este tipo de tratados.

¹⁹⁵ Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁹⁶ DÁVILA BALSERA, P.; NAYA GARMENDIA, L. (2006: 72).

Acorde a lo expresado por estos autores resulta necesario analizar los instrumentos internacionales trascendentales de los derechos de los NNA, y así poder visualizar cómo se han desarrollado dichos derechos. La Sociedad de Naciones reunida en la ciudad de Ginebra en su VI Asamblea de 24 de septiembre de 1924, aprobó la primera Declaración de Derechos del Niño, que por su trascendencia se transcribe textualmente para observar la regulación existente en ese entonces a los niños, y además que esta Declaración reconocía que “la humanidad debe a los niños lo mejor que puede ofrecer”. A continuación, se mencionan esos principios fundamentales:

“Primero: El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.

Segundo: El niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser atendido, el niño deficiente debe ser ayudado, el niño desadaptado debe ser radicado, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.

Tercero: El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.

Cuarto: El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.

Quinto: El niño debe ser educado inculcándose el sentido del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo¹⁹⁷”.

Este primer documento internacional refleja que a los derechos que fueron asignados los caracterizaba una esfera proteccionista, tomando en cuenta que la primera Declaración de los derechos de los niños y niñas surgió tras la Primera Guerra Mundial, que tuvo como consecuencia la pérdida de cuantiosas vidas humanas. La historia del mundo siempre llena de conflictos, soportó la Segunda Guerra Mundial, y posterior a esta con el fin de garantizar la paz mundial, los países vieron la necesidad de firmar un tratado o convenio internacional, por lo que nació la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el año 1948.

2.2. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE 1948

Los derechos humanos en especial los de la niñez, encuentran protección internacional tanto en el sistema universal de las Naciones Unidas como en los sistemas regionales, En el caso para América, es la Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Los NNA son titulares de los derechos fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales, sobre la base del principio de igualdad y no discriminación, ya que la protección, el ejercicio y el goce de estos derechos, corresponde a todos los seres humanos.

En relación con todo este amparo, acción y satisfacción, resulta necesaria la adopción de instrumentos vinculantes para reafirmar toda la protección indispensable a la niñez, hacia lo cual se debe tomar en cuenta la existencia de un riesgo permanente y sistemático de la violación de sus derechos. La doctrina ha establecido concordantemente, que los instrumentos internacionales son de dos clases: el *hard law* y el *soft law*. El primero consiste en los tratados, convenios, pactos, protocolos que poseen igual naturaleza jurídica, instrumentos que requieren un trámite de aprobación normalmente parlamentario al interior de los Estados, y que su ratificación debe depositarse al organismo internacional. Una vez ratificados, los Tratados tienen fuerza

¹⁹⁷ Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924.

vinculante y pueden ser invocados ante una autoridad judicial como cualquier otra norma vigente¹⁹⁸.

En el caso de los Tratados de derechos humanos, estos contienen un preámbulo que es el porqué del tratado, obligaciones generales donde se establece el respeto de los derechos, y la enunciación de los mismos que constituye el cuerpo central del tratado, y se fijan mecanismos de protección, e información de los derechos, como lo determinado en la CDN. Un mecanismo cuasi contencioso establecido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; o un mecanismo contencioso, como el reconocido en el Estatuto de Roma.

El *soft law*, implica simplemente una firma del Estado. Estos instrumentos no tienen un proceso de ratificación, enumeran derechos, pero no poseen un mecanismo de protección internacional. Se considera, por tanto, que no es vinculante y de ahí la denominación de “derecho suave”. Entre los documentos de *soft law* se pueden enunciar las declaraciones, las resoluciones, las normas mínimas y las directrices¹⁹⁹.

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos, determinan dos obligaciones generales para proteger los derechos, que son respetar y garantizar. La obligación de respeto se caracteriza por tener una naturaleza negativa, ya que corresponde a un no actuar por parte del Estado, es decir, una prohibición absoluta y definitiva al abuso del poder, mientras que la obligación de garantizar es de naturaleza positiva, puesto que requiere que los Estados adopten medidas para satisfacer el derecho en cuestión²⁰⁰.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce derechos mínimos inherentes a todas las personas sin ningún tipo de discriminación, también deja explícito los principios de la indivisibilidad, interdependencia e igual valor de los derechos humanos. Declara el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin establecer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión como uno de los propósitos de la ONU. Esta declaración, referente a la igualdad y no discriminación, se constituye en uno de los principios más fundamentales para el desarrollo posterior de pactos y convenios. La Declaración adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, fue el primer paso hacia el logro de ese objetivo.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptados en 1966, conjuntamente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos. En efecto, desde el 10 de diciembre de 1948, los derechos humanos y las libertades fundamentales han quedado codificados en cientos de instrumentos universales y regionales, tanto vinculantes como no, que abarcan casi todos los aspectos de la vida humana y se refieren a una amplia gama de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales²⁰¹.

¹⁹⁸ MARTÍN LÓPEZ, M. (2010: 63-80).

¹⁹⁹ ÁVILA SANTAMARÍA, R. (2002: 773 y 822) aporta lo referente al *soft law*.

²⁰⁰ SILVA PORTERO, C. (2009: 577-616). La autora refiere como base de las afirmaciones a Melish Tara, autora del libro *Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Editorial: Center for International Human Rights, Yale Law School. (2003: 176-177).

²⁰¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Manual para Parlamentarios* No. 8. Editorial: Unión Interparlamentaria. Bruselas. (2005).

2.3. DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS DE 1959

El 20 de noviembre de 1959, se aprobó otra Declaración de los Derechos del Niño, la cual tuvo un respaldo unánime, por los 78 Estados miembros de la ONU en aquel entonces. Esta fue adoptada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución 1386 (XIV). El nuevo instrumento internacional en materia de niñez, reconoció en sus diez principios una extensa progresión de derechos atribuibles a los niños, sin discriminación, como derecho a un nombre, nacionalidad, vivienda, alimentación, educación, comprensión, amor, servicios médicos, gozando especialmente de una protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación, para su desarrollo físico, mental, moral y socialmente saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

Es de vital importancia, resaltar que en el instrumento internacional surgió un principio fundamental “el interés superior del niño²⁰²”, el cual se transformó en el principio rector de quienes ostentaban la responsabilidad de su educación y orientación, jerarquizando dicha responsabilidad en primer lugar a los padres. Hasta este momento histórico, se observa a todas luces que desde el primer instrumento internacional, la Declaración de 1924 referida a la protección de los niños y sus derechos, no existió un carácter vinculante y obligatorio para los Estados, por tratarse de una Declaración.

Tiempo ulterior, surcando por la propia Declaración Universal de los Derechos de 1948 y la Declaración del Niño de 1959, solamente se hace una referencia, a la atención que debe recibir el niño en caso de encontrarse en estado de vulnerabilidad, y la condición en la que nace sea dentro de un matrimonio o no. Si bien la Declaración de 1959, establece diez principios, estos se realizan sobre la base de “que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

2.4. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE 1966 Y EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE 1966

Dentro de este marco ha de considerarse de manera sucinta al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A, de 16 de diciembre de 1966, con entrada en vigor el 3 de enero de 1976, y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la misma resolución referida con la diferencia de su ingreso en vigor el 23 de marzo de 1976 conforme el artículo 49.

En el primer Pacto se constriñe que los Estados Partes, deberán adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición, además de proteger a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social²⁰³. Esto tiene su razón de ser al tratarse de un Pacto de carácter económico, social y cultural. En

²⁰² El Principio 2 de la Convención, señala por primera vez el principio de interés superior del niño al efecto textualmente se establece, “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

²⁰³ Artículo 10 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966.

tanto que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fija el derecho de todo niño, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección cuya condición de menor requiere, por parte de su familia como de la sociedad y del Estado, y el derecho a la identidad y la nacionalidad.

Los dos Pactos descritos, van a influir en el posterior surgimiento de la CDN, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que marcó un punto de inflexión en el tratamiento jurídico de los niños, pues este Tratado del derecho internacional es el primero en caracterizarse por tener fuerza vinculante, a diferencia de lo que ocurriría con las Declaraciones de Derechos de la Infancia de 1924 y de 1959, y por eliminar el sistema tutelar y en su reemplazo establecer el de protección integral de los derechos de los niños. A partir de entonces, el proceso de desarrollo de la legislación en esta área, denominada también como derecho de la infancia, cobrará un gran auge doctrinario, normativo y jurisprudencial.

Por esa razón resulta particularmente sustancial la Convención en el ámbito internacional y nacional, pues la estructura de un sistema normativo que reconozca el nuevo estatuto de protección de los infantes, está en función de su aplicación y ulterior desarrollo, lo que implica que la libertad del legislador para normar, esté condicionada por los mínimos previstos en la Convención.

En este sentido, las implicaciones de la CDN en la legislaciones son muy importantes, pues se abandonó el sistema tutelar o protectorio que existía hasta ese entonces, el cual se sostenía en un intervencionismo ilimitado del Estado respecto de aquellos “menores” que se encontraban en una “situación irregular” o de “abandono moral y material”, que generó más inequidades que respuestas eficaces, y se implementó el sistema basado en el principio del interés superior del niño, o denominado Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia²⁰⁴, que consagra al niño no sólo como un sujeto titular de derechos sino también capaz de asumir responsabilidades.

2.5. REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA JUVENIL (REGLAS DE BEIJING) DE 1985

En las últimas décadas han sido aprobados una notable cantidad de instrumentos jurídicos en el ámbito internacional en materia de niñez y adolescencia, con el fin de ofrecer una respuesta a la preocupación creciente en cuanto a la promoción y protección de los derechos. Las Reglas de Beijing adoptadas en el año 1985, significaron una orientación para los Estados, cuyo fin estuvo enmarcado en la protección de los niños y en poder entregar respuesta a sus necesidades. Otra de las pretensiones implícitas en la aprobación de estas Reglas Mínimas fue la elaboración de sistemas especiales que abarcaran la administración de justicia hacia los menores de edad.

El Pacto Internacional Sobre los Derechos Civiles y Políticos del año 1966, y las Reglas Mínimas Uniformes para el Tratamiento de Reclusos aprobadas en 1955, antecesores a las Reglas de Beijing, establecieron una serie de parámetros básicos de

²⁰⁴ SALADO OSUNA, ANA. (2002: 327) Realiza un análisis y reflexiones sobre la Opinión Consultiva 17 de 28 de Agosto de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación a la condición jurídica y Derechos Humanos del Niño.

aplicación general a todos los reclusos, pero carecían de una respuesta efectiva de la resolución de los conflictos surgidos en torno a los NNA. Es por ello que las Reglas de Beijing se erigieron como el primer instrumento de carácter jurídico e internacional que refleja un conjunto de normas pormenorizadas, dirigidas directamente a la administración de justicia de los NNA, por lo que marca el camino en los inicios de una evolución positiva y correcto desarrollo de la justicia de menores.

El órgano que presentó estas reglas para su aprobación fue el entonces Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia²⁰⁵, que además fue el protagonista en su elaboración con el fin de constituir reglas modelos de utilidad de los Estados miembros de la ONU. Con las Reglas de Beijing se logró implantar como principio general:

“La justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de la justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y el mantenimiento del orden pacífico de la sociedad”. (Principio 1.4).

El principio expuesto parte de orientaciones básicas, que poseen un carácter general y se refieren a una política social en su conjunto. El propósito principal del establecimiento de las ordenaciones recae en promover el bienestar del menor de edad en la medida de las posibilidades, esto permitiría disminuir a un índice mínimo el importe de casos que requieran la injerencia del sistema de justicia de la niñez, y contribuiría a reducir la cantidad de perjuicios que son generados por cualquier tipo de intervención de las autoridades oficiales. Todas estas medidas de atención para la niñez tienen un fin preventivo del delito antes de los inicios de la vida delictiva, por lo que representan elementos básicos que deberán ser tomados en cuenta.

En relación con las Reglas, éstas serán aplicadas a los NNA delincuentes con imparcialidad, sin distinción de “(...) raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de cualquier otra índole origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición²⁰⁶”. Ello significa que la formulación de las Reglas fue desarrollada de forma reflexionada, para que puedan ser aplicables a los distintos sistemas jurídicos, y lleguen a establecer preceptos legales mínimos en el trato de los NNA catalogados como delincuentes, independientemente de la noción que se considere respecto al joven y a otro sistema de tratamiento de los menores.

Del contenido de las reglas se distingue que en ellas se fundaron las condiciones mínimas para el tratamiento de los delincuentes juveniles, debiendo tomarse todas las precauciones que disminuyan al mínimo posible la afectación al desarrollo de su personalidad, por ello fueron fijados algunos parámetros:

- Principios generales.
- Investigación y procesamiento.

²⁰⁵ Al respecto se ha señalado que este órgano era dependiente del Consejo Económico y Social de la ONU, el cual tuvo sus orígenes en un Comité Asesor de Expertos, que surgió el 1ero de diciembre de 1950, y recibió dicha denominación por medio de la E/Res/1584 (L) en el año 1971; por último, este órgano fue disuelto en el año 1992. En ESCRIBANO ÚBEDA, J. (2009: 39-40).

²⁰⁶ Regla número 2.1 de Beijing.

- Adopción de sentencia y la resolución.
- Tratamiento fuera de los establecimientos penitenciarios.
- Tratamiento en los establecimientos penitenciarios.
- Investigación, planificación, formulación y evaluación de políticas.

Resulta necesario mencionar aquellos principios generales acogidos en las Reglas de Beijing, ya que marcan la esencia y necesidad de aprobación de este documento internacional, en ellas se establece lo siguiente:

1. Tratamiento justo y humano de los menores de edad, cuyo objetivo de la justicia de menores es fomentar el bienestar y así equiparar la reacción de las autoridades a las características del hecho delictivo y del infractor.
2. Los procedimientos ante cualquier autoridad serán desarrollados de conformidad con el mejor interés para el menor de edad, ante lo cual le deberá ser permitido participar y expresarse de manera libre.
3. La intervención de la reclusión del menor será empleada como último recurso, por lo que su duración será lo más breve posible y el menor de edad deberá estar separado de los adultos.
4. En el caso de la materialización de la privación de libertad al menor esta solo será impuesta después de haber sopesado cuidadosamente la situación, y solo en el caso de la comisión de delitos calificados como graves.
5. Deben ser abolidos los castigos corporales y la pena capital.
6. Las autoridades que tienen que tratar con el menor de edad infractor, deberán recibir una formación especializada y continua.

Como un aspecto negativo a señalar respecto a las Reglas de Beijing es en que no fue alcanzado un consenso para delimitar el concepto de mayoría de edad penal, por lo que fue establecida una especie de fórmula abierta, por medio de la que se instituyó que:

“En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual”. (Regla 4.1).

2.6. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989

La Convención se basa en cuatro principios fundamentales: el interés superior del niño; la no discriminación; la corresponsabilidad en la garantía de los derechos especialmente el de la vida, supervivencia y desarrollo integral y el ejercicio progresivo de las facultades, teniendo vital importancia la opinión del niño. En mérito de que los derechos del niño son derechos humanos y como tales tienen un componente en la

construcción de la democracia, el desarrollo en la Convención debe actuar con la finalidad de cambiar la convivencia social²⁰⁷. Estos principios rectores y transversales que establece la CDN, sobre los cuales se apoyan el resto de los derechos serán analizados a profundidad en el capítulo tercero.

La CDN alcanza a representar un valioso avance en cuanto al reconocimiento de los derechos de los niños. Se destaca la confirmación del NNA como sujeto de derechos, respecto a aquellos relacionados con la persona humana, y con ello son tomadas en cuenta las consecuencias que trascienden al ámbito jurídico. Este aspecto constituye el principal elemento que impulsa el inicio de toda una ideología de concienciación respecto al verdadero lugar que el niño debe ocupar en la sociedad, y al vínculo directo que existe con el individuo adulto.

Es necesario agregar que este instrumento internacional contribuye a la codificación de valores que poseen un carácter universal, e impulsa a su vez la capacitación y concienciación en la sociedad de la importancia que tienen los derechos fundamentales y sus respectivas garantías. En esta CDN se contemplan derechos y libertades que reflejan un cierto valor didáctico. La naturaleza global de la CDN reafirma el conjunto de derechos fundamentales ya reconocidos de manera previa por la comunidad internacional, y especifica aquellos que le son propios a los NNA.

La efectividad y valor de la CDN se encuentran directamente vinculados al trabajo que pueda desempeñar el Comité de los Derechos del Niño, que tiene la responsabilidad de velar por el cumplimiento de las obligaciones que han contraído los Estados Partes. Esta práctica resulta ser frecuente en el marco del derecho internacional, por ejemplo, en materia de derechos humanos es habitual que sea establecida una entidad para que actúe a tales efectos.

Si se analiza a modo general el Comité de los Derechos del Niño, se puede apreciar que no posee una competencia respecto de denuncias formuladas de la violación de los derechos reconocidos en la CDN. Su accionar principal está dirigido a la consideración de los informes elaborados por los Estados Partes, en los temas desarrollados para poner en práctica los preceptos contemplados en la CDN, además de aquellas medidas que se han ejecutado, y garantizar el goce de los derechos.

Una de las innovaciones presentes en la CDN, es que vincula en su cuerpo normativo a la función de control en cuanto al cumplimiento de la Convención, y la de asistencia técnica, tanto en la ONU y las agencias, entidades que integran su amplio sistema, cuya tarea está encaminada al acatamiento de los derechos del niño. De esta manera el Comité de los Derechos del Niño actúa en calidad de ente de vigilancia, y también como un organismo de coordinación para brindar una asistencia material y técnica.

En el transcurso del siglo XX, uno de los movimientos más significativos fue el desarrollado en torno a la lucha por la protección de los derechos del niño, que tuvo su máxima expresión en la aprobación de la CDN. A pesar de la diversidad cultural y la dificultad implícita en materia de infancia, la CDN se transformó en un instrumento de universal y ágil reconocimiento en el ámbito jurídico, con una gran aceptación social²⁰⁸,

²⁰⁷ BARATTA, A. (1998: 73).

²⁰⁸ La Convención se constituye en el instrumento internacional de mayor aceptación y ratificación mundial, lo que demuestra que existe el interés universal de velar por los derechos y la protección de la infancia. El 5 de mayo de

y ponderar de que el alcance de un consenso resulta casi siempre un objetivo difícil de lograr, y que en temática de niñez y adolescencia sobresalen las diferencias culturales, distintos sistemas jurídicos, variados límites en cuanto a la intervención del Estado y la protección del menor de edad, la CDN pudo desarrollar ese consenso y adoptar las medidas esenciales para iniciar así la efectividad de los derechos de los niños.

Con todo esto la CDN pudo superar a partir de la decisión de los propios Estados Partes, la erradicación de las visiones excluyentes y esas características culturales diversas, que en alguna medida imposibilitaban la edificación de estándares jurídicos, que llegan a ser comunes al ser humano y vinculados a los derechos fundamentales. Es por ello que la CDN se convierte en uno de los avances más significativos y coherentes en cuanto a la positivización internacional de los derechos humanos, específicamente para los NNA.

2.6.1. Estructura de la Convención

Corresponde analizar la estructura de la CDN, la cual representa una protección integral para la atención a la niñez en el mundo, al reconocerle una categorización jurídica específica fundada en sus derechos prevalentes. Posee además un valor jurídico, y llega a generar compromiso a los Estados que la han ratificado, está constituida por tres partes importantes: un preámbulo, el contenido y los mecanismos de protección.

2.6.1.1. Preámbulo

El preámbulo de las normas jurídicas ha sido considerado como impulsor de variados propósitos. En el caso de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, el preámbulo puede reflejar los antecedentes que tienen mayor relevancia que fundamentan la necesidad de la existencia de dicho instrumento internacional. En la CDN se realiza un recuento de sus antecedentes y el por qué se redactó, un examen de los derechos y libertades inherentes al hombre, reconocidos previamente por las Naciones Unidas en la Declaración Universal de 1948.

Son ratificados los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas de 1948, como la libertad, la justicia y la paz en el mundo, que se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Se recordó el cuidado y asistencia especial de la infancia, la necesidad de la protección familiar y exclusiva de los niños, además del desarrollo de la educación como preparación para una vida independiente.

En la CDN se perpetúa la necesidad de proporcionar al niño una protección especial, enunciada en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924 y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10), y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

2015, Sudan del Sur ratificó la Convención; al igual que el 1 de octubre de 2015, Somalia ratificó la Convención y actualmente suman 196 los países que han defendido ese importante compromiso internacional. Se reitera que Estados Unidos es el único país que no ha ratificado, pese a firmar en 1995 y suscribir los dos protocolos a la Convención, sobre niños en conflictos armados y venta, prostitución y pornografía infantil.

Son recordados los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional y las Reglas de Beijing para la administración de la justicia de los niños, y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado. Se reconocieron, que en todos los países hay niños que viven en condiciones excepcionales y difíciles, como sucede actualmente con los conflictos de Oriente Medio, iniciados por la diversidad de tradiciones, y los valores culturales y religiosos.

En el Preámbulo²⁰⁹ se reconoce imperativamente la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo.

2.6.1.2. Contenido de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes

En la Convención existe un eje transversal que irradia todo su contenido, que consiste en la exposición de los principios generales de la infancia, implícitos en los siguientes artículos de la CDN:

Principio de la Igualdad y no discriminación, por motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, origen social o étnico, discapacidad, apariencia física, o cualquier otra condición del niño, niña o adolescente, de sus padres, de su grupo familiar representantes legales o responsables en su caso (Artículo 2).

Principio del Interés Superior del menor, que para el Comité de los Derechos del Niño, hace referencia a todas las medidas que tomen tanto las instituciones públicas o privadas, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, y exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura (Artículo 3).

Principio Derecho a la vida y la supervivencia, pues sobre él tiene cabida el resto de valores que acompañan al proceso vital, siendo obligación de los Estados Partes garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (Artículo 6).

Es el ejercicio progresivo de las facultades en el cual se señala las opiniones de los NNA, por el derecho a expresar libremente sus opiniones en todos los asuntos que tenga interés y que las mismas sean tomadas en cuenta en función de su madurez y desarrollo (Artículo 12).

Además de los principios transversales mencionados, en la CDN se señalan los derechos de todos los NNA que se deben respetar y proteger, y la exigencia de que los derechos se apliquen a la luz de los fundamentos rectores de la misma, para tales fines se establecen límites infranqueables ante cualquier abuso o arbitrariedad del propio Estado o de personas naturales o jurídicas. Existen muchas clasificaciones de los Derechos de la Convención, y es necesario rescatar la clasificación de Dávila P. y Naya L. (2006), que consideraron:

²⁰⁹ SIMÓN CAMPAÑA, F. (2008: 87). El autor sobre los tratados indica: "(...) para efecto de interpretación de un tratado, el contexto comprenderá además del texto, incluido su preámbulo y anexos". También sostiene que la aprobación del preámbulo de la Convención se llevó en varias sesiones, en las cuales se logró acuerdos parciales, y por su amplia discusión se consiguió una alta incidencia en la ratificación.

“(…) nos permite insistir en las dos perspectivas que subyacen en todo el tratado y que, de alguna manera recoge una tradición histórica en cuanto a los derechos de protección y autonomía (…) permite analizar el discurso proteccionista y los derechos de la infancia²¹⁰”.

En la siguiente tabla se precisa en forma epilógica las categorías básicas del conjunto de derechos de la CDN de 1989, relacionadas sobre la satisfacción de las necesidades, la garantía de los derechos civiles y políticos, la colaboración de la familia; y, la protección y atención a los niños en situaciones de vulnerabilidad contra toda forma de explotación y violencia:

Tabla 6. Categorías básicas del conjunto de derechos establecidos en la CDN de 1989.

CATEGORÍAS	DERECHOS	ARTÍCULOS DE LA CDN
Satisfacción de las necesidades básicas de la infancia	Atención salud y servicios médicos. Seguridad social. Nivel de vida. Educación. Desarrollo de la personalidad y juego.	Artículos 6, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31
Garantía de los derechos civiles y políticos	Nombre y nacionalidad. Libertad de expresión, de pensamiento, conciencia, religión, y asociación. Opinión del niño. Protección a la vida privada, y participación, de acuerdo con su capacidad y desarrollo.	Artículos 7, 8, 12, 13, 14, 15, 16 y 17
Colaboración con la familia respetando sus derechos y obligaciones	Dirección y orientación de padres y madres para el ejercicio de los derechos del niño. Separación de los padres y madres. Reunificación familiar.	Preámbulo. Artículos, 5, 6, 9, 10, y 18.
Protección y atención a los niños y niñas en situaciones vulnerables y contra toda forma de explotación y violencia	Malos Tratos. Explotación Laboral. Tráfico de drogas. Explotación Sexual. Venta o trata de niños. Tortura y pena de muerte. Retención ilícita de niños, y niños privados de medio familiar. Adopción. Niños refugiados, niños impedidos mental o físicamente. Niños, pertenecientes a minorías o poblaciones indígenas. Conflictos armados. Justicia del menor y reintegración social.	Artículos 19, 32, 33, 34, 35, 36 y 37 Artículos, 11, 20, 21, 22, 23, 30, 38,39 y 40.

Fuente: Convención sobre los Derechos del Niño. Elaboración del autor.

²¹⁰ DÁVILA BALSERA, P.; NAYA GARMENDIA, L. (2006: 82). Los autores realizan esta clasificación en cuatro categorías básicas, agrupándolas a cada derecho el articulado de la Convención. En la presente investigación se ha incorporado dicha clasificación a través de tres gráficos, para una mejor visualización.

A partir de la clasificación que se expone, se pueden evidenciar diversas categorías de protección de los NNA, observándose que existe la protección debida pero sin embargo, dado el tiempo transcurrido²¹¹ desde la celebración de la Convención, y la permanente evolución de las sociedad en todo ámbito, merece que los Estados Partes y aún el único que no lo ha ratificado, Estados Unidos, procedan a fortalecer sus contenidos, en base a la realidad actual de la situación de los NNA en el mundo.

La definición del niño queda establecida en la CDN, y vale destacar que en su versión inicial, el niño era concebido como toda persona humana desde su nacimiento hasta los 18 años de edad, evidentemente se desarrolló fuertes sugerencias en donde se abogaba por el establecimiento o más bien la defensa del niño desde su concepción. Ante los claros desacuerdos se determinó eliminar la referencia del nacimiento, y enmarcar esa enunciación hacia la conformación de un texto que impulse el compromiso y la neutralidad, para poder alcanzar un necesario consenso respecto a la edad²¹².

Como bien se señaló con anterioridad, la CDN abarca todos los derechos fundamentales correspondientes al ser humano, los que incluyen derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. No obstante, en la CDN no llegan a figurar dos clases de derechos, es decir, los derechos políticos *strictu sensu*, y el derecho a votar, y de ser candidato, o el acceso a funciones públicas, dichos derechos son propios de la ciudadanía, y además integran otros elementos como son la nacionalidad y la mayoría de edad.

Los derechos mencionados no figuran en la CDN, pero la omisión de estos derechos políticos *strictu sensu* no conlleva la total negación de los derechos políticos en un sentido amplio. A tales efectos, la CDN reconoce que el menor de edad es sujeto de libertad de expresión y de reunión, es decir que solo le son aplicados los límites inherentes a las libertades, limitaciones aplicables a todas las personas a modo general. Además, se contempla la responsabilidad de los progenitores en establecer una guía eficiente en consonancia con la evolución de las facultades del menor de edad (artículo 5).

2.6.1.3. Mecanismos de Protección

Los mecanismos relacionados a la protección y garantía de los derechos establecidos en la CDN son establecidos a partir del artículo 42 hasta el artículo 54, con el fin de luchar por los derechos y la protección integral de la infancia. Para ello la Convención creó el Comité de Derechos de los Niños, “con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención (artículo 43)”.

Este Comité es el órgano compuesto por 18 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y especialmente:

²¹¹ Son 29 años hasta el 2018.

²¹² La Convención en el artículo 1, define como "niño" o "niña" a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Los Estados Partes deben mantener una coherencia a la hora de definir las edades de referencia, como la edad para trabajar y la edad para terminar la educación obligatoria, por ejemplo. En el Ecuador como se refirió anteriormente se define al niño o niña como la persona que no ha cumplido 12 años de edad, y al adolescente persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad.

1. Supervisa la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
2. El 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.
3. Conoce el informe oficial, y emite observaciones y recomendaciones a los países²¹³.

El Comité de los Derechos del Niño considera esencial la revisión general de toda la legislación interna y las directrices administrativas conexas, y así garantizar el pleno cumplimiento de la Convención, constituyéndose una obligación²¹⁴ del Estado Parte adoptar todas las medidas legislativas necesarias y armonizar su legislación propia, en concordancia con los tratados internacionales suscritos.

Si bien se crea el Comité de los Derechos de los Niños, es responsabilidad de los Estados cumplir con los tratados y convenios celebrados, especialmente en materia de niñez y adolescencia; y del propio reconocimiento que realiza cada Estado en virtud del principio *pacta sunt servanda* que se encuentra establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1980 (artículo 26), al instituir contundentemente que “todo tratado es obligatorio para las partes y el mismo debe ser respetado de buena fe”, y asimismo los Estados no podrán invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un tratado o convenio celebrado y ratificado, a la par que tienen la obligación de respetar, proteger, cumplir y facilitar el pleno ejercicio de los derechos de los NNA.

2.6.5. Resoluciones y Protocolos

En el ámbito de la realidad internacional sobre la protección a los NNA, no bastó la aprobación de la CDN de 1989, fue necesario e indispensable que emergieran además tres Resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y tres Protocolos Facultativos, estas fueron:

1. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) de 1985.
2. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana) de 1990.
3. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) de 1990.

Protocolos facultativos como:

1. Protocolo Facultativo Relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados de 2000.

²¹³ Exigen a los Estados Partes los informes oficiales que debían ser presentados a los dos años de la entrada en vigor de la Convención y los siguientes, cada cinco años. Previamente, conoce información entregada por los Estados y por organismos sociales de manera independiente.

²¹⁴ Observación General No. 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2003, párr. 18.

2. Protocolo Facultativo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía de 2000.
3. Protocolo Facultativo Relativo a un Procedimiento de Comunicaciones de 2011.

Las tres Resoluciones que se analizarán no tienen el carácter de vinculantes y obligatorias para los gobiernos, en mérito de que no son Tratados, pero ello no resta su importancia normativa, ya que constituyen recomendaciones con fuerza muy especial, y muchos de sus principios se encuentran insertos en la propia Convención.

2.7. DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL (DIRECTRICES DE RIAD) DE 1990

Las Directrices de Riad fueron adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, impulsaron la premisa de que prevenir la delincuencia resulta ser un factor fundamental para poder anticiparse a la ejecución de un hecho delictivo eficazmente. Es necesario que en la sociedad se pueda implementar todo un sistema que posibilite al adolescente una evolución armoniosa de su vida, por medio del respeto y la fomentación de su personalidad, principalmente tomando en cuenta la primera infancia²¹⁵. Esto se establece de forma expresa en dichas directrices al estipular lo siguiente “(...) si los jóvenes se dedican a actividades lícitas y socialmente útiles, se orientan hacia la sociedad y enfocan la vida con criterio humanista, pueden adquirir actitudes no criminógenas²¹⁶”.

El tema de la delincuencia juvenil y su respectiva prevención resulta ser un tema que ha estado presente en casi todos los congresos celebrados por la ONU, en los cuales los debates desarrollados sobre la prevención de la delincuencia juvenil, es examinada en un inicio como categoría bajo preceptos amplios, que fueron incluidos los problemas vinculados con los infractores jóvenes, los que han sido abandonados, o se han adaptado mal. En posteriores congresos la delincuencia juvenil fue analizada como una definición con ciertos límites, es decir, vinculada a las violaciones contempladas en el derecho penal, de lo que se excluyó a los comportamientos antisociales que forman parte del desarrollo hacia la vida adulta.

Se refleja en estas directrices ese enfoque limitado, al respecto señala que:

“A fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven” (Artículo 56).

Como antecedente en el año 1980 se celebró en Caracas, Venezuela, un amplio debate sobre la prevención de la delincuencia y la calidad de vida. En este congreso se

²¹⁵ Debe entenderse que los jóvenes tendrán que desempeñar una función activa y participativa en la sociedad, y no pueden ser considerados como simples objetos de control o socialización. La calificación como delincuentes conlleva a que desarrollen pautas permanentes para un comportamiento indeseable.

²¹⁶ Numeral 1 de los Principios Fundamentales de las Directrices.

le brindó a la prevención un enfoque proactivo, y se insistió en la adopción de compromisos vinculantes que se transformarán en mecanismos eficaces para combatir la delincuencia juvenil. Fueron analizados temas relacionados a la justicia social de todos los NNA así convertirse en un instrumento para fomentar la prevención. Al respecto las Directrices de Riad se convirtieron en un herramienta trascendental y así solucionar las situaciones de conflictos de la niñez, así: “Para poder prevenir eficazmente la delincuencia juvenil, es necesario que toda la sociedad procure un desarrollo armonioso de los adolescentes y respete y cultive su personalidad a partir de la infancia” (Artículo 2).

Estas directrices pueden ser consideradas como un instrumento complementario a las Reglas de Beijing, y poseen tres características principales:

1. Su alcance es amplio.
2. Promueven un enfoque proactivo de la prevención.
3. Los niños son considerados como miembros plenos de la sociedad.

En cuanto a su alcance, las Directrices de Riad abarcan prácticamente todos los ámbitos de la sociedad, es decir, los principales entornos del proceso de socialización conformado por la familia, la escuela y la comunidad; los denominados medios de comunicación; la legislación, y la administración de justicia de niñez. Conforme a ello la prevención general deberá consistir en el desarrollo de planes de prevención en todos los niveles del gobierno (Artículo 9), así quedó reflejado en el documento. Esta prevención está enfocada en el establecimiento de políticas para los jóvenes que se transformen en “(...) medios educativos o de otras índoles que sirvan de cimiento al desarrollo personal de los jóvenes (...)”. (Artículo 29). El amplio alcance que poseen estas directrices tiene una estrecha relación con la CDN de 1989, ya que el principal objetivo de ambos instrumentos es el mejoramiento de la situación de los NNA.

Otro aspecto a destacar sería el enfoque proactivo presente en estas directrices, ya que la prevención deberá estar centrada en la calidad de vida y el bienestar general del menor de edad, no simplemente en problemas definidos y parciales. Ello se traduce en fomentar más el potencial social y no enmarcarse en la prevención de situaciones negativas. Las directrices constituyen un reto para todos aquellos que trabajan en la administración de justicia de los menores de edad, ya que los sistemas de variados países poseen contradicciones en la aplicación de medidas para brindar una efectiva solución al problema que representa la delincuencia juvenil. De esta forma las Directrices de Riad se erigen como un documento que puede ser calificado de moderno, en el marco del derecho penal se refleja en la separación de índole parcial de aquellas medidas de prevención, y los comportamientos delictivos, además de que llegan a ser vinculados con una política social y general que ha sido catalogada como novedosa.

El impacto jurídico de estas directrices se pone de manifiesto directamente en la justicia de niñez, como en otros instrumentos internacionales aprobados en esta materia. Como elementos a resaltar respecto a estos instrumentos, se encuentran que son normas de *soft law*, por lo que no llegan a ser vinculantes para los organismos locales, nacionales e internacionales, su importancia radica en el marco de la moralidad.

Se afirma que este instrumento direcciona a que en todos los niveles del gobierno de cada Estado Parte, se implementen planes generales de prevención, a través de procesos de socialización donde debe buscarse la satisfacción de las necesidades, y el bienestar de la familia y de sus miembros, mediante el acceso de los jóvenes a la educación pública, fortaleciendo el sector comunicatorio en el cual se desenvuelven y desarrollan los jóvenes, implementando políticas sociales eficaces que brinden adecuados servicios de atención médica, salud mental, nutrición, vivienda y otros necesarios. Recomienda además que los gobiernos promulguen y apliquen leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y bienestar de los jóvenes.

2.8. REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES PRIVADOS DE LIBERTAD (REGLAS DE LA HABANA) DE 1990

Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad, también conocidas como Reglas de la Habana, fueron adoptadas por la Asamblea General de la ONU a través de la Resolución 45/113²¹⁷. Si en las Directrices de Riad se trabajó en aras de la prevención, el objetivo fundamental de estas Reglas es la protección de los NNA privados de la libertad en todas sus formas, donde debe existir una compatibilidad directa con los derechos humanos y libertades fundamentales. Todo ello enfocado en contrarrestar las consecuencias perjudiciales ante cualquier tipo de detención, y por lo tanto fomentar su integración a la sociedad.

Estas Reglas fueron promulgadas con el fin de desarrollar y completar las recomendaciones adoptadas por las Reglas de Beijing, en todo lo relativo a los menores privados de la libertad. Para ello se estableció que el encarcelamiento fuese considerado como un último recurso al cual convendrá ser recurrido. Este confinamiento, además tendrá que ser por un periodo mínimo y necesario, y sus límites implican su aplicabilidad a casos excepcionales solamente. En consecuencia deberá presumirse lo siguiente: “los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales” (Regla 67).

En este instrumento se vislumbró la definición “menor de edad”, establecida por la ONU como “(...) toda persona de menos de 18 años” (Regla 11). Aquí se manifiesta la carencia de una edad mínima, y se reitera que debe constituir una obligación el establecimiento de la edad mínima para que el menor de edad pueda ser privado de libertad, dicho compromiso va dirigido a los Estados que se hayan adscrito a estas Reglas.

Otro factor a destacar con relación a las Reglas es la definición de “privación de libertad”, que constituye “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública” (Regla 11, inc. b.).

Este instrumento muestra un especial esmero acorde a sus objetivos, con respecto a los centros de menores de edad, donde se considera aspectos como: ingreso, registro, traslado y desplazamiento. Se incluyen además las acciones de clasificación y

²¹⁷ De idéntica fecha de las Directrices de Riad, ambos instrumentos internacionales fueron aprobados el 14 de diciembre de 1990.

asignación, las condiciones de alojamiento, el otorgamiento de una atención médica, el derecho a continuar los estudios, entre otras.

Del contenido de las Reglas se observa que el fin primordial es el de salvaguardar los derechos fundamentales de los menores privados de libertad, y obliga a los Estados Partes a considerar todas las medidas necesarias buscando su reinserción. La privación de la libertad debe ser una disposición de último recurso, que dure lo menos posible y se limite a casos excepcionales (Regla 2), y que además debe ajustarse estrictamente a los principios del derecho internacional. Todo lo anterior tiene su razón de ser en la medida que se debe proteger al menor que se encuentra privado de su libertad, pues por su propia naturaleza física y psicológica, requiere un tratamiento y una consideración diversa a los adultos, aunque la realidad social de cada país sea diferente.

Analizadas las tres Resoluciones de las Naciones Unidas, conocidas como Reglas y Directrices, se determina que deben cumplirse y respetarse, existiendo entre ellas una relación vinculante para su acatamiento. Se recomienda establecer sistemas especiales de administración de justicia de “menores” que proteja los derechos de los jóvenes (Reglas de Beijing). Es necesario prevenir la delincuencia juvenil y se establecen las Directrices de Riad como una guía de prevención delincencial de los jóvenes y adolescentes, y en el caso de haber cometido algún ilícito, se precisan las Reglas de cumplimiento obligatorio para la protección de los menores privados de libertad.

2.9. DECLARACIÓN Y PROGRAMA DE ACCION DE VIENA 1993

Tal fue la importancia de la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 25 de junio de 1993, que se convirtió en un hito en la historia de las Naciones Unidas. La aprobación de la Declaración fue de gran ayuda para los esfuerzos encaminados a lograr la observancia de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos:

“(…) reforzaron importantes principios, entre ellos la universalidad de los derechos humanos y la obligación de los Estados de acatarlos. Además, proclamó inequívocamente los derechos de la mujer y subrayó la necesidad de combatir la impunidad, inclusive mediante la creación de una corte penal internacional permanente (...). La Conferencia de Viena fue un importante hito en la lucha de la humanidad por los derechos humanos universales²¹⁸”.

En esta Declaración se reafirmó el compromiso de todos los Estados Partes de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal y la observancia, y protección de los derechos humanos, y de las libertades fundamentales de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, y otros instrumentos relativos a los derechos humanos, y el derecho internacional (Principio 1). En dicho documento se recomienda la coordinación permanente entre los Estados Partes, y los órganos y organismos de Naciones Unidas, a fin de obviar duplicación innecesaria de esfuerzos, buscando la cooperación, desarrollo y fortalecimiento de los derechos humanos, basados en la

²¹⁸ BAN KI-MOON. (2013). Secretario General de las Naciones Unidas, Prólogo de la Declaración y Programa de Acción de Viena. 20 años trabajando por tus derechos. (ONU: Publicación Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.).

igualdad, dignidad y tolerancia, evitando el racismo, discriminación, la xenofobia y otras formas de intolerancia.

Conforme a esto se persigue respetar a todas las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, en especial a las poblaciones indígenas, trabajadores migratorios, vigilando que exista la igualdad de condición y los derechos humanos de la mujer, observando el derecho a no ser sometido a torturas y evitar las desapariciones forzadas. Garantizando los derechos de los discapacitados y los derechos del niño²¹⁹.

En relación con los derechos de los niños, se reitera el principio de “los niños ante todo”, y al respecto se subraya la importancia de intensificar los esfuerzos nacionales e internacionales, con el objeto de promover el respeto del derecho del niño a la supervivencia, la protección, el desarrollo y la participación. Observa que los planes nacionales de acción y los esfuerzos internacionales deben conceder particular prioridad a la reducción de los índices de mortalidad infantil y mortalidad derivada de la maternidad, a reducir la malnutrición y los registros de analfabetismo y garantizar el acceso al agua potable y a la enseñanza básica, al igual que los planes nacionales en caso de desastres naturales o de conflictos armados, para proteger a los niños sumidos en la extrema pobreza, y la rehabilitación de los niños traumatizados por la guerra.

Acorde a esta declaración los Estados Partes deberán combatir activamente la explotación y el abuso de los niños, y tomar medidas eficaces contra el infanticidio femenino, el empleo de niños en trabajos peligrosos, la venta de niños y de órganos, la prostitución infantil, la pornografía infantil y otros tipos de abuso sexual. Insta a los Estados a que deroguen leyes y reglamentos en vigor y que eliminen costumbres y prácticas que sean discriminatorias y perjudiciales para las niñas (Principios 45-53). Es primordial referirse a la Declaración de Viena porque se constituye en un instrumento internacional, que da el génesis del respeto total y absoluto de los Estados Partes, a cumplir y acatar las disposiciones de los instrumentos de derechos humanos, dándole un tinte de universalidad a los mismos.

Esta Declaración constituye el inicio de un proceso que marcó el aseguramiento del futuro Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual entró en vigor en el año 2013, lo que permitió la posibilidad de que las personas pudieran denunciar en el marco del Derecho Internacional las violaciones respecto a derechos de índole económica, social y cultural, aspecto que desde 1976 era ejecutado sobre los derechos políticos y culturales. En la Conferencia de Viena de la cual surge esta declaración se erigió como un preludeo de futuros adelantos, tal es el caso del reconocimiento de los derechos humanos de la mujer. Se establecieron bases para luchar contra la impunidad y además se impulsó la creación de la Corte Penal Internacional.

²¹⁹ Principios: 19; 25; 28; 33; 36; 45; 54; 62; y 63 de la Declaración y Programa de Acción de Viena.

2.10. CONVENIO DE LA HAYA RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE 1993

Los principios que enmarcan la adopción de menores de edad en el plano internacional, están dirigidos hacia la materialización de un sistema de protección al niño carente de familia propia, siempre que se aplique el interés superior del niño a modo de principio rector y el respeto a sus derechos fundamentales. Los Estados signatarios del Convenio, parten del reconocimiento del niño como un ser, quien para el desarrollo armónico de su personalidad necesita crecer en un medio familiar y en un clima adecuado de felicidad, amor y comprensión²²⁰.

La adopción es catalogada como una medida de protección y bienestar, que permite a los niños huérfanos o abandonados de forma definitiva beneficiarse de una familia permanente. En esta práctica se presenta la adopción nacional (o dentro del país, o interna) y dos modalidades de adopción internacional. Una adopción nacional es aquella en la que los padres adoptivos y el niño que va a ser adoptado tienen la misma nacionalidad y residen en el mismo país. La adopción internacional, por su parte, se distingue entre: a) Aquella en la que el niño a ser adoptado tiene que salir de su país de residencia habitual, sin considerar la nacionalidad de los padres adoptivos (suele ser llamada adopción en otro país), y b) En la que los padres adoptivos y el niño que va a ser adoptado son de diferente nacionalidad, sin reparar si dichos padres residen o no en el país de residencia habitual del niño (adopción internacional en sentido estricto).

El Convenio realizó la indicada distinción y limitó el ámbito de aplicación del instrumento, exclusivamente a aquellas adopciones en las que el niño tenga que ser trasladado a otro país. Aunque la adopción internacional no aparenta ser demasiado considerable desde el punto de vista cuantitativo si se la compara con otra de las medidas trascendentales que influyen en el bienestar del niño, este fenómeno ha despertado un gran interés en círculos legales internacionales, ya que “(...) el desarrollo del derecho internacional en lo referente a esta cuestión también es una muestra de la creciente preocupación respecto a los tremendos abusos que se están cometiendo contra el espíritu y los procedimientos de la adopción internacional²²¹”.

Como toda institución jurídica que tiene que velar por el bienestar del niño, en la adopción internacional se han establecido varios principios, dirigidos a la protección del menor, buscando el interés superior del niño como principio rector. Además se encuentran los siguientes principios:

- Principio de subsidiaridad, que se presenta únicamente luego de haberse examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen.
- Principio de cooperación internacional a través de un reparto de responsabilidades de los Estados contratantes, respetando los derechos del niño.

²²⁰ OCÓN DOMINGO, J. (2006: 119-121).

²²¹ UNICEF. Adopción Internacional. (2010: 1-24).

- Principio de control de las formalidades, cada Estado le corresponde en su ámbito interno señalar las formalidades administrativas, judiciales y necesarias para una adopción.
- Principio de autoridades competentes, asegurando una confianza mutua efectiva de trabajo entre el Estado de origen y el Estado de recepción.
- Principio de igualdad en el trato, el niño que es adoptando en un país distinto debe gozar de salvaguardas y normas equivalentes a las existentes en su país de origen.
- Principio de certeza a la situación legal del menor, antes de iniciar el proceso de adopción al constatar que esta se pueda realizar, y el carácter no lucrativo de la adopción²²².

Este Convenio asume como principal característica acoger una serie de enfoques novedosos en adopción internacional, principalmente si se considera “la experiencia de textos internacionales anteriores en materia de adopción, en un intento de mayor efectividad y aceptabilidad por parte de los Estados de origen y de recepción de los menores²²³”. En el marco de estos enfoques se evidencia la multilateralidad que tiene la pretensión de poder superar el carácter parcial presente en la regulación de la adopción internacional por instrumentos jurídicos e internacionales anteriores, tal es el caso del Convenio de la Haya del 1965, que atendía todo lo referente a la norma legal aplicable, la competencia de las autoridades, y el reconocimiento de decisiones en la adopción²²⁴.

Esta parcialidad existente en normas precedentes al Convenio, es producto de que dichas normas no tienen en cuenta los diferentes intereses que convergen respecto a los niños y su adopción, y en gran cantidad de casos se dan colisiones y contradicciones, ya que esto supone la aceptación de un conjunto de premisas iniciales como:

- La consideración como indispensable en cuanto a la participación de los Estados, de los que proceden la mayoría de los niños adoptados, en la elaboración de los Convenios, a pesar de que gran parte de estos Estados no sean miembros de la Conferencia de La Haya.
- La consideración de todos los intereses públicos y privados: el interés superior de los menores a adoptar, de la familia biológica, de la familia adoptiva, del país de origen y de la nación receptora. No obstante, en aras de cumplir las disposiciones de los variados instrumentos internacionales en esta materia, y específicamente la CDN de 1989, el aspecto primordial que deberá ser tomado en cuenta es el efectivo cumplimiento del interés superior del niño, en este caso el adoptado, lo cual también es un objetivo esencial en la Convención de La Haya de 1993, así como el alcance de un equilibrio con el resto de intereses implícitos en la adopción internacional.
- Se evidencia un amplio ámbito de aplicación material a todas aquellas adopciones que lleguen a suponer un vínculo de filiación entre el adoptado y

²²² GONZÁLEZ MARTÍN, N. (2006: 69).

²²³ BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (1990: 698).

²²⁴ GONZÁLEZ CAMPOS, J.; BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (1996: 132-141).

el adoptante. Esto incluye a la adopción plena y a la adopción simple²²⁵. Por lo que con la existencia de un convenio multilateral se puede contribuir positivamente la validez extraterritorial de las adopciones internacionales, con lo que se evitan las adopciones situadas en un limbo legal.

En este Convenio se estableció como fuente relevante la cooperación de las autoridades, con el objetivo de asegurar el respeto a los principios y garantías, es decir, la instauración de un sistema de cooperación entre todos los Estados contratantes. Ello es estipulado además en la CDN de 1989 como una importante recomendación²²⁶. Otro aspecto significativo del Convenio de La Haya es que permitió el establecimiento de un sistema privilegiado de reconocimiento de las adopciones.

Conforme a lo anterior, otro de los objetivos del Convenio es el enfoque en la fase posterior de la adopción, este sistema de cooperación tiene como fin impedir la conformación de adopciones fuera de los parámetros legales, por lo que la pretensión implícita gira en torno a que carezca de importancia el hecho de que la adopción sea formalizada en el país de origen o en el Estado de recepción, lo cual puede brindar la posibilidad de desarrollar un sistema de reconocimiento que sea privilegiado para las adopciones constituidas (Artículo 1 inciso c). Todo esto supone instaurar una utilidad práctica, puesto que la adopción internacional realizada según las pautas fijadas en el instrumento tendrán que ser reconocida de pleno derecho por los demás Estados Partes, una vez que la adopción haya sido certificada consonante a dicho Convenio (Artículo 23.1), sin la necesidad que sean ejecutados posteriores procesos.

Ante la falta de regulación de determinadas cuestiones que son clásicas en el Derecho Internacional Privado, el instrumento se convierte en un mecanismo apropiado para velar por el cumplimiento del interés superior del niño en los procesos de adopción internacional. Por último, hay que mencionar el reconocimiento de técnicas de reglamentación, ya que el Convenio también tiene por objetivo definir mediante normas materiales, las condiciones y principios que deberá ser respetado en el proyecto de adopción. Esta característica denota que el instrumento puede ser además considerado como un “Convenio marco”, debido a que limita los parámetros a delinear en cuanto a la actuación y la organización institucional.

En la presente investigación se analizará en forma detallada y sistematizada la adopción en las nuevas estructuras familiares, y se profundizará sobre la adopción nacional e internacional como garantía de protección a los NNA que se encuentran privados de la permanencia en el seno de su familia de origen.

²²⁵ La adopción plena se encamina a incorporar al adoptado en la familia del adoptante, el adoptado se desvincula totalmente de su familia consanguínea. Es decir, el adoptado tiene los mismos derechos y obligaciones que el hijo biológico. Se confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, dejando de pertenecer a su familia biológica, por tanto se extingue el parentesco con los integrantes de su familia de origen. Cuando se otorga una adopción plena, ésta será irrevocable no puede anularse. La adopción simple se circunscribe al vínculo entre el adoptante y el adoptado, en suspenso los derechos con la familia de origen. En este sentido, no se extingue el vínculo existente entre el adoptado y su familia, tanto es así que éste al adquirir la mayoría de edad puede usar además del apellido del adoptante el de origen.

²²⁶ Establecida en el artículo 21 de la CDN de 1989.

2.11. DECLARACIÓN DE LA ONU “UN MUNDO APROPIADO PARA LOS NIÑOS” Y SU PLAN DE ACCIÓN DE 2002

Esta Declaración es realizada en la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas en favor de la infancia, el 8 de mayo de 2002, donde se conceptúa que:

“Un mundo apropiado para los niños es aquél en que todos los niños adquieren la mejor base posible para su vida futura, tienen acceso a una enseñanza básica de calidad, incluida una educación primaria obligatoria y gratuita para todos, y en el que todos los niños, incluidos los adolescentes, disfrutan de numerosas oportunidades para desarrollar su capacidad individual en un entorno seguro y propicio. Fomentando, como parte de las prioridades mundiales y nacionales, el desarrollo físico, psicológico, espiritual, social, emocional, cognitivo y cultural de los niños” (Artículo 14).

Para lograr un mundo apropiado para los niños se fijaron “objetivos de desarrollo para el milenio 2015”, en los cuales se consideró a los niños en primer lugar. Estos objetivos (Artículo 15) pueden ser resumidos de la siguiente forma:

1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre.
2. Lograr la enseñanza primaria universal velando que todos los niños y niñas puedan terminar un ciclo completo de enseñanza primaria.
3. Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer.
4. Reducir la mortalidad infantil de los niños menores de 5 años.
5. Mejorar la salud materna.
6. Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades graves.
7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente.
8. Fomentar una alianza mundial para el desarrollo, atendiendo las necesidades especiales de los países en desarrollo.

En cooperación con los países en desarrollo se debe elaborar y aplicar estrategias que proporcionen a los jóvenes un trabajo digno y productivo. Para ello declaran y ratifican que la familia es la unidad básica de la sociedad, y como tal, debe reforzarse la familia que tiene derecho a recibir una protección y un apoyo completo, ya que la responsabilidad primordial de la protección, la educación y el desarrollo de los niños incumben a la familia.

Todas las Instituciones de la sociedad deben respetar los derechos de los niños, asegurar su bienestar y prestar la asistencia apropiada a los padres, a las familias, a los tutores legales y a las demás personas encargadas del cuidado de los niños para que éstos puedan crecer y desarrollarse en un entorno seguro y estable y en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, teniendo presente que en diferentes sistemas culturales, sociales y políticos existen diversas formas de familia.

La Declaración “Un mundo apropiado para los niños” ratifica que la discriminación genera un círculo vicioso de exclusión social y económica, y además compromete la capacidad de los niños para desarrollarse plenamente. Debiéndose ejecutar lo posible para eliminar la discriminación contra los niños, por razones de: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional, étnico o social, propiedad, discapacidad, nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o tutores legales.

En este foro se concientiza que en muchos países, los niños indígenas y los niños que pertenecen a minorías y grupos vulnerables se encuentran en inferioridad desproporcionada, debido a todo tipo de discriminación, incluida la racial, para lo cual acuerdan adoptar las medidas necesarias y poner fin a la discriminación, prestar a esos niños un apoyo especial y velar por que dispongan de acceso a los servicios en igualdad de condiciones.

En su conjunto esta Declaración constituye una guía esencial para aquellas personas que realizan un gran esfuerzo en aras de mejorar sus condiciones de vida, y principalmente de la niñez. Cuya funcionalidad radica en su posible utilización como textos básicos para todo el personal que labora en favor de la paz y la seguridad, donde los niños se convierten en los protagonistas de dichas actividades.

2.12. DERECHOS DEL NIÑO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

A partir de la II Guerra Mundial, se inicia un consenso internacional para buscar la protección de los derechos fundamentales de las personas, de ello surge la normativa internacional, a través de la adopción de múltiples declaraciones y tratados universales y regionales sobre derechos humanos. Estos se caracterizan por recibir toda la influencia de los cambios sociales, políticos, y económicos del momento, no se quedan en una protección restringida de libertades individuales, sino que hacen que éstas entren en contacto directo con principios como la igualdad material y la solidaridad²²⁷.

Dentro de toda esta gama de instrumentos internacionales tiene una marcada importancia la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, que se constituye en una carta de navegación para muchos Estados Europeos, condicionando, el contenido y la coherencia de sus ordenamientos²²⁸. Para asegurar su efectividad se hizo indispensable la creación de organismos internacionales con funciones jurisdiccionales y con ello garantizar el respeto de la legalidad internacional.

En Europa se instituye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en América se crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), razón para lo cual:

“(…) resulta muy interesante la jurisprudencia de este órgano jurisdiccional es que nos permite constatar que también en otros contextos distintos al europeo se ha reconocido que el Estado está obligado a proteger activamente los derechos fundamentales. Otra razón es que la Corte Interamericana ha sido pionera en el descubrimiento de algunas de las manifestaciones de estas obligaciones, ejerciendo una clara influencia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de

²²⁷ RINCON CORDOVA, J. (2010: 13).

²²⁸ PADRÓS REIG, C.; ROCA SAGARRA, J. (1995: 233-275).

Estrasburgo²²⁹».

Mientras que en América Latina, a partir de la aprobación de la CDN en 1989, se impulsaron cambios significativos con la finalidad de provocar transformaciones en el ámbito de la práctica en materia de niñez y adolescencia. La construcción de los derechos de la niñez se desarrolló en la legislación internacional a través de dos puntos esenciales: la evolución de la percepción de la niñez y la consolidación del derecho internacional de derechos humanos²³⁰.

La incorporación de la CDN a los sistemas jurídicos nacionales latinoamericanos han producido a nivel normativo, cambios legislativos significativos que se expresan tanto en lo relativo a la protección de los derechos de los niños, en el sentido de deberes de prestación positiva del Estado, como en lo relacionado específicamente a la respuesta que el Estado debe dar²³¹. Se ha justificado el valor de la defensa internacional de los derechos humanos, y en lo que tiene que distinguirse con la defensa de la debida protección de los derechos de la niñez, en la CIDH, se han presentado varios casos²³²:

1. Caso 11.491. Menores detenidos con adultos vs Honduras. Para poner fin a la práctica de detener a niños en cárceles con adultos. 10 de marzo de 1999.
2. Caso 11.383. Villagrán Morales y otros vs Guatemala. Limpieza social de niños/as en la calle²³³. En esta sentencia la Corte Interamericana sanciona a los responsables, y ordena reparar a los familiares y adecuar las leyes de Guatemala en materia de niñez conforme a los estándares internacionales. 19 de noviembre de 1999.
3. Caso 12.352. Bruce Harris vs Guatemala. Quien fue sometido a un procedimiento penal por denunciar las irregularidades en los procesos de adopción en Guatemala. 28 de febrero de 2002.
4. Caso 11.016. Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú. Por la detención, tortura y ejecución extrajudicial de los hermanos Emilio Moisés y Rafael Samuel Gómez Paquiyauri. 8 de julio de 2004²³⁴.

²²⁹ DOMENECH PASCUAL, G. (2006: 101).

²³⁰ SIMON CAMPAÑA, F. (2004: 163).

²³¹ BELOFF, M. (2006: 177 y 218).

²³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Cuadernillo de Jurisprudencia de la CIDH N° 5. (2011).

²³³ En línea: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_e0sp.pdf. Fecha de consulta: 19 de abril de 2017. Este caso resulta emblemático porque la Corte Interamericana definió lo que ha de entenderse por “niño”. Se originó en la detención, tortura y ejecución de cinco personas, tres menores de 18 años de edad, uno de 18 y otro de 20, que por su situación eran conocidos como “niños de la calle”. Dichos actos habrían sido cometidos por miembros de la Policía un día después de que uno de ellos, en su día libre, tuviese una discusión con uno de los niños. En la sentencia la Corte señaló que “el artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como ‘niño’. Sin embargo, el Tribunal se remitió al Sistema Universal indicando que “la Convención sobre [los] Derechos del Niño considera como tal (artículo 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, ‘salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad’. Para mayor detalle puedo citar la opinión consultiva “Condición jurídica y derechos humanos de los niños”, a la que nos referiremos más adelante, el mismo Tribunal señaló que “en definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad” (CIDH). Condición jurídica y derechos humanos del niño, opinión consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 42. De esto resulta que el concepto “adolescente” que figura en la legislación interna ecuatoriana no está reconocido por el derecho internacional americano. En el Ecuador actualmente el artículo 4 define al Adolescente como la “persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años”.

²³⁴ “Los hermanos Rafael y Emilio Gómez Paquiyauri, tenían 14 y 17 años respectivamente. Eran, pues, dos menores

5. Caso 11.666. Instituto de Reeducción del Menor vs Paraguay. Referente a la responsabilidad internacional del Estado por la muerte y lesiones de niños internos en el Instituto de Reeducción del Menor “Coronel Panchito López”, así como a las defectuosas condiciones de dicho centro. 2 de septiembre de 2004.
6. Caso 11.607. Víctor Hugo Maciel vs Paraguay. La prohibición de reclutamiento de menores de edad en Paraguay, después de la muerte de un niño sometido a ejercicios excesivos. 6 de agosto de 2009.
7. Caso 208.05. Chitay Nech y otros vs Guatemala. La desaparición forzada del dirigente político indígena maya, Florencio Chitay ocurrida el 1 de abril de 1981 en Guatemala, quien opuso resistencia hasta que uno de los hombres encañonó a su hijo menor de edad, quien le acompañaba, por lo que dejó de resistirse y subió al vehículo. 1 de diciembre de 2011.
8. Caso 12.723. Gonzales Lluy y otros vs Ecuador²³⁵. Por contagio con VIH a Talía Gabriela Gonzales Lluy cuando tenía tres años de edad al recibir una transfusión de sangre, proveniente de un Banco de Sangre de la Cruz Roja, en una clínica de salud privada del cantón Cuenca provincia del Azuay. 5 de noviembre 2013.
9. Caso 11.576. García Ibarra y otros vs Ecuador. Se relaciona con la privación arbitraria de la vida del niño José Luis García Ibarra el 15 de septiembre de 1992, a sus 16 años de edad, por parte de un funcionario de la Policía Nacional de la ciudad de Esmeraldas²³⁶. 24 de septiembre de 2014.
10. También existen los casos de los niños Marco Antonio Molina Theissen, desaparecido por fuerzas militares guatemaltecas; caso Hermanas Serrano Cruz, desaparecidas por fuerzas especiales en el ejército salvadoreño.

Los procesos mencionados por el sistema interamericano han significado un importante desarrollo jurisprudencial, y de manera paralela han permitido brindar

de edad, que fueron indebida y arbitrariamente privados de su libertad por personal de la Policía Nacional, sin que estuvieran incursos en mandato judicial de detención ni en situación de flagrante delito. Ni siquiera realizaban actividad alguna que hubiera justificado su detención, incluso dentro de un estado de emergencia. Al momento de su detención fueron sometidos a maltratos por los efectivos policiales; no se les condujo a un centro de detención, siendo trasladados a un paraje apartado donde se les sometió a tortura y tratos crueles poco antes de ejecutarlos en forma vil y alevosa”. Voto razonado Juez Ad hoc. Francisco Eguiguren Praeli. P. 107.

²³⁵ La Corte determinó que el Ecuador era responsable por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, a la educación, y a la garantía judicial del plazo en el proceso penal en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy. Además, que el Estado era responsable por la violación del derecho a la integridad personal. El Tribunal no encontró méritos para declarar la violación de la garantía judicial del plazo razonable en el proceso civil ni el derecho a la protección judicial. La Corte como medida de reparación dispuso que el Estado adopte las recomendaciones de la médica o médico de confianza que Talía señale. Si el médico o la médica de confianza determina que existe un motivo fundado por el que Talía deba recibir atención en el sistema privado de salud, el Estado deberá cubrir los gastos necesarios para el restablecimiento de su salud.

²³⁶ La Corte condenó al Estado a pagar la suma de \$. 180.000, por concepto de indemnización compensatoria por la pérdida de ingresos por motivo de la muerte de José Luis García, además de los pagos establecidos en los párrafos 196, 201 y 218 de la sentencia.

significativos avances en el marco normativo del sistema regional de protección a los derechos humanos, en especial al de los NNA.

Si se analiza el funcionamiento de la CIDH acorde con lo establecido en la Convención Americana y el Reglamento de la CIDH, en el caso de la competencia contenciosa, ésta se refiere cuando la Corte conoce de un caso, y por ende la responsabilidad de determinar la veracidad de los hechos que han sido presentados como parte de la demanda. Aquí se decide si existió violación de derechos fundamentales por medio de la verificación del vínculo entre los hechos y las violaciones alegadas respecto a los derechos humanos, que se encuentran contemplados en la Convención Americana o en aquellos tratados internacionales vinculados a esta materia. En este sentido se llega a disponer que al individuo lesionado le sean garantizados el disfrute de sus derechos, para lo cual se ordenará las reparaciones necesarias a favor de la víctima.

Como parte del proceso desarrollado por el Tribunal Internacional se encuentra la etapa de supervisión para el cumplimiento de las sentencias emitidas, en donde se realiza un respectivo seguimiento de lo ordenado en la resolución judicial, esta indagación se refleja por medio de la entrega de informes estatales y aquellos aportes realizados por la víctima o su representante legal, además de la CIDH. Todo ello está relacionado directamente con el contenido de la sentencia judicial.

Por medio del ejercicio de esta competencia contenciosa la CIDH ha llegado a determinar elementos relevantes en relación con los derechos de los NNA. Esto ha influido en el surgimiento de un diálogo incipiente entre el Sistema Universal de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano. Cuando se analiza la jurisprudencia de esta Corte se puede apreciar la referencia expresa a determinados aspectos.

Entre los elementos tratados en la jurisprudencia de la CIDH se encuentra la definición de “niño”, la Corte en el caso *Villagrán Morales y otros vs Guatemala*, señaló “(...) el Art. 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como niño”, No obstante la Corte en el fallo expuso criterios relacionados con el Sistema Universal de Derechos Humanos, en donde consideró que:

“(...) la Convención sobre los Derechos del Niño considera como tal (artículo 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

La remisión de la CIDH al artículo 1 de la CDN de 1989, en relación con la definición del niño, estuvo complementada con lo estipulado en el artículo 19 de la Convención Interamericana²³⁷ y lo referido en la opinión consultiva “Condición jurídica y derechos humanos de los niños²³⁸”, tomando en cuenta todas estas normas la Corte señaló respecto a la definición de niño que: “tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por niño a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”. Esto fue complementado a mayor profundidad al estipular las responsabilidades implícitas en la mayoría de edad sobre cuyo tema determinó que:

²³⁷ Artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969). Establece los Derechos del Niño: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

²³⁸ Opinión consultiva OC-17/02 de la CIDH de 28 de agosto de 2002.

“Conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial”.

Lo expresado por la Corte refleja el establecimiento por parte de este organismo internacional, que los niños no poseen la capacidad contemplada para las personas mayores de edad, pero que a pesar de ello llegan a ser sujetos de derechos, y titulares de los mismos, los cuales son inalienables e inherentes a toda persona humana²³⁹.

Este órgano interamericano de justicia vincula en un todo el sistema universal y las normas del sistema interamericano en los casos de aplicación e interpretación de los derechos del niño, es decir, constituyen un *corpus iuris*, así lo reflejó la Corte en el Caso de los “Niños de la Calle”, en cuya sentencia judicial resaltó:

“(…) había afirmado reiteradamente que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte del *corpus iuris* internacional de protección de los niños y que en diversos casos contenciosos ha precisado el sentido y alcance de las obligaciones estatales que derivan del artículo 19 de la Convención Americana a la luz de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948²⁴⁰ refleja la necesidad de una protección especial para los niños. En esta línea de trabajo la CIDH desarrolló un mecanismo de protección en materia de niñez y adolescencia denominado Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido popularmente como “Protocolo de San Salvador”, de 17 de noviembre de 1988, el cual llega a dotar de un especial sentido la interpretación y el contenido de los derechos de los NNA, y además integra el *corpus iuris*.

La ocupación de la CIDH en este tema refiere mencionar la sentencia del Caso “Instituto de Reeduación del Menor” respecto del Estado Paraguayo, en el cual se evidenciaron violaciones de derechos humanos padecidas por los NNA como: falta de higiene, hacinamiento, carencia de servicios médicos, desnutrición y torturas, entre otros. Además, a estos hechos hay que agregar la materialización de tres incendios que ocasionaron la muerte de nueve personas. En relación a la causa la CIDH no llegó a pronunciarse sobre una violación aislada de los derechos humanos, sino que estableció perjuicios respecto del derecho a la vida, a la integridad personal, las garantías judiciales y la protección judicial, todos ellos reflejados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴¹, además de que estipuló lo siguiente:

²³⁹ Párrafos 41 y 42 de la Opinión Consultiva OC-17/02.

²⁴⁰ Fue aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948, en ella se constituyó la Organización de Estados Americanos OEA. Se considera el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos, anticipando incluso a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sancionada meses después. El valor jurídico del instrumento ha sido muy discutido, no se lo considerada como tratado, no obstante, la OEA lo considera. En el artículo 7 se establece el derecho de protección a la maternidad y a la infancia: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

²⁴¹ Artículos 4, 5, 8 y 25 respectivamente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 o Pacto de San José, 1969. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969. En vigencia desde el 18 de julio de 1978, en veinte y cinco Estados Partes y ratificada por Ecuador el 8 de diciembre de 1977.

“(…) en el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones derivadas del artículo 19 de la Convención Americana, debe tenerse en consideración que las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos. Así, las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños”.

Como se puede apreciar se toma en consideración el *corpus iuris* en el análisis emitido por la Corte, y son incorporadas normas relacionadas con el derecho humanitario en el ámbito internacional. En este sentido, también se relaciona el Caso “La masacre de Mapiripán”, vs Colombia, que consistió en masacres ejecutadas por miembros de grupos paramilitares que en un periodo de tiempo limitaron la libre circulación de las personas por el Municipio de Mapiripán, además ejecutaron torturas, desmembramientos, y degollaron a cuarenta y nueve personas aproximadamente, entre las víctimas desaparecidas había menores de edad. En cuanto al caso la CIDH declaró lo siguiente:

“El contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana deben ser precisados (…) tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño (…) y del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, este último referido a situaciones de conflicto armado de carácter no internacional, de alta intensidad²⁴²”.

Aquí también se refleja la referencia de la Corte a un *corpus iuris* en la aplicación e interpretación de los derechos humanos, que no resulta exclusiva de determinados temas. Por lo tanto, se persigue un tratamiento adecuado y saludable de los variados sistemas de protección de derechos humanos, que impulse un diálogo en el marco de la jurisprudencia con mayor amplitud.

En relación con la responsabilidad del cumplimiento de los deberes con los NNA, la CIDH ha resaltado que la protección de los NNA, no compromete exclusivamente al Estado, sino que incluye a la familia y a la sociedad. Esta intención es respaldada con claridad en una de las opiniones consultivas emitidas por la Comisión Interamericana en donde se atesora como derecho del niño la convivencia con su familia, la cual tiene la responsabilidad de satisfacer todas sus necesidades²⁴³. La importancia de este reconocimiento se encuentra implícito en constituir un mensaje respecto a la especial protección que los infantes ameritan, desde las primeras etapas de su vida y relacionado con todo lo que integra su entorno, donde se va a desarrollar.

Por otra parte, surge el tema de las medidas de protección a favor de los NNA que la Corte ha considerado en su jurisprudencia. Esto puede ser apreciado en el Caso de los “Niños de la Calle”, en cuya sentencia fueron citadas algunas medidas vinculadas al cumplimiento de los deberes de protección acorde a los parámetros fijados por la Convención Americana:

“que dentro de las medidas de protección a que alude el artículo 19 de la Convención, se debe incluir la asistencia especial a los niños privados de su

²⁴² Caso de la masacre de Mapiripán vs Colombia Sentencia 15 de septiembre de 2005. párr. 153.

²⁴³ Opinión consultiva OC-17/02, 71. Condición jurídica y derechos humanos del niño. párr. 71.

medio familiar, la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, el derecho a un nivel de vida adecuado y la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación (...) el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño”.

Debe ser agregado que el respeto y garantía de los derechos de los NNA, así como su cabal cumplimiento que se manifiesta en la jurisprudencia de la CIDH, en relación con el Estado y su accionar, no sólo comprenden las de naturaleza positiva sino también las negativas. Estas últimas son las que se identifican con la abstención del Estado para evitar situaciones que puedan vulnerar los derechos de los NNA, ejemplo de ello fue el pronunciamiento de la Corte en el Caso “los Hermanos Gómez Paquiyaury”, respecto al Estado Peruano, que consistió en la detención y ejecución de dos hermanos adolescentes, por lo que la CIDH señaló las medidas de protección: “(...) merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la prohibición de la tortura y a las condiciones que deben observarse en casos de privación de la libertad de niños²⁴⁴”.

Sobre este tema la Opinión Consultiva de la Condición Jurídica y Derechos Humanos reconoce el cuidado a la salud y la educación respecto a los NNA, lo cual debe estar respaldado por un conjunto de medidas de protección, que a su vez estas representan la base fundamental para poder brindar un disfrute pleno al niño de su vida. Otro proceso ventilado en la CIDH donde se pone de manifiesto el desarrollo y establecimiento de las medidas de protección en afinidad a los niños, es el Caso “Chitay Nech y otros” contra el Estado de Guatemala, donde la Corte determinó lo siguiente:

“que, para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión e idioma”.

Otro de los criterios emitidos por la CIDH en este caso, fueron las medidas a implementar por parte del Estado en cuanto a la protección del niño, dirigidas taxativamente al fortalecimiento del núcleo familiar para su adecuado desarrollo. También la Corte ha señalado las medidas de protección y su vinculación con la CDN de 1989, específicamente entre las normas legales del instrumento internacional, en el cual se reconoce que la familia constituye el elemento fundamental de la sociedad, y debe ser protegida por el Estado y la propia sociedad.

En conclusión, se puede expresar que los NNA son sujetos de derechos humanos, y por lo tanto, no solo son titulares de los derechos contenidos en la Convención del Niño, sino del contenido de todas las normas de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, incluidos en los instrumentos conjuntamente con los mecanismos específicos de reconocimiento de los derechos de los niños. Del análisis realizado a los principales instrumentos internacionales que regulan la protección de los NNA, se concluye, que existe un “discurso proteccionista²⁴⁵” en dichos tratados, a través de la preocupación de los Estados Partes de establecer permanentemente políticas de protección, creando o reformando disposiciones constitucionales y legales, para estar acorde a lo establecido en tratados y convenciones suscritos y ratificados.

²⁴⁴ Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú. Sentencia 8 de julio de 2004. párr. 168.

²⁴⁵ DÁVILA BALSERA, P.; NAYA GARMENDIA, L. (2008: 26).

La esfera de la cobertura de los tratados, convenios, directrices, protocolos, tiende a dejar de lado la doctrina de la situación irregular del niño dando un trascendental y significativo paso hacia la protección integral del niño. Sin duda, en el avance del desarrollo de políticas y normas en beneficio de los NNA se buscará desarrollar sistemáticamente, nuevas doctrinas que abarquen una completa y total protección al niño, con una fuerza vinculante a los Estados, que permita tener el mínimo de discrecionalidad o dejadez estatal respecto a la protección en forma global.

2.13. OBSERVACIONES GENERALES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVAS A LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS (2001 – 2016)

La CDN de 1989 constituye el principal instrumento internacional en el cual se reconoce a los NNA como sujetos de derechos, y por lo tanto instituye que los Estados Partes tienen la obligación de garantizar estos derechos de manera prioritaria. Con el propósito de establecer una vigilancia y el cumplimiento de la CDN, el Comité de los Derechos del Niño ha emitido un conjunto de Observaciones Generales, para mantener una comunicación con los Estados, y así promover los derechos de los NNA. Las acciones que el Comité realiza están impulsadas por un grupo de expertos en la materia, para dar a conocer el contenido de la CDN por medio de Observaciones Generales.

En este sentido, serán analizadas las veinte Observaciones, específicamente las comprendidas en el periodo 2001-2016. En ellas se abordan los principios y derechos rectores de la CDN en el ámbito de la protección a los NNA.

I. Observación General No. 1: Propósitos de la educación, abril de 2001.

Esta observación se enfoca en la educación como derecho del menor de edad. Para reflejar su importancia el contenido desarrollado en la observación está centrado en el artículo 29²⁴⁶ de la CDN, donde se enuncian los propósitos de la educación, que han sido aceptados por los Estados Partes de la Convención. A estas naciones el Comité les recalca la necesidad de que promuevan, apoyen y protejan el valor supremo implícito en la CDN²⁴⁷.

El derecho a la educación está dispuesto en cinco incisos del artículo 29 de la CDN, se persigue que el menor de edad alcance un desarrollo elevado de sus posibilidades, directamente vinculado a las diversas capacidades presentes durante el transcurso de su evolución. La educación es concebida como un derecho que tiene el menor, y prioriza la preparación para enfrentarse a la vida cotidiana, mediante la cual se pretende lograr el fortalecimiento de sus capacidades, unido a la implementación de cierta fortaleza en la cultura y la prevalencia de determinados valores de derechos humanos que le permitan construir vida social en todos sus ámbitos.

²⁴⁶ Artículo 29 de la CDN. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

²⁴⁷ La dignidad humana innata a todo niño y sus derechos iguales e inalienables.

Para cumplir con el derecho a la educación establecido en la CDN, el Comité exhorta a los Estados Partes a realizar informes sobre este tema dotados de una mayor claridad y precisión, donde se reflejen las circunstancias y dificultades existentes, además se quiere que los informes sean periódicos para así poder solucionar los problemas.

II. Observación General No. 2: El papel de las instituciones nacionales independientes de los derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño noviembre de 2002.

La observación concentra todo lo relacionado con el artículo 4 de la CDN²⁴⁸, y su precepto tiene como fin el establecimiento de una serie de medidas administrativas, legislativas, y de otro tipo, que puedan brindar efectividad a los derechos contemplados en la CDN. En este sentido entran a representar un papel crucial los organismos nacionales en materia de derechos humanos que son independientes, ya que constituyen un mecanismo en la promoción y aseguramiento de la CDN.

Este mecanismo constituye el punto de partida de la observación, para luego desarrollar en torno a estas instituciones, diferentes aspectos como: facultades, procesos de establecimiento, recursos, marcos de representación pluralista, accesibilidad, y un conjunto de actividades recomendadas. Las ONG ocupan un lugar significativo en esta Observación por el papel que pueden ejecutar respecto a la cooperación regional e internacional, en materia de protección infantil.

III. Observación General No. 3: El VIH/Sida y los derechos del niño, marzo de 2003.

Esta observación converge un tema delicado como es la pandemia del VIH/Sida que ha afectado a personas adultas como a los NNA. Por lo que esta observación ha sido proyectada con determinados fines como:

- Profundizar sobre la definición, fortalecimiento y comprensión de los NNA que viven en un entorno donde está presente el VIH/Sida.
- Promoción de los derechos del niño en el marco del VIH/Sida, los cuales deberán ser garantizados acorde a la CDN.
- Determinación de medidas y prácticas más eficientes, con el objetivo de que los países puedan mejorar la prevención del VIH/Sida.
- Poder contribuir con la elaboración de planes estratégicos que hostilicen la propagación de este virus, orientado a los menores de edad, y así mitigar los efectos perjudiciales de la enfermedad.

Relacionado con esta observación se acentuaron derechos reconocidos en la CDN²⁴⁹, como: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la

²⁴⁸ Artículo 4 de la CDN: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

²⁴⁹ Artículos 2, 3, 6 y 12 de la CDN.

supervivencia y el desarrollo, y el derecho a expresar su opinión y a considerarla. Otro aspecto desarrollado en la observación fue todo lo referente a la prevención y el cuidado especial que requieren los NNA, y el cuidado ante posibles situaciones donde el niño puede ser víctima de explotación sexual y económica, y el uso indebido de sustancias.

IV. Observación General No. 4: La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la CDN, julio de 2003.

Esta observación recurre a todas las cuestiones establecidas en la CDN en relación con la salud. Esto significa que incluye desde los principios fundamentales y obligaciones de los Estados Partes, hasta la vulnerabilidad y los riesgos a los que están expuestos los niños. Se hace hincapié en los procedimientos y medidas de carácter judicial, y derechos y libertades civiles, se recalca la naturaleza que ostentan las responsabilidades y obligaciones de los Estados, y alienta la creación de un entorno sano y propicio para los NNA.

V. Observación General No. 5: Medidas generales de aplicación de la CDN, noviembre de 2003.

La observación refleja un análisis reforzado del contenido de la CDN. Esto significa que el objetivo principal está dirigido a enfatizar las obligaciones de los Estados Partes de la Convención. Para ello los países deberán presentar informes claros que reflejen los problemas y dificultades que enfrentan en relación con la protección de la niñez, el desarrollo de disposiciones legislativas internas acorde a los derechos establecidos en la CDN, la necesidad de que sean ratificados los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y la conformación de una amplia estrategia nacional basada en la CDN.

VI. Observación General No. 6: Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, septiembre de 2005.

La estrategia que se persigue, es dar a conocer la situación de vulnerabilidad de aquellos niños no acompañados y separados de su familia, además evidenciar la amplia gama de problemas y dificultades que los países experimentan en el camino a transitar y que los niños puedan disfrutar de sus derechos a plenitud. La promulgación de esta observación por parte del Comité estuvo impulsada, en parte, para demostrar que en el transcurso de los años ha incrementado significativamente la cantidad de NNA que se encuentran en este tipo de situaciones y de traslucir las lagunas legales que persisten.

VII. Observación General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, noviembre de 2005.

La Observación tiene como fin examinar las experiencias que ha sostenido el Comité, a partir de los informes emitidos por los Estados Partes sobre la primera infancia. Al respecto se han realizado algunas observaciones en las que se ha llegado a establecer la poca información sobre la primera infancia, indagación que se ha limitado a cuestiones de la mortalidad infantil, los nacimientos y la salud. Los objetivos que se pretenden obtener con esta observación son:

- Reforzamiento de la comprensión sobre los derechos humanos de todos los

niños pequeños, y reiterar a los Estados Partes sus responsabilidades con ellos durante la primera infancia.

- Desarrollar y comentar sobre las características específicas presentes en la primera infancia del niño, las cuales generan consecuencias en la realización de sus derechos.
- Impulsar y alentar el reconocimiento de los niños pequeños como agentes sociales desde el inicio de su existencia, que poseen intereses, capacidades, y vulnerabilidades específicas, lo que implica su necesaria protección.
- Resaltar la diversidad que existe en esta etapa de la primera infancia.
- Establecer las diferencias en el ámbito cultural respecto al trato brindado al niño pequeño.
- Recalcar la vulnerabilidad a la que se encuentran expuestos los niños pequeños.
- Contribuir a la realización de los derechos de los niños pequeños.

VIII. Observación General No. 8: El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes²⁵⁰, agosto de 2006.

Constituye la primera de una serie de observaciones dirigidas a la erradicación de la violencia contra los niños, y su principal objetivo es orientar a los Estados Partes en la interpretación de los preceptos de la CDN relativos a la protección de los NNA, frente a toda forma de violencia. La observación está enfocada en los castigos corporales y otras acciones de crueldad y denigración ejecutadas sobre la niñez. Se requiere abordar estos temas para así poder eliminarlos dentro de la familia, en la escuela y en otros ámbitos.

IX. Observación General No. 9: Los derechos de los niños con discapacidad, febrero de 2007.

La observación desarrollada sobre la discapacidad de los niños está dirigida a resaltar la inobservancia presente en las declaraciones emitidas por los Estados Partes de la CDN sobre lo estipulado en el artículo 23²⁵¹, referente esencial de la protección de los

²⁵⁰ Artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37 de la CDN.

²⁵¹ Artículo 23. Convención de Derechos del Niño “1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. 2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él. 3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible. 4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la

derechos de la niñez y adolescencia. Se persigue demostrar las graves dificultades que persisten para los niños discapacitados y su adecuado desarrollo. Por lo que resulta imprescindible que se brinde una adecuada orientación y asistencia a las naciones en lo relativo a los esfuerzos por lograr la efectividad de los derechos de los NNA con discapacidad.

X. Observación General No. 10: Los derechos del niño en la justicia de niños, niñas y adolescentes, Abril de 2007.

La observación fue establecida para recordarle a los Estados Partes su obligación de elaborar y aplicar, un sistema y política general encaminada a la justicia de menores, lo que se traduce en la no limitación de emplear disposiciones contenidas en la CDN concretas (Artículos 37 y 40 CDN), sino que también deberán ser tomados en cuenta los principios generales enunciados (artículos 2, 3, 6, y 10 CDN), además de otros preceptos legales (Artículos 4 y 39 CDN) también de gran importancia. De esta manera se puede afirmar que la observación tiene como fines:

- Otorgar aliento a los Estados Partes para que conformen una política general en la justicia de menores, y así prevenir y luchar contra el fomento de la delincuencia juvenil.
- Ofrecer recomendaciones a los Estados Partes sobre el contenido de la política dirigida a la materialización de la justicia de menores.
- Impulsar la integración de una política nacional y amplia para la justicia de menores.

XI. Observación General No. 11: Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los derechos del Niño, febrero de 2009.

La observación se basa principalmente en la No discriminación. El Comité identifica la no discriminación como un “principio general de fundamental importancia para la puesta en práctica de todos los derechos consagrados en la Convención. Los niños indígenas tienen un derecho inalienable a no sufrir discriminación. Para proteger de manera efectiva los niños contra la discriminación, el Estado Parte tiene la obligación de hacer que el principio de no discriminación se refleje en toda la legislación nacional y pueda ser directamente aplicado y debidamente supervisado e impuesto por los órganos judiciales y administrativos²⁵²”. De esta manera se puede afirmar que la observación tiene como objetivos y fines:

- Orientar a los Estados Partes sobre la forma de cumplir las obligaciones que les impone la Convención en lo referente a los niños indígenas.
- Analizar las dificultades específicas que obstan para que los niños indígenas puedan disfrutar plenamente de sus derechos, así como destacar las medidas

esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

²⁵² Párrafo 23 de la Observación General No. 11.

especiales que los Estados Partes deberían adoptar para garantizar el ejercicio efectivo de sus derechos.

- Promover las buenas prácticas y el relieve de formas positivas de los derechos de los niños indígenas.

XII. Observación General No. 12. El derecho del niño a ser escuchado, julio de 2009.

Esta observación avizora al artículo 12 de la CDN, donde se respalda la condición jurídica y social del niño. Esto contribuye que la observación tenga como objetivos fundamentales los siguientes:

- Apoyar a los Estados Partes en la aplicación efectiva del artículo 12 de la CDN. Incrementar su comprensión y significado y sus consecuencias para las diferentes naciones.
- Profundizar en el alcance de las normas legales, las políticas y la práctica y lograr una aplicación plena. Resaltar aquellos enfoques positivos generados por la materialización de la disposición.
- Proponer requisitos básicos a cumplir en relación a los métodos adoptados para tener en cuenta la opinión del menor de edad.

XIII. Observación General No. 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, abril de 2011.

A los efectos de la observación, según el artículo 19, párrafo 1 de la Convención, se entiende por violencia “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”. El término violencia abarca todas las formas de daño a los niños enumeradas en la disposición mencionada, de conformidad con la terminología del estudio de la "violencia" contra los niños realizado en 2006 por las Naciones Unidas, aunque los otros términos utilizados para describir tipos de daño (lesiones, abuso, descuido o trato negligente, malos tratos y explotación) son igualmente válidos²⁵³.

En el lenguaje estereotipado se suele entender por violencia únicamente al daño físico y/o daño intencional. Sin embargo, el Comité deja sentado inequívocamente que la elección del término "violencia" en la presente observación general no debe verse como un intento de minimizar los efectos de las formas no físicas y/o no intencionales de daño (así el descuido y los malos tratos psicológicos, entre otras), ni la necesidad de hacerles frente. El principal objetivo es el de:

- Instruir a los Estados Partes para que comprendan las obligaciones que les incumben, en virtud del artículo 19 de la Convención, de prohibir, prevenir y combatir toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación del niño, incluido el abuso sexual, mientras este se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante

²⁵³ Las traducciones de la Convención a otros idiomas no incluyen necesariamente un equivalente exacto del término inglés *violence*.

legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo, entre ellos los agentes estatales.

XIV. Observación General No. 14: Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, mayo de 2013.

La observación tiene su esencia en el principio del interés superior del niño acogido en el artículo 3 de la CDN, donde se destaca su concepto triple: derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo, y una norma de procedimiento. Como parte de los propósitos que persigue esta observación se destacan los siguientes:

- Que los Estados Partes de la CDN otorguen efectos al interés superior del niño y sea respetado.
- Que el interés superior del niño sea tomado en cuenta como un concepto dinámico, y que posee la capacidad de abarcar temas en constante evolución.
- Mejorar la comprensión que al niño le asiste el derecho, de que ese interés superior sea evaluado correctamente y catalogado como primordial.

XV. Observación General No. 15: Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, abril de 2013.

El Comité interpreta el derecho del niño a la salud definido en el artículo de la CDN, como derecho inclusivo que no solo abarca la prevención oportuna y apropiada, la promoción de la salud y los servicios paliativos de curación y de rehabilitación, sino el derecho a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que le permitan disfrutar del más alto nivel posible de salud. Para ello los Estados deben velar que los servicios de salud infantil cumplan con los criterios de disponibilidad, accesibilidad y calidad a todos los niños sin discriminación.

Para su efectiva concreción el Comité recomienda a los Estados Partes que “cumplan con el gasto mínimo en salud por habitante recomendado por la Organización Mundial de la Salud y den prioridad a la salud del niño en las asignaciones presupuestarias” (Párrafo 106 letra b). Bajo los principios de: La indivisibilidad e interdependencia de los derechos del niño; derecho a la no discriminación; el interés superior del niño; derecho a la vida, a la supervivencia, y al desarrollo y factores que determinan la salud del niño, el derecho del niño a ser escuchado; y la evolución de las capacidades y trayectoria vital del niño.

XVI. Observación General No. 16: Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, abril de 2013.

El Comité considera que las obligaciones y las responsabilidades de respetar los derechos del niño se extienden en la práctica más allá de los servicios e instituciones del Estado, y se aplican a los actores privados y a las empresas. Actualmente no hay ningún instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las responsabilidades del sector empresarial con los derechos humanos. Por lo tanto, a todas las empresas incumbe cumplir sus responsabilidades en relación con los derechos del niño y los

Estados deben velar por que lo hagan. Además, las empresas no deben mermar la capacidad de los Estados para plasmar sus obligaciones hacia los niños de conformidad con la Convención y sus protocolos facultativos²⁵⁴.

El Comité reconoce que las acciones voluntarias de las empresas en cuanto a la responsabilidad empresarial, como las inversiones sociales, la promoción y la participación en las políticas públicas, los códigos de conducta voluntarios, las actividades filantrópicas y otras actividades colectivas, pueden promover los derechos del niño. Sin embargo, este tipo de acciones e iniciativas facultativas no sustituyen la acción del Estado y la regulación de las empresas de acuerdo con las obligaciones que imponen la Convención y sus protocolos, ni la obligación de las empresas de respetar los derechos del niño.

XVII. Observación General No. 17: Sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes, abril de 2013.

El Comité considera que los niños tienen un ansia espontánea de jugar y participar en actividades recreativas, y buscarán oportunidades de hacerlo incluso en los ambientes más desfavorables. Es preciso asegurar ciertas condiciones de acuerdo con sus capacidades, para que puedan ejercer los derechos previstos en el artículo 31 en un grado óptimo. A tal efecto, los niños deben: estar libres de estrés; libres de exclusión social, prejuicios o discriminación; tener un entorno en que estén protegidos del daño o la violencia social; libre de desechos, contaminación, tráfico y otros peligros físicos para que puedan circular libremente y de forma segura dentro de su vecindario; disfrutar de un descanso adecuado a su edad y su desarrollo.

Disponer de tiempo libre, sin actividades impuestas de ningún tipo con tiempo y con un espacio accesible para jugar, sin control ni gestión de los adultos; para jugar al aire libre no acompañados en un entorno físico diverso y estimulante, y con fácil acceso a adultos que los ayuden cuando sea necesario; tener oportunidades de experimentar e interactuar con entornos naturales y con el mundo animal y de jugar en ellos para crear y transformar su mundo, usando su imaginación y su lenguaje; con oportunidades de explorar y comprender el patrimonio cultural y artístico de su comunidad y de participar en él crearlo y plasmarlo, y participar con otros niños en juegos, deportes y otras actividades recreativas, apoyados cuando sea necesario, por facilitadores o instructores cualificados; contar con el reconocimiento, por los padres, los profesores y la sociedad en su conjunto, del valor y la legitimidad de los derechos consagrados en el artículo 31 (Párrafo 32).

XVIII. Observación General No. 18: se emite conjuntamente con Recomendación General No. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer CEDAW y el Comité de los Derechos del Niño, sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, noviembre del 2014.

El objetivo de esta recomendación y observación general conjunta es precisar las obligaciones de los Estados Partes suscriptores de las Convenciones, quienes deben realizar una orientación autorizada sobre medidas legislativas y de políticas y otras medidas apropiadas que conviene adoptarse para garantizar el pleno cumplimiento de

²⁵⁴ Párrafo 8 de la Observación en relación al Alcance y Aplicación.

sus obligaciones de eliminar las prácticas nocivas.

Se reconoce que las prácticas nocivas afectan a mujeres adultas, bien sea de manera directa o debido al impacto a largo plazo de las prácticas a las que se las sometió cuando eran niñas, o de ambas maneras. Por tanto, la presente recomendación u observación general conjunta expone con mayor detalle las obligaciones de los Estados Partes en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en lo que respecta a las disposiciones pertinentes para la eliminación de dichas prácticas²⁵⁵. Los Comités reconocen que los niños varones también son víctimas de violencia, prácticas nocivas y prejuicios, y que sus derechos deben estar orientados a su protección y a prevenir la violencia por razón de género y la perpetuación de los prejuicios y la desigualdad de género en etapas posteriores de su vida.

XIX. Observación General No. 19: Sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño, julio de 2016.

Del texto se desprende que el objetivo de esta observación es conocer las obligaciones contraídas por los países miembros, en lo relativo a la asignación de presupuestos para reforzar la efectividad de los derechos del niño y fomentar un cambio real en la forma en que tales presupuestos se planifican, se aprueban, se ejecutan y se supervisan, a fin de avanzar en la aplicación de la Convención y sus Protocolos Facultativos.

Este objetivo tiene consecuencias para las medidas adoptadas durante todo el proceso presupuestario por los poderes (ejecutivo, legislativo, y judicial), niveles (nacional y sub nacional) y estructuras (ministerios, departamentos u organismos) de gobierno. Las obligaciones se extienden a los donantes y a los beneficiarios de la cooperación internacional (Párrafo 15), basados en los principios del presupuesto público y fomentar los derechos del niño: Eficacia, Eficiencia, Equidad, Transparencia y Sostenibilidad.

XX. Observación General No. 20: Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia (CRC/C/GC/20), diciembre de 2016.

En la Observación, el Comité proporciona orientación a los Estados Partes sobre las medidas necesarias para garantizar que se hagan efectivos los derechos del niño durante la adolescencia, considerando la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Destaca la importancia de un enfoque basado en los Derechos Humanos que incluya el reconocimiento y el respeto de la dignidad, y la capacidad de acción de los adolescentes; su empoderamiento, ciudadanía y participación activa en sus propias vidas; la promoción de la salud, el bienestar y el desarrollo óptimos; y un compromiso con la promoción, la protección y el ejercicio de sus derechos humanos, sin discriminación.

De la revisión del contenido de las Observaciones Generales desde la No. 1 de abril del 2001 hasta la No. 20 de diciembre del 2016, realizadas por el Comité de los Derechos del Niño se vislumbra la existencia de un eje transversal que es reconocer a los NNA como sujetos de derecho, debiendo los Estados Partes garantizar sus derechos de manera prioritaria y urgente, y que además protege todos sus derechos en la

²⁵⁵ Párrafo 3 y 4 de la Observación conjunta en estrecha relación al artículo 4º de la CDN.

permanente relación con sus familias y la sociedad. También es necesario resaltar que permanentemente el Comité se encuentra emitiendo observaciones generales, que resguarden todas las necesidades que surgen en esta era globalizada en beneficio de la infancia.

Corresponde indagar el criterio rector del Comité de los Derechos del Niño en sus Observaciones Generales para la implementación de el o los sistemas de protección de los NNA en los Estados Partes, sustentándose como orientación en lo dispuesto por la CDN de 1989 en el artículo 3, los Estados para “asegurar al niño la protección y el cuidado se tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”, además del “aseguramiento de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes”, y también en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en 1993, donde se reafirmó en la Declaración y Programa de Acción de Viena “el trascendental y constructivo papel que desempeñan las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos” y se alentó “la creación y el fortalecimiento de esas instituciones nacionales”.

De esta forma, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General No. 1 no hace referencia concreta sobre los sistemas de protección de los derechos de los niños, se reitera específicamente el propósito y el derecho de acceso a la educación del niño (Artículo 28), y su contenido.

El Comité adopta la Observación General No. 2 (2002) con el fin de exhortar a los Estados Partes en dos áreas de la protección institucional, la primera con la creación de “una institución independiente para la promoción y vigilancia de la aplicación de la Convención y apoyarlos en esa tarea explicando los elementos esenciales de tales instituciones”, en los países que se encuentran establecidos estas instituciones, el “Comité exhorta a los Estados a que examinen su estatuto y su eficacia con miras a la promoción y protección de los derechos del niño consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales pertinentes”, además previene de que “los recursos disponibles se utilicen con la mayor eficacia posible para la promoción y protección de los derechos humanos de todos, incluidos los niños.

Para el cumplimiento de lo anterior en los Estados Partes, el Comité proyecta como mejor solución la instauración de una “institución nacional de mandato amplio con facultades necesarias para que puedan desempeñar su mandato con eficacia”, cuya labor incluya actividades específicamente dedicadas a los derechos del niño y dentro de la estructura de la mencionada institución la creación de una “sección o división específica que se encargará de los derechos de los niños”.

Con esta Observación, a partir del 2002 se empieza a consolidar con mayor auge la creación de sistemas de protección de la niñez en los Estados Partes, con sus características propias de acuerdo con su diversidad económica, política, social, cultural y ambiental, lo expresado por el Comité se corrobora en la Observación General No. 13 del 2011, al ratificar que “un sistema holístico de protección del niño requiere la prestación de medidas amplias e integradas en cada una de las etapas previstas en el párrafo 2 del artículo 19 de la CDN²⁵⁶, teniendo en cuenta las tradiciones socioculturales

²⁵⁶ “Medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como

y el sistema jurídico del Estado Parte de que se trate²⁵⁷”. Por lo anterior, el Comité en las restantes Observaciones Generales no realiza señalamiento específico sobre los sistemas de protección de la infancia.

Las Observaciones Generales han permitido que los Estados Partes a través del cumplimiento de las mismas implementen en sus países diversos sistemas de protección de los niños, respaldados en políticas públicas e instauración de instituciones jurisdiccionales y administrativas. Esto permitirá investigar si en la República del Ecuador existe esta institucionalidad, si funciona o merece una propuesta de mejoramiento, o de creación que coadyuven a la protección integral de los NNA, que se expondrá en el capítulo sexto.

2.14. OBSERVACIONES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO A LOS SEIS INFORMES PRESENTADOS POR LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (1996 – 2017)

El Comité de los Derechos del Niño, con fundamento en el artículo 44 de la CDN²⁵⁸, realiza observaciones a los seis informes del Ecuador presentados desde 1996 a 2017. En la línea de la investigación corresponde examinar el tránsito de la existencia del sistema de protección institucional en el Ecuador, considerando que en los capítulos finales se evidenciará si el sistema o sistemas han permitido que exista un verdadero modelo de protección a los NNA en el Ecuador, en este escenario se analizará dicha traslación institucional.

De las observaciones que realiza el Comité de los Derechos del Niño al primer informe del Ecuador de 24 de septiembre de 1996, sugiere que el Ecuador desarrolle “procesos que viabilicen la transición²⁵⁹ de la doctrina de la situación irregular hacia la doctrina de la protección integral²⁶⁰”, con el objetivo de que se reconozca la responsabilidad del Estado y la sociedad al proteger los derechos de los NNA. Para esta transición se requiere de “metodologías pensadas en función del desarrollo individual y social integral, así como de la exigibilidad de los derechos”.

Esta observación es acogida en la formulación y elaboración del CONA de 2003, en mérito que en el anterior Código de Menores de Ecuador de 1992²⁶¹ no existía ninguna aproximación al discernimiento de la nueva doctrina, pese a que el Ecuador fue el tercer país del mundo y el primero en Latinoamérica en ratificar la Convención de los Derechos del Niño el 7 de marzo de 1990. La razón principal, según la propia Comisión, está vinculada “al desconocimiento de la Convención y de los compromisos que se desprenden de ella, a la ausencia, en el pasado inmediato, de un ente coordinador de temas de infancia y de seguimiento a los derechos del niño, niña y adolescente²⁶²”.

para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

²⁵⁷ Párrafo 45 de la Observación General No. 13.

²⁵⁸ Es obligación de los Estados Partes, remitir informes cada cinco años sobre la situación de los niños, niñas y adolescentes en su país.

²⁵⁹ Respecto de esta doctrina de la Situación Irregular y la Protección Integral de la niñez, se profundizará en el capítulo III de la investigación.

²⁶⁰ Párrafo 244 del informe inicial del Comité al informe del Ecuador 1992.

²⁶¹ Publicado en la Ley 170 R. O. Suplemento 995 de 7 de agosto de 1992.

²⁶² En línea: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>. Fecha de consulta: 23 de abril de 2017.

Ante la inexistencia de un organismo o estamento público institucional de protección, el Comité en el ámbito administrativo sugiere “trabajar en el fortalecimiento de una autoridad” y el desarrollo de un “proceso de reestructuración de toda la institucionalidad pública vinculada a la protección integral de la infancia²⁶³”, en el Ecuador los organismos creados en el Código de Menores de 1992 en el ámbito de control, coordinación y protección de los derechos del menor, fueron el Consejo Nacional de Menores, la Dirección de Protección de Menores, el Servicio Judicial de Menores, y la Brigada de Menores²⁶⁴.

Sin embargo, para justificar que no existía un sistema adecuado de protección de los niños, en octubre de 1994, se crea la Secretaría Técnica del Frente Social, que es la encargada de coordinar las actividades de diez instituciones públicas del área social, y una organización no gubernamental presidida y financiada con recursos del Estado denominada Instituto Nacional del Niño y la Familia (INNFA).

El Comité determina que es necesario “(iii) Establecer un sistema nacional de protección a la niñez y otorgarle los recursos financieros necesarios para su funcionamiento²⁶⁵”. En consecuencia nace a través de esta observación la obligación de la República del Ecuador de implementar este sistema, corresponde por tanto, verificar si en los posteriores informes el Ecuador cumplió con esa recomendación.

En el segundo y tercer informe combinados del Ecuador aprobados por el Comité el 3 de junio de 2005, se verifica que “El Comité observa con satisfacción que algunas preocupaciones y recomendaciones formuladas tras el examen del informe inicial del Estado Parte se han abordado con medidas legislativas y políticas. Sin embargo, no se ha dado suficiente seguimiento a las recomendaciones relativas, entre otras cosas, a la asignación de recursos²⁶⁶”, al efecto se estableció el sistema especializado de justicia de niñez previsto en el nuevo CONA de 2003.

En estos dos informes el Comité en relación con el sistema de protección no hace ninguna observación, en la medida que expresamente en la Constitución del Ecuador de 1998 vigente hasta el 2008, se ordena taxativamente que el “Estado organizará un sistema nacional descentralizado de protección integral para la niñez y la adolescencia, encargado de asegurar el ejercicio y garantía de sus derechos²⁶⁷”.

En el mismo sentido el CONA de 2003, en el Libro III, señala la creación de un sistema descentralizado de protección integral de la niñez y adolescencia²⁶⁸, con principios rectores, con sus organismos de definición, planificación y evaluación de políticas; de protección defensa exigibilidad de derechos y organismos de ejecución, y las medidas de protección administrativas y judiciales. Sin perjuicio de lo señalado, el Comité recomienda que el Estado Parte establezca un sistema adecuado de “coordinación entre las diversas instituciones a todos los niveles, con miras a la plena aplicación de la Convención²⁶⁹”, sistema coordinado que no existe y que se corrobora en el cuarto informe del Comité.

²⁶³ Párrafo 100, i y ii del informe del Comité.

²⁶⁴ Artículo 203 del Código de Menores de 1992.

²⁶⁵ Párrafo 100 del informe del Comité de 1996.

²⁶⁶ Párrafo 10 del informe periódico segundo y tercero del Comité de Derechos del Niño del 2005.

²⁶⁷ Artículo 52 de la CRE. Decreto Legislativo No. 000. RO/ 1 de 11 de agosto de 1998.

²⁶⁸ Artículo 190 del CONA 2003.

²⁶⁹ Párrafo 15 del informe periódico segundo y tercero del Comité de Derechos del Niño del 2005.

Al efecto, el cuarto informe del Comité de 29 de enero de 2010, y estando vigente la Constitución más garantista de la República del Ecuador de 2008, revela su preocupación “que el Consejo Nacional y el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, creados en virtud del CONA de 2003, vayan a quedar subordinados a un nuevo consejo o subconsejo de equidad intergeneracional²⁷⁰, que englobará otros grupos demográficos, en el marco del establecimiento de un sistema de inclusión y equidad de ámbito general que abarcará todas las esferas de la política social, como estipula la Constitución de 2008²⁷¹”.

El Comité exhorta que en el “nuevo sistema nacional de inclusión y equidad social se respete y fortalezca al ya existente Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia²⁷²”, y que no se merme la “coordinación entre el nivel central y los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia y las Juntas Cantonales de Protección de Derechos²⁷³”, al ser componentes del sistema de protección y defensa de los derechos de los niños.

En este informe se observa nuevamente la línea de preocupación del Comité de “adaptar el presupuesto nacional, los principios y las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño sigan teniendo prioridad²⁷⁴”.

En cuanto al sistema de protección, reiteradamente el Comité en las observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador de septiembre de 2017, llama la atención, que la “Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad de 2014 y su Reglamento General de 2015 crearon un nuevo sistema para la protección de los derechos basado en cinco Consejos para la igualdad nacionales y cantonales destinados a proteger los derechos. No obstante, el Comité observa con profunda preocupación: a) Que el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia no está en funcionamiento; b) Que las instituciones que solían ser las responsables de plasmar los derechos del niño, como el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, los consejos cantonales de la niñez y adolescencia y los consejos para la protección de los derechos, se han transformado en consejos intergeneracionales y no mantienen su mandato específico y especial en relación con la protección de los derechos del niño²⁷⁵”. Queda en el trascurso de la investigación profundizar sobre la situación actual del sistema de protección de niños en el Ecuador, que se realiza en los próximos capítulos.

En lo referente a la asignación de recursos para la protección de los niños, el Comité vuelve a recomendar que el Estado: “aplique un enfoque que tenga en cuenta los derechos del niño al elaborar el presupuesto del Estado mediante un sistema de rastreo que abarque todos los gastos relativos a la infancia y la adolescencia, e incluya análisis del impacto, desglosados por género, sobre la medida en que las inversiones en un sector determinado pueden contribuir al interés superior del niño” (párrafo 8).

²⁷⁰ Creados con antecedente de la Disposición Transitoria Sexta de la Constitución de 2008. “Los consejos nacionales de niñez y adolescencia, discapacidades, mujeres, pueblos y nacionalidades indígenas, afro ecuatorianos y montubios, se constituirán en consejos nacionales para la igualdad, para lo que adecuarán su estructura y funciones a la Constitución.

²⁷¹ Párrafo 11 del informe periódico cuarto del Comité de Derechos del Niño del 2010, En línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8534.pdf?view=1>. Fecha de consulta: 4 de mayo de 2017.

²⁷² *Ibid.* p. 12.

²⁷³ Organismos en el Ecuador de protección, defensa y exigibilidad de derechos conforme el Título VI del Libro III del CONA 2003.

²⁷⁴ Párrafo 18 del informe periódico cuarto del Comité de Derechos del Niño de 2010.

²⁷⁵ Párrafo 8 del informe periódico quinto y sexto del Comité de Derechos del Niño del 2017.

Se concluye que el Comité de los Derechos de los Niños ha demostrado su permanente preocupación por la verdadera implementación de un sistema de protección: en 1996 sugiere que en el Ecuador se desarrolle un sistema de protección, en el 2005 teniendo en consideración la aprobación de un nuevo CONA, en el cual se dispone un sistema nacional descentralizado, pero se avanza que únicamente lo que se ha realizado es añadir el término “descentralizado”, más no que exista un sistema eficaz, como lo demuestra el continuo cambio normativo y de la institucionalidad.

Una línea transversal a tomarse en cuenta desde el primer informe de 1996 hasta la actualidad es el hecho de la verificación de la falta de recursos económicos para la protección de los NNA. El Comité en los seis informes requiere que el Ecuador asigne recursos para los derechos de todos los niños y su protección integral, a la vez que concrete partidas presupuestarias de la infancia, actualmente considerando “el género y las situaciones de vulnerabilidad, como los niños que pertenecen a pueblos y otras nacionalidades indígenas, los niños montubios y afro ecuatorianos, los que tienen discapacidad, los que viven en la pobreza, los que se encuentran en régimen de acogida y los niños migrantes, solicitantes de asilo y refugiados, y asigne y ejecute fondos públicos para eliminar todos los obstáculos discriminatorios que puedan afectar al acceso de los niños a sus derechos”. En cuanto a la asignación de recursos destinados a la protección a la niñez ecuatoriana se profundizará en el capítulo sexto de la investigación.

CAPÍTULO III. EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS

3.1. EL NIÑO COMO SUJETO Y NO OBJETO DE DERECHOS

Fue Jean-Jacques Rousseau en su tratado de la Educación (más conocido como el Emilio de 1762), quien se posicionó como precursor de la conceptualización moderna de los derechos del niño, al advertir que hay que respetar la infancia, dejar "obrar a la naturaleza", que quiere que los niños sean niños (con su propia manera de ver, pensar y sentir) antes de ser adultos. La inteligencia humana según el autor tiene límites, no puede aprender todo y el tiempo existencial es breve. Al principio "no sabemos vivir, pronto ya no podemos"; la razón y el juicio "vienen lentamente", mientras que "los prejuicios acuden en tropel". "No hay que perder de vista el pasar del tiempo, hay que tenerlo siempre presente, y que saber respetar las edades de la existencia humana²⁷⁶", en consecuencia es de vital importancia referirse al niño como sujeto de derechos.

En el capítulo segundo se desarrolló un análisis en torno a los instrumentos internacionales dirigidos a la regulación de los derechos, y al resguardo de los niños y adolescentes y su sistema de protección, donde se llegó a reflejar la presencia marcada de un "discurso proteccionista²⁷⁷" en todo el conjunto de tratados emitidos desde la doctrina jurídica internacional. Esto se evidenció por la manifestación de los Estados por su preocupación en relación con el restablecimiento de políticas que garanticen una custodia efectiva de los derechos de los niños y adolescentes, y con ello las respectivas reformas en las normas constitucionales, con el objetivo de dar cumplimiento a convenios suscritos e instaurar un ordenamiento jurídico enfocado en la protección integral de la niñez y la adolescencia.

En el presente capítulo se abordará la temática correspondiente a la consideración de los niños y adolescentes como sujetos de derechos. Para el adecuado análisis del tema serán tratados los principios generales o inspiradores, que constituyen la base de la protección y reconocimiento de los derechos de los niños, así también, las doctrinas existentes. Además, será analizado el interés superior del niño dentro de los parámetros y acciones de la CIDH, y también en el contexto jurisprudencial de España y Ecuador.

La CIDH ha puesto énfasis en el carácter de sujeto de derecho de los NNA, diferenciando la circunstancia de su falta de capacidad jurídica para actuar autónomamente. El hecho de que el niño no tenga capacidad de ejercicio no le priva de su calidad de sujeto de derechos humanos. La Corte ha señalado que "la mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de conducirse. Esto significa que el individuo puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes al ser humano²⁷⁸". Relacionado con lo anterior se encuentra la afirmación de la misma Corte

²⁷⁶ ROUSSEAU, J. (1762: 274).

²⁷⁷ DÁVILA BALSERA, P.; NAYA GARMENDIA, L. (2008: 15 y 30).

²⁷⁸ Opinión Consultiva OC-21/14. Resolución de 19 de agosto de 2014. Párrafo 41. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

en el sentido de que “no es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza²⁷⁹”.

El principio del respeto a la dignidad del ser humano aplica independientemente de la condición existencial, de la situación y las circunstancias en que se encuentra la persona. Este principio fundamental está invocado en los Preámbulos de la CDN de 1989 así como en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Consta igualmente en el Preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador de 1988), entre otros tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los niños eran tratados como simples objetos por parte de sus progenitores y por medio de las acciones arbitrarias del Estado. Se concibió entonces una necesidad que fue creciendo la de reconocer al niño por su calidad de persona y ser humano. En el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, este principio deber ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria²⁸⁰. Es necesario destacar lo señalado por Seda, al exteriorizar acerca de la situación de los NNA que:

“Ellos han permanecido, históricamente, como meros objetos de la arbitraria voluntad de sus responsables civiles (padre, madre, guardián o tutor). O como meros objetos de la voluntad laberíntica de las burocracias oficiales, cuando el Estado asumía (o todavía asume, en muchos países) la tutela dicha administrativa o institucional, o estatal, del hijo que no puede estar bajo la tutela y la guarda de sus padres, en el seno de su familia²⁸¹”.

El ser sujeto de derechos, supone ser capaz de exigir y procurar que esos derechos se cumplan y ser idóneos de ejercerlos con responsabilidad. Su reconocimiento como sujetos de derechos, significa también su comprensión como sujetos responsables de acuerdo con su grado de desarrollo. La concepción del niño como sujeto de derechos rompe con la idea tradicional de las políticas como un acto de asistencia social de caridad o beneficencia.

Los derechos humanos en general y los de la niñez en particular, tienen protección internacional tanto en el sistema universal de las Naciones Unidas, como en los sistemas regionales, en nuestro caso, la OEA y el Sistema Interamericano. Al respecto, Cervera O. (2011) sintetiza que se debe considerar al niño como sujeto dentro del proceso y no como objeto, ya que se afecta sus derechos fundamentales, por dos situaciones concretas:

“a) Porque se toman decisiones afectando su libertad personal sin tomar en cuenta de manera efectiva su interés superior; y, b) Porque el ser considerado como objeto se incumple con el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que a las personas se deben respetar su dignidad²⁸²”.

²⁷⁹ Opinión Consultiva OC - 4/84. Resolución de 19 de enero de 1984. Serie A N° 4. Párrafo 55. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

²⁸⁰ CILLERO BRUÑOL, M. (1998: 131).

²⁸¹ SEDA, E. (2008: 6).

²⁸² CERVERA RIVERO, O. (2011: 48).

Al considerar al niño como sujeto en el ejercicio pleno de sus derechos tiene vital importancia, el derecho a ser oído que se encuentra reflejado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 12. Además, la CDN parte del concepto de los NNA como sujetos de derechos y obligaciones, y estipula que como tales deben gozar de las mismas garantías que los adultos, aparte de aquellas que les corresponden por su especial condición. De este modo, se reafirma en primer lugar la aplicación de aquellos derechos ya reconocidos a los seres humanos en general, en otros instrumentos de derecho internacional a los niños. Asimismo, se establecen requisitos específicos en cuanto algunos derechos ya reconocidos por otros tratados, tomando en cuenta las necesidades especiales de la niñez²⁸³.

Al definir a los niños como ciudadanos sujetos de derechos, no se persigue intervenir sobre ellos como si fueran objetos, sino garantizar que estén dadas las condiciones necesarias, para que todos puedan hacer efectivos los derechos que les corresponden, se considera a todos con iguales derechos, más allá de las particulares representaciones existentes en cada familia, sociedad, cultura, en la forma de concebir a la niñez. Considerar a la infancia como titular de derechos trasciende la lógica de la carencia y se instaura un escenario totalmente diferente, especialmente para lo referido a las obligaciones y a las omisiones del Estado y de la sociedad civil relacionadas con las garantías de las personas.

Se introduce en la relación adulto-niño el orden de la ley en lugar del amor, la compasión o el disciplinamiento, una ley idéntica para todos, basada en el respeto por la dignidad del hombre²⁸⁴. De esta forma los NNA son considerados sujetos de derechos humanos, por tanto, no solo son titulares de los derechos contenidos en la CDN, sino del contenido de todas las normas de Naciones Unidas sobre derechos humanos, conjuntamente con los mecanismos específicos de reconocimiento de los derechos de los NNA.

La noción de la infancia llega a centrar al niño como un sujeto moral universal y singular. Esta generalidad consigue ser aplicada a las personas cuando transitan por una cierta etapa de la vida, donde predomina una dependencia básica para alcanzar una constitución física y mental del individuo²⁸⁵. Las preocupaciones éticas se encuentran inmersas en el campo de estudio de la infancia, por lo que al abordar esta problemática del niño como un sujeto moral conlleva al establecimiento de algunas interrogantes respecto a elementos como la dignidad, la autonomía y la fragilidad que están presente en el infante. El niño como sujeto moral induce un doble criterio el cual descansa en: “(...) por un lado existe la necesidad de una instancia fundante de principios normativos universales, y, por otro lado, de opciones evaluativas particulares y singulares²⁸⁶”.

El sostenimiento de este criterio catalogado como dual, repercute en la creciente necesidad de poder entender la igualdad en cuanto a la dignidad y a la vez la diferencia que existe en su materialización, donde llegan a converger cuestiones como la responsabilidad, la justicia y la solidaridad entorno al niño. El sistema jurídico internacional vigente desarrollado en el campo de los derechos humanos, ha impulsado

²⁸³ MARIACHETTI, A. (2010: 27).

²⁸⁴ UNESCO. (2008: 29).

²⁸⁵ MINNICELLI, M. (2004: 142).

²⁸⁶ CULLEN, C. (2000: 15).

el reconocimiento de manera explícita del niño como sujeto de derechos universales. Unido a esto se ha establecido que el niño es un sujeto que atraviesa por una situación vital y particular, donde impera la vulnerabilidad acorde a las condiciones singulares de la infancia. De esta manera se analizará al niño desde un ámbito de cuidado especial, como sujeto de derechos y como sujeto moral.

3.1.1. El niño como objeto de cuidado especial

A partir del siglo XX se inició todo un proceso marcado por el intento de establecer un diálogo de carácter continuo con el menor de edad. Los primeros pasos estuvieron enmarcados en distintos espacios institucionales, entre lo que se destacan el cultural y educativo, y científico-tecnológico, ambos relacionados con el avance significativo en el reconocimiento del niño como un sujeto moral particular. No obstante, a esta afirmación, el mismo se ha caracterizado por desarrollarse en un transcurso lento, donde si bien ya fueron expresados vestigios sobre el incipiente desarrollo de sentimientos de la infancia en la etapa moderna, no existía aún la individualización del niño como es concebida en la actualidad²⁸⁷.

Acorde a las consideraciones del tema, el niño y su lugar en la primera mitad del siglo XIX se encontraba definido por evidentes contradicciones²⁸⁸. En dicha época el niño a modo de una figura infantil, alcanzó cierto grado de consolidación dentro del seno familiar, ya que bajo la perspectiva de heredero, descendiente y visto comparativamente a una promesa futura, llegó a transformarse en objeto de cuidados especiales. Este tratamiento resultó ser evidente en las familias que ostentan una clase social media en la burguesía. El aseguramiento de la descendencia en ese periodo significaba una especie de inversión que abarcaba diferentes elementos como lo económico, educativo y existencial. A pesar de esto, el niño en esta etapa todavía no llegaba a ser tratado como un sujeto singular, era un ser social cuya pertenencia era a toda la familia, debido a que “(...) representaba el futuro de la nación y de la raza, productor, reproductor, ciudadano y soldado del día de mañana”.

Se puede expresar que la infancia como categoría se desarrolló entre límites que concebían lo público y lo privado. Esto resulta ser contradictorio, en merito que desde el ámbito social se desarrollaron distintas estrategias dirigidas a brindarle al niño un trato como un objeto, lo cual ha impedido a su vez que sea visto bajo los términos que lo indican a modo de sujeto moral. Conforme la perspectiva ética, la situación aquí descrita pone de manifiesto un cuadro de tipo paternalista en cuanto al tratamiento otorgado al niño. Este paternalismo no sería catalogado como “estricto”, sino que puede ser concebido un vínculo entre padre e hijo, o adulto y niño, incluso Estado y niño, donde ha existido un trato paterno-moral²⁸⁹.

Si se analiza el paternalismo, es necesario considerar al niño un agente moral que posee una capacidad de decisión, pero que al momento de materializar sus habilidades pueden estar disminuidas. Este tipo de situación debe ser considerada como una autorización expresa para que un tercero con competencia, llegue a tomar las decisiones necesarias en el lugar del niño. Dicha conducta debe estar enfocada en aras de alcanzar

²⁸⁷ ARIÉS, P. (2001: 45 y 47).

²⁸⁸ PERROT, M. (2001: 125 y 191).

²⁸⁹ BEAUCHAMP, T.; CHILDRESS, J. (1980: 259).

intereses superiores y en beneficio total del menor de edad incompetente²⁹⁰.

Bajo un esquema en que se ha considerado una conceptualización estándar de la autonomía, su ideal básico estaría condicionado por tener una capacidad de autorregulación, donde no existan interferencias exteriores que tengan como fin alcanzar el control o imponer limitaciones de índole personal²⁹¹. Sin embargo, a esta definición básica que se tiene sobre la autonomía en su realización efectiva, no puede ser entendida sin interferencia alguna o la presencia de condicionamientos especiales²⁹².

En el inicio de este análisis se hizo referencia a un momento histórico determinado, donde el niño no es considerado como un sujeto moral de derecho. No obstante, el simple pensar del niño como un objeto, no implica que se elimine en torno a él, la dignidad humana, ni la capacidad que presenta para ser un individuo que pueda desarrollar una autorregulación libre. Por lo tanto, las relaciones establecidas con el niño en el siglo XIX, caracterizadas por problemáticas contrapuestas, en el sentido de la ética sugieren la existencia de acciones paternalistas, donde no eran tomadas en cuenta las capacidades autónomas del niño, porque simplemente no se consideró su presencia. El vínculo que se desarrolló respecto al menor de edad en este periodo histórico se caracterizó por presentar un trato paterno-moral, ya que predominó el cumplimiento de ciertos modelos sociales y familiares, que rigieron en ese entonces²⁹³.

Así la moral y las costumbres son las que determinaron la manera en que se desarrolló la función paternal, ejemplo de ello son las decisiones ejecutadas para establecer una educación adecuada, acorde a las diferencias de tipo sexual y el rango social, e incluso la ejecución de prácticas diarias cuyo fin era el manejo correcto del lenguaje y los gestos. De esta forma, el menor de edad en esta etapa histórica, justo antes del siglo XX, se erige en el futuro viviente dentro de la sociedad, tratado como una propiedad que necesita ser cuidada en los diferentes ámbitos públicos y privados.

3.1.2. El niño como sujeto de derecho universal

En la cultura occidental y especialmente en la sociedad presente durante el siglo XX, se ha tratado de cambiar el papel negativo desarrollado por la humanidad por la ejecución de crímenes atroces contra el propio hombre, a consecuencia de ello se inició una lucha por el establecimiento de los derechos humanos. Este papel identifica a todo un movimiento que se ocupó y preocupó por la defensa de las personas como sujetos de derechos universales. En sus inicios dicho movimiento tuvo su máxima representación en el papel de la ONU, pero ha llegado a alcanzar una pluralidad más amplia, donde intervienen factores regionales y locales²⁹⁴.

El marco de los derechos humanos se refiere a una serie de principios en el que

²⁹⁰ *Ibid.* p. 260. El paternalismo representa una desautorización intencionada de las preferencias o acciones conocidas de una persona, en la que la persona que las desautoriza llega a justificar su accionar con el objetivo de beneficiar o evitar el daño a la persona cuya voluntad está desautorizando.

²⁹¹ *Ibid.* p. 113. La autonomía de una persona se evidencia en la libertad que tiene para actuar acorde al plan que haya elegido, este también puede ser el caso de un gobierno independiente que maneja su territorio y establece sus políticas de acción.

²⁹² PERROT, M. (1989: 125 y 191).

²⁹³ *Ibid.* p. 127. Para una persona adulta, varón (el padre), es el que asume todas las decisiones sobre el resto de integrantes de la familia (mujeres y niños), siendo el Estado el que, de a poco, controla, regula, y a veces, asume el control.

²⁹⁴ RABOSI, E. (1991: 198 y 221).

se destacan aspectos centrales como: primero la consagración en la norma legal de derechos subjetivos considerados imprescindibles para que el ser humano pueda tener una vida normal en la sociedad, y segundo la responsabilidad y por tanto, obligación del Estado de respetar y poder garantizar estos derechos, de manera tal que el compromiso sea firme y en el caso de que se viole algún derecho este deba ser reparado.

Posterior a la aparición del fenómeno de los derechos humanos, han sido materializadas gran cantidad de revisiones críticas, principalmente sobre aquella intención de edificar una comunidad mundial bajo valores únicos y principios de carácter moral, donde evidentemente se afectaría la diversidad cultural y social de las naciones²⁹⁵. A pesar de esto, resulta ser una realidad que el tema de los derechos humanos ha sido considerado como un paso relevante y significativo en la historia del hombre, donde su fuerza actual reside en el reconocimiento de un pluralismo y sus garantías, por medio de una escala de valores²⁹⁶.

La preocupación respecto al desarrollo eficaz de los derechos humanos constituyó el motor impulsor que edificó toda una serie de principios mínimos universales necesarios, tal es así la dignidad humana. El nuevo escenario público tuvo repercusiones importantes en el marco de la vida de los ciudadanos, y en el caso de la concepción del niño, esta ha sido favorecida gracias a su tratamiento jurídico-normativo. Como una población vulnerable, los NNA han sido tomados en cuenta de manera especial dentro del sistema jurídico internacional en materia de derechos humanos, por lo que hoy cuentan con documentos específicos donde al niño se le rinda una protección integral, documentos que han sido analizados a lo largo de esta investigación.

Para llegar a esta protección integral el camino recorrido fue largo. Inicialmente, en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 no existía una fuerza vinculante para los Estados, se considera al niño como un individuo que carecía de madurez física e intelectual, por lo que se requiere brindarle un cuidado y protección especial. Este contexto supranacional en el marco legal, ha cambiado considerablemente, ya que el deber de cuidado hacia el niño queda establecido en un marco donde es tomado en cuenta como un sujeto de derechos. De esta forma se erige la CDN de 1989 con una fuerza vinculante, donde se posiciona al niño con necesidades especiales, ante lo cual deberá proporcionársele una debida asistencia en razón a su vulnerabilidad.

El reconocimiento del niño como sujeto de derechos ha generado diversas consecuencias, tal es el caso de la familia. Al respecto se puede afirmar que el ámbito familiar puede llegar a ser paradigmático, por lo que una importante transformación ha sido el establecimiento de una forma de organización con una mayor democracia, donde el adulto varón ya no tiene todo el poder de decisión. Esta universalización de los derechos humanos influye en el desarrollo del Derecho de Familia, donde se elimina el viejo modelo piramidal y se adopta un nuevo modelo horizontal, en el que todos son sujetos de derechos, esto incluye a los NNA y a las mujeres.

Otra de las consecuencias emanadas del reconocimiento jurídico internacional de los derechos del niño, es que la familia adopta un status público, y no queda excluida a lo privado. El Estado al ser garante de la defensa y garantía de los derechos del niño,

²⁹⁵ PINTO, M. (1997: 16).

²⁹⁶ CULLEN, C. (1999: 49).

como son los derechos subjetivos, tiene la potestad de intervenir ante la afectación del derecho del niño, ejemplo de ello es cuando existe el maltrato infantil extremo y violencia doméstica. De esta manera desde la perspectiva de la universalidad resulta ser necesario ya que contribuye a dignificar al ser humano, en lo cual se incluye la condición infantil, que se debate entre la formación de su autonomía, y la existencia de factores que hacen al niño vulnerable y frágil.

Esta autonomía se ha convertido en un elemento crucial que influye en el sujeto en cuanto al uso práctico de la razón. Desde el campo de estudio de la filosofía esta autonomía ha sido considerada como “(...) la de un ser frágil, vulnerable; y la fragilidad sería solo patológica, sino fuese la fragilidad de un ser llamado a tornarse autónomo, porque lo es siempre de alguna forma²⁹⁷”. En este criterio filosófico se evidencia una clara antítesis entre autonomía y vulnerabilidad, que además posee un carácter histórico y distintivo, acorde a cada comunidad y persona en particular.

En el caso del niño, este llega a representar un imaginario social, donde la vulnerabilidad se hace presente en su máxima expresión, es decir, se refleja una indefensión respecto al mundo y una clara dependencia hacia la persona adulta, cuya situación se vuelve caótica y perjudicial si existen factores desfavorables, ya sean estos materiales o culturales. Desde un punto de vista ético cuando el niño tiene la posibilidad de expresarse puede alertar sobre cuestiones que acarrear su fragilidad y necesidades, ambas cosas directamente vinculadas a su autonomía y capacidad en formación²⁹⁸.

De esta forma se ha podido proclamar en la actualidad que el niño es un sujeto de derecho pleno. Dicha concepción no significa que sean contemplados únicamente ámbitos como la familia y la escuela, sino que también se ha tomado en cuenta el tratamiento paterno-moral recibido por el niño, donde se lo considera como un ser social que debe ser formado bajo valores morales que le sean convenientes para su adecuado desarrollo, y la atención de sus intereses particulares y deseos personales, pero sobre cobijarlo con el manto de protección a través de las normas nacionales e internacionales que lo protegen.

3.2. PRINCIPIOS GENERALES

En el preámbulo de la CDN²⁹⁹, se llega a reflejar un amplio fundamento respecto a los principios básicos que son establecidos por las Naciones Unidas en gran parte de los tratados y declaraciones aprobados respecto a los derechos humanos, donde prevalecen derechos como: la paz, la igualdad, la justicia y la dignidad. A pesar de la importancia de estos derechos básicos para los niños, hay que precisar que los niños se caracterizan por su vulnerabilidad en el ámbito social, por lo que requieren de una cautela de carácter especial. De esta forma son consagrados cuatro principios específicos y que se han transformado en pilares para el efectivo desarrollo, tanto en el marco jurídico como social, de los derechos y protección de los NNA, los mismos pueden resumirse en: el interés superior del niño; el derecho a la no discriminación; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y el derecho del niño a ser oído.

Cabe plantear la siguiente interrogante: ¿Cuál es la idea central que propone la CDN?, la respuesta consiste en el reconocimiento de los NNA como “sujetos de

²⁹⁷ RICOEUR, P. (1995: 122).

²⁹⁸ CULLEN, C. (1999: 49).

²⁹⁹ Preámbulo, 3er párrafo.

derechos”, ya sea como individuos, miembros de una familia o integrantes de una comunidad, con derechos y responsabilidades apropiados según su edad y madurez.

En este sentido, no es suficiente forjar diversas declaraciones en instrumentos internacionales y con base en ellos proclamar que el niño es sujeto de derecho. Para que tal concepto resulte pragmáticamente aplicable, es indispensable que cada niño lo conozca, para lo cual es preciso que esto le sea enseñado durante el proceso educativo, a la par que se le inculcan valores los que le permitirán elaborar una concepción personal de su propia responsabilidad. Este tipo de razonamientos evidencia la importancia de la educación³⁰⁰.

La educación asegurará el derecho del niño a ser sujeto de derecho, no sólo porque en base de ella se le darán las herramientas necesarias para que pueda producir a lo largo de sus años de infante y adolescente su propio proyecto de vida, pues como señaló la CIDH “el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna³⁰¹”. La educación es entonces el medio más eficaz para que el niño conozca sus derechos, se empodere de ellos y sea el primer soldado que los defienda.

Es por ello que se llega a admitir la especial situación en la cual se encuentran los NNA, reconociéndoles la titularidad no sólo de los derechos que le corresponden a toda persona, sino también un plus que se integra con derechos específicos que les corresponden por su condición de sujetos en crecimiento hasta su total autonomía, en consecuencia la “idea de protección ha de conjugarse con la de autonomía, para que estemos en presencia de una actividad protectora que se haga cargo, por una parte, del hecho que el niño es un sujeto en desarrollo, y por otro, que debe ejercer los derechos por sí mismo, libre de interferencias y sometimiento³⁰²”.

La protección de la infancia orientada hacia su autonomía se sustenta en los cuatro principios mencionados, y por su relevancia se pasa a revisar el del interés superior del niño.

3.2.1. Principio del interés superior del niño

Este principio es considerado de gran importancia para el desarrollo del niño, y ha logrado colocarse en todas aquellas medidas destinadas a los NNA, ya sea que surjan de las actividades de las instituciones públicas o privadas que laboren en aras de garantizar el bienestar social. El interés superior del niño y su percepción como principio alcanza a plantear la inminente necesidad de que todas las acciones y medidas sean adoptadas en relación con dicho principio. Por lo que desde el marco de su conceptualización, y tomando en cuenta la polémica que ha suscitado en un contexto

³⁰⁰ Al respecto el artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, de 1988), establece que toda persona tiene derecho a la educación, y el artículo 16 específicamente ordena que todo “niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”.

³⁰¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, de 19 de noviembre de 1999. Párrafo 144.

³⁰² CILLERO BRUÑOL, M. (2006: 105).

jurídico, podría adoptarse en primer lugar la definición establecida por la autora chilena Maricruz Gómez de la Torre, la cual expone lo siguiente:

“se considera que el interés superior del niño es una directriz vaga indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial. Por tanto, permitiría, de hecho, tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en la Convención³⁰³”.

También es necesario agregar que el interés superior del niño es considerado como un criterio, a través del cual pueden ser resueltos conflictos de intereses, lo que implica conferir una especial fuerza a los intereses del niño. Desde un marco histórico este principio se encuentra relacionado con la jurisprudencia surgida del *common law*, catalogado en este campo como “el principio del *best interest of the child*”, donde también se encuentra sus orígenes.

En la jurisprudencia desarrollada en el sistema del *common law*, el interés superior del niño fue tratado desde una óptica paternalista por parte de los tribunales, ya que las decisiones eran tomadas sin mediar la opinión del niño, es decir, que se manifestó la facultad de establecer como interés superior del niño el criterio establecido por el oportuno órgano de justicia, el cual era considerado como necesario para adecuar el bienestar del niño, sin tomar en cuenta las manifestaciones o criterios que el niño determinaba como interés propio³⁰⁴.

Las disposiciones y ordenamientos jurídicos que consagran el interés superior del niño, como principio reflejan la suscripción y responsabilidad que poseen las autoridades e instituciones públicas y privadas, del establecimiento adecuado de este principio, el cual debe ser tratado como un pilar fundamental en la materialización de gestiones y medidas dirigidas a la infancia y la protección de los respectivos derechos³⁰⁵. A efectos del tratamiento del interés superior del niño, se puede considerar entonces que cualquier medida aplicada en el campo infantil tiene como requisito indispensable promover y proteger aquellos derechos que son establecidos para su beneficio.

De esta manera llega a conformarse un principio de carácter obligatorio e imperativo, que alcanza a imponer ciertos límites en las acciones emanadas del engranaje estatal y del ámbito privado. Conforme a esto es necesario establecer que la definición sobre el interés superior del niño recogida en la CDN, no debe ser entendida como una simple fórmula paternalista y por demás indeterminada respecto a su contenido³⁰⁶.

Acorde a lo hasta aquí expresado el principio de interés superior del niño puede ser configurado afín a los parámetros establecidos por Cillero Bruñol, el cual instituyó lo siguiente:

“una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en

³⁰³ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (2011: 46).

³⁰⁴ COUSO SALAS, J. (2006: 139 y 150).

³⁰⁵ Artículo 44 de la CRE de 2008: “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”.

³⁰⁶ COUSO SALAS, J. (2006: 141 y 144).

la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos³⁰⁷”.

En consecuencia los derechos reconocidos en la CDN deben ser considerados por las distintas naciones a modo de un “interés superior”. En el caso de la CDN como carta de derechos donde se reconoce al niño como sujeto de derechos y con autonomía considerada y progresiva, para ejercer sus derechos se aboga por una reconducción del interés superior, lo cual implica que para poder definir dicho principio deberá ser tomada en cuenta la visión que posee el niño, como titular de derechos, y cuáles son sus intereses, además de cómo y cuándo requiere ejercitar sus derechos³⁰⁸.

Cuando se es titular de derechos, se puede llegar a reclamar para sí un papel protagónico en aquellas decisiones dirigidas al ejercicio o protección de los derechos propios. Esta situación puede generar un vínculo estrecho entre el interés superior del niño y el principio de autonomía. Si el interés superior del niño es desarrollado bajo la perspectiva de un principio “rector-guía”, se puede apreciar los señalamientos implícitos en la CDN donde se estipula esta idea como una consideración de carácter primordial³⁰⁹.

Los derechos de los NNA cuando llegan a colisionarse con otros derechos, deben tener un tratamiento donde impere la preferencia de los primeros respecto a los segundos, puesto que debe ser instaurada la medida que permita asegurar una satisfacción plena o máxima de los derechos siempre que sea posible, y además garantizar una menor restricción de los mismos. Esto refleja un procedimiento que se justifica en el desarrollo de una cierta orientación paternalista donde la decisión a tomar, no siempre podrá estar encaminada a los deseos del niño³¹⁰.

En 1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas, proclamó con un carácter futurista a 1994 como el “Año Internacional de la Familia”. Desde siempre la sociedad en su permanente desarrollo, ha ido evolucionando en esta área tan delicada y sublime, como son las relaciones familiares, por lo que en la actualidad el Ecuador no puede quedarse al margen del surgimiento de diversos tipos de familia. Sin duda el no abrir los sentidos, y no verificar que la realidad y nueva concepción de la familia sería continuar en el obscurantismo, el cual no permite apreciar el ámbito novedoso de las cosas. Hoy se observan nuevos tipos de familia, como por ejemplo las familias completamente diferentes de patrones totalmente distintos³¹¹. Al mismo tiempo que se modifica la estructura de la familia y su toma de decisiones se incrementa la aceptación social de la ruptura matrimonial frente a la cual el Derecho se presenta con un conjunto de “soluciones jurídicas” a las crisis matrimoniales.

Si se toma en consideración que el derecho delimita el campo dentro del cual en una determinada sociedad los ciudadanos se sienten seguros, conociendo con certeza a qué atenerse en relación con sus derechos. La complejidad del asunto impone sin lugar a dudas una mirada interdisciplinaria del mismo, siendo de vital importancia en estas nuevas estructuras familiares velar por el interés superior del niño. Sin perjuicio de la

³⁰⁷ CILLERO BRUÑOL, M. (1998: 146).

³⁰⁸ COUSO SALAS, J. (2006: 143 y 146).

³⁰⁹ Artículo 3, numeral 1 de la CDN.

³¹⁰ CILLERO BRUÑOL, M. (2002: 148 y 150).

³¹¹ GAVIRÍA, C. (1995: 33 y 51).

trascendencia que implica el avance en materia de igualdad y de corresponsabilidad entre progenitores, en este análisis es de vital interés que el desarrollo abarque la concreción del interés superior del niño, pues es respecto de él que se han alcanzado a implementar políticas y normas que solamente benefician a otras personas e instituciones.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y en las distintas legislaciones, se ha desarrollado el concepto de interés superior del niño, término que se acuña en el artículo 3 de la CDN, donde se establece el interés superior del menor y la obligación de los Estados de asegurar al niño la protección y cuidado necesarios para su bienestar, obligándoles a tomar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Es ante este interés superior que han surgido normas que buscan establecer e implementar el desarrollo total sin ninguna discriminación para el niño, precautelando la vigencia de sus derechos fundamentales, en cuyo tema se afirmar lo siguiente:

“La aparición de la categoría interés del niño o mejores intereses del niño es el resultado de un cambio de percepción y el apareamiento de una visión romántica de la infancia, que reemplazó a la idea predominante, antes del siglo XVII, que los hijos son propiedad de los progenitores, en particular del padre que tenía un rol predominante en la familia, en el que –obviamente- los deseos e intereses de los niños no contaban³¹²”.

Desde un ámbito histórico se puede apreciar que con el desarrollo permanente de la sociedad y la constante lucha por la visibilización de los derechos de todas las personas, surgió a inicios del siglo XX que surgió la regla de la preferencia materna, por lo que se llegó a considerar que el interés del niño iba a estar mejor protegido en su primera infancia, si era la madre la que se encarga de su cuidado, por lo menos así lo considera Simón Campaña, cuya idea es reflejada en su artículo respecto al interés superior del niño³¹³. De esta forma, es a partir de dicha etapa que la tendencia cambia y los jueces empiezan a tomar decisiones más precisas en cada caso, lo que implica un análisis de las circunstancias que rodean a la vida de los niños, esto da origen a la consideración de los intereses del niño frente a los intereses de su progenitor, así que el principio se globaliza a raíz de su incorporación en el texto de la CDN, por lo que este instrumento internacional se convierte en una referencia esencial para su análisis.

Para una mejor comprensión y conocimiento del interés superior del niño, es necesario establecer cuáles son los antecedentes de la CDN, y la evolución de este principio a través de los diferentes tratados internacionales aprobados al respecto, específicamente desde el año 1924 hasta la aprobación de la CDN en 1989, donde se reconocen derechos civiles a niños y niñas, además de los clásicos de protección y ayuda³¹⁴, y visualizar como se ha desarrollado dicho principio hasta la actualidad.

Es así que en la VI Asamblea de la Sociedad de Naciones reunida en Ginebra el 24 de septiembre de 1924, se aprobó la Primera Declaración de Derechos del Niño, en

³¹² SIMÓN CAMPAÑA, F. (2014: 29).

³¹³ El autor en su análisis toma como referencia a Claire Breen y su obra “The Standard of the Best interests of the Child”, como un patrón para complementar la revisión histórica del interés superior del niño desde el ámbito del derecho anglosajón.

³¹⁴ DÁVILA BALSERA, P.; NAYA GARMENDIA, L. (2006: 71 y 93). Los autores desarrollan todo un recorrido del proceso de internacionalización de este principio, a partir de los congresos sobre protección de la infancia, ejecutados durante el primer tercio del Siglo XX, en cuya etapa se evidenció y estableció toda una serie de bases iniciales para las posteriores políticas internacionales.

dicho texto, no existe referencia alguna sobre el principio del interés superior del niño, se hace narración exclusiva a cinco artículos que tienen una esfera proteccionista inicial, referente a buscar el desarrollo normal desde el punto de vista material y espiritual.

Luego de la Segunda Guerra Mundial nace la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, de su lectura apenas se vislumbra una apreciación mínima del principio del interés superior en el Artículo 25, numeral 2, se reconoce internacionalmente el derecho de todos los niños nacidos en matrimonio o fuera de él a igual protección social³¹⁵.

Posteriormente, el 20 de noviembre de 1959 se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, recién en esta Declaración surge el principio denominado “el interés superior del niño³¹⁶”. Del análisis textual del documento se concluye, que el principio del interés superior del niño se lo circunscribe al ámbito de la formulación de leyes para su protección especial en los Estados Partes y la educación del niño.

Otro documento a mencionar es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que únicamente se refiere a las:

“(…) medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición, por lo que deberá protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social³¹⁷”.

En el referido Pacto se puede apreciar que no hace referencia al principio del interés superior del niño, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ambos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Estos Pactos Internacionales van a influir en el posterior surgimiento de la CDN de 1989.

El principio del interés superior del niño también se encuentra plasmado en diferentes instrumentos internacionales, que a continuación serán expuestos algunos de ellos:

- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) de 1985, en especial la Regla 14.2, establece que “El procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente”.
- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad (Reglas de La Habana) de 1990, en cuyo documento la Regla IV. 46 determina lo siguiente “El interés de los menores y de su formación profesional no deberá subordinarse al propósito de obtener beneficios para el centro de detención o para un tercero”.

³¹⁵ Artículo 25, numeral 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

³¹⁶ Principios II y VII de la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959.

³¹⁷ Artículo 10, numeral 3 del Pacto.

- Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) de 1990, en el principio quinto reconoce “La protección del bienestar, el desarrollo, los derechos y los intereses de todos los jóvenes”, y otras directrices que se refieren a este principio.
- Otro documento internacional es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer (CEDAW) de 1999, en el cual se reconoce el interés superior que ostenta el niño, al respecto se señala lo siguiente:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: d. Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial³¹⁸”.

- En la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, se reconoce el interés superior del niño de manera expresa. “En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño” (Artículo 7 numeral 2).
- En el Convenio de La Haya de 1993, se hace referencia expresa al interés superior del niño, su protección y la cooperación que deberá ser implementada respecto a todo lo relacionado con la adopción pero desde el marco del derecho internacional³¹⁹, además se contemplan aspectos civiles vinculados a la sustracción de menores de edad, la competencia de las autoridades para tratar estos temas y las normas legales aplicables en materia de niñez.
- El principio del interés superior del niño es reflejado en la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992, en la cual se expone “Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses” (Artículo 15).
- En el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, se desarrolla el principio del interés superior del niño y se alcanza a determinar su vigencia, ejemplo de ello son las situaciones de divorcio en cuyos casos deberán ser desplegadas regulaciones que permitan garantizar y asegurar la protección de los hijos, en la base son sus intereses y conveniencia (Artículo 17, numeral 4).

En los tratados, convenios y cartas internacionales analizados, se evidencia la aplicación y conceptualización del interés superior del niño acorde a los diversos

³¹⁸ Artículo 16, inciso d. CEDAW.

³¹⁹ Artículo 1, inciso a); 4, inciso b); 21, numeral 1; y 24, del Convenio de la Haya relativo a la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional. 1993.

ámbitos que abarcan estos instrumentos de índole internacional, señalaremos que el interés superior del niño ha sido tratado bajo una terminología indefinida, cuyo carácter es abierto, lo cual puede contribuir a originar determinadas dificultades cuando llegan a ser aplicados en situaciones específicas.

Al respecto algunos estudiosos del tema han llegado a expresar su preocupación en el marco de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que el principio podría contribuir al debilitamiento de este instrumento internacional, en lo que respecta a la afirmación del niño como sujeto de derechos, ya que el goce y ejercicio de los derechos contemplados en esta Convención, estarían condicionados en posibles o eventuales conflictos, al bienestar del menor de edad, tomando como base valores superiores de la sociedad o cultura determinada³²⁰.

La concreción del interés superior del niño, para su adecuada definición debe ser desarrollada por medio de los parámetros que encierran un concepto jurídico indeterminado³²¹, ya que se brindaría la posibilidad de poder trabajar con una mayor flexibilidad en la adecuación del interés superior del niño y su contenido a cada situación en específico³²².

Esta idea de desarrollar el interés superior del niño como concepto jurídico indeterminado, también ha llegado a encontrar detractores³²³, estos autores refieren que la CDN refleja una visión hiper-individualista en relación con el interés superior del niño, puesto que se colocan los intereses de los niños y las niñas por encima del resto de integrantes de la sociedad, es decir, estos intereses específicos prevalecen sobre el interés general. Desde esta perspectiva en correlación al interés superior se ha impulsado en algunos países, tal es el caso de Francia, una marcada resistencia al desarrollo del principio del interés superior del niño como un parámetro superior o específico, sino que es desarrollado desde una noción general, no como un interés superior³²⁴.

En el caso del derecho anglosajón específicamente en el sistema jurídico estadounidense, el principio del interés superior del niño llega a ser reconocido por medio de su vinculación en las decisiones judiciales en materia de adopción, matrimonio, guarda y tutela, y hogares sustitutos³²⁵.

En España no se evidencia en su ordenamiento jurídico algún precepto legal respecto a “qué debe entenderse por interés superior de niño”, sino que solamente se refiere a la necesidad de buscar el beneficio del menor y desarrollar acciones en su interés. Al respecto en la doctrina se ha considerado que el legislador español configura

³²⁰ O'DONELL, D. (2001: 15 y 30).

³²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de España, “*Interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado*”, en número 565/2009, de 31 de julio de 2009.

³²² ARANZAZU, B. (2015: 67).

³²³ Precisamente por esta razón el principio de interés superior del niño ha sido criticado por su alto grado de abstracción y vaguedad en su definición. Al respecto, Freedman en el Módulo de Derechos de la Niñez y estándares internacionales sobre Derechos Humanos, expone que el principio del interés superior del niño es el “Caballo de Troya” de la Convención, al permitir cierto grado de discrecionalidad a las autoridades que lo aplican”.

³²⁴ SIMON CAMPAÑA, F. (2014: 29). El autor en su análisis hace referencia al profesor de Derecho Público de la Facultad de Asuntos Internacionales de la Universidad Le Havre, Gilles Lebreton y su obra “*Le droit de l'enfant au respect de son «intérêt supérieur»*». Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français”. p. 82.

³²⁵ SIMON CAMPAÑA, F. (2014: 30).

el interés superior como un principio general del Derecho, además lo desarrolla como un concepto jurídico indeterminado, donde el alcance y determinación están sujetos a cada caso en concreto³²⁶. Este criterio es compartido por Roda y Roda, el cual expresa lo siguiente:

“El ordenamiento jurídico español no lo define, simplemente se formulan aspectos generales de los que se puede considerar como interés del menor. La doctrina manifiesta que es una noción vaga, imprecisa y sobre todo variable, estando sujeta a la interpretación personal de cada uno de los sujetos afectados por el concepto. Es un concepto claramente indeterminado en cuanto a su contenido, el cual variará según las circunstancias sociales, culturales, y demográficas de los sujetos³²⁷”.

En conclusión, se instituye que el principio del interés superior del niño tiene una triple representación como: un derecho, un principio, y una regla de procedimiento, pero muy aparte de cómo se lo conceptúa, sin duda reviste de vital importancia su vigencia en cualquier ordenamiento jurídico, pues la sola denominación permite establecer que en ese entramado normativo se considera a la niñez como sujeto de total protección. Corresponde identificar cuál es su tratamiento en la Jurisprudencia.

3.2.1.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el principio del interés superior del niño

Se acepta el interés superior del niño como un principio importante que posee un gran significado para el Derecho de Familia, principalmente en todo lo vinculado al niñez, a pesar de su indeterminación³²⁸. En relación con lo anterior la CIDH ha establecido que la indeterminación como tal no existe, ya que la llega a configurar como un criterio que brinda la posibilidad de alcanzar un amplio desenvolvimiento de sus respectivas potencialidades.

En la jurisprudencia de la CIDH se manifiesta su gran importancia puesto que se lograron conformar algunas respuestas locales, donde dichas decisiones son tomadas en cuenta como una clara y autorizada interpretación al alcance de las obligaciones que posee este organismo internacional, contraídas además por aquellas naciones que ratificaron la CDN. A su vez se alude al interés superior como un parámetro de referencia que permita garantizar y asegurar el desarrollo efectivo de los derechos reconocidos en la Convención³²⁹. El desarrollo del interés superior del niño en la CIDH será analizado en los acápites posteriores.

Cabe señalar aquellas observaciones emitidas por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, específicamente su Observación General No. 14, donde el interés superior del niño es considerado primordial y se describe con una perspectiva triple, es decir, como un derecho, un principio, y una regla de procedimiento. En el caso de considerarlo un derecho se lo analiza como un derecho sustantivo, que es de

³²⁶ ZUMAQUERO GIL, L. (2010: 39 y 56).

³²⁷ RODA y RODA, D. (2013: 32).

³²⁸ *Ibid.* p. 35.

³²⁹ SIMON CAMPAÑA, F. (2014: 38).

aplicación directa y exigible, ya que se encuentra sometido al control jurisdiccional.

Su reconocimiento como principio está asociado a si una disposición jurídica llega a admitir más de una interpretación, donde será tomada en cuenta o elegida la definición que pueda satisfacer de una forma efectiva dicho principio. En su consideración como norma de procedimiento, significa que la decisión adoptada será ejecutada como un criterio predefinido, en este caso el principio del interés superior³³⁰.

Se establece que el interés superior del niño refleja su importancia a partir de su establecimiento en la CDN, y a pesar de su carácter indeterminado, este elemento llega a descartarse por las decisiones judiciales en las que se encuentran inmersos los derechos de los NNA, tal es el caso de la proyección que se desarrolla en los sistemas de derecho anglosajón y continental, además de las respectivas acciones y decisiones jurisdiccionales establecidas por la CIDH, que pasamos revista a continuación:

El Caso González y otras “Campo Algodonero” vs México, sobre la desaparición y posterior muerte de una joven y dos niñas cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonero de Ciudad Juárez, permitió a la CIDH pronunciarse sobre el interés superior del niño y señaló que “La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad³³¹”.

Además, la Corte dictó la Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, denominada “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, en la que este “principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño³³²”.

La CIDH en la sentencia del Caso Atala Rifo y Niñas vs Chile³³³, visualiza los fundamentos de la forma de la aplicación del interés superior del niño, precisando que es un principio regular de la normativa de los derechos del niño fundada en la dignidad del ser humano, y en las características de los niños y las niñas, propiciando su desarrollo con el pleno aprovechamiento de sus potencialidades lo que permite asegurar la prevalencia del interés superior a través de cuidados especiales y medidas especiales de protección³³⁴.

Sin embargo hay quienes estiman que el interés superior del niño, en la medida que implica el deber de proteger y privilegiar sus derechos, conlleva una diversidad de opiniones en la doctrina acerca de si este deber de protección es absoluto, esto es si prevalece sobre todos los demás derechos o es relativo, “ya que la propia Convención establece que hay ciertos derechos de los niños que ceden frente a determinados

³³⁰ Artículo 3, párr. 1. Observación General N° 14. 2013. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

³³¹ Sentencia de CIDH de 16 de noviembre de 2009. Serie C. No. 205. párr. 408.

³³² Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. párr. 56.

³³³ La Corte Suprema de Justicia de Chile concede la tenencia de las tres hijas de la señora Atala Rifo a favor del padre en consideración de la orientación sexual de la señora Atala.

³³⁴ Sentencia de CIDH de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. párr. 108.

intereses colectivos y a derechos individuales de terceros³³⁵”.

En la CDN se puede apreciar la preminencia del interés superior del niño con carácter de norma fundamental³³⁶, donde se destaca la presencia de un rol jurídico definido. Se proyecta el principio más allá del ordenamiento jurídico, al figurar en las políticas públicas para fijar un poder de orientación de una cultura más igualitaria, y un respeto amplio a los derechos de todas las personas. Conforme a ello es un principio que traspasa los preceptos jurídicos, y deberá imperar en aquellos temas sobre educación y protección social. A modo general puede considerarse al artículo 3 de la CDN, donde se reconoce el interés superior del niño de la siguiente forma:

1. Constituye una garantía.
2. Posee una gran amplitud, puesto que no solo establece obligaciones al legislador, sino que las responsabilidades van dirigidas a instituciones públicas y privadas, así como a los padres. Puede ser considerada como una forma de interpretar y resolver los conflictos jurídicos.
3. Significa una directriz u orientación política y jurídica para el desarrollo de políticas públicas y de protección integral hacia el niño.

Se puede instituir que el interés superior del niño es concebido como una definición jurídica indeterminada. Se aprecia cierta unanimidad en lo que se refiere a comprender la garantía del niño en cuanto al ejercicio y la satisfacción efectiva de los derechos. También se consideran las respectivas garantías a dichos derechos surgidas de la calidad de persona que ostenta el niño, las cuales deberán ser respetadas por los padres en el ejercicio de la autoridad, y también en las resoluciones emanadas de la actividad desempeñada por los jueces y en las medidas y acciones derivadas de la labor ejercida por organismos públicos y privados.

3.2.1.2. Observaciones del Comité de los Derechos del Niño a los informes de la República del Ecuador y el principio del interés superior del niño

Es necesario referirnos a los exámenes que realiza el Comité de los Derechos del Niño, a los informes del Ecuador. El análisis se lo realiza desde la esfera de la presentación del primer³³⁷ al sexto informe de 1996 a 2017³³⁸, con especial énfasis a partir del 2008, en mérito de la Constitución vigente, en la cual se establece como principio constitucional el interés superior del niño y el derecho a ser oído, y visualizar las observaciones realizadas por el Comité en relación con estos principios. Considerando que los informes constituyen un mecanismo que sirve a los Estados para conocer sus debilidades, retrocesos, avances y fortalezas en el amparo de la niñez y sin duda sirven de respaldo para la implementación de políticas que permitan maximizar la cobertura de protección.

En efecto en el primer informe del Ecuador de 1996, el Comité de los Derechos

³³⁵ AGUILAR CAVALLO, G. (2008: 223 y 247).

³³⁶ Artículo 3, numeral 2 de la CDN.

³³⁷ El primer informe que debía presentar el Ecuador era en el año 1992, sin embargo se lo presenta el 11 de junio de 1996, para la evaluación por parte del Comité de los Derechos del Niño, que lo aprueba el 24 de septiembre de 1996.

³³⁸ Posterior al informe de 1996, el Ecuador presenta al Comité los informes periódicos combinados segundo y tercero en el año 2005, el cuarto en el año 2010 y finalmente el quinto y sexto combinados en septiembre de 2017.

del Niño con arreglo al artículo 44 de la Convención³³⁹, en relación con el principio precisa que “La legislación nacional recoge el tema del interés del niño y la niña en varios aspectos como los relacionados a las medidas que sean tomadas por autoridades administrativas, de instituciones, o legales³⁴⁰”, Según el Comité en el Código de Menores del Ecuador se encuentra enunciado como derecho de preferencia³⁴¹, no consta norma específica, visualizando únicamente que el artículo 4 dispone “la protección de menores será integral y se ejercerá en todos su periodos evolutivos, inclusive prenatal”.

Por consecuencia, el propio organismo evaluador sentencia en el párrafo 85 del informe “Estos enunciados casi no han tenido repercusión en la vida de los niños y niñas. No hay evidencia de que a partir de la vigencia del nuevo Código, el sistema de administración de justicia de menores, el Estado o la sociedad civil hayan tomado alguna resolución inspirados en este principio”. Por ello recomienda “iniciar un proceso de reforma del Sistema de Administración de Justicia de Menores destinado a desarrollar una mayor capacidad de garantizar los derechos de los niños y niñas en forma más eficiente y eficaz³⁴²”. Se puede concluir que a partir del primer informe del Comité de los Derechos del Niño en el Ecuador se empieza a considerar este principio fundamental para la protección integral a los NNA.

El Comité examinó los informes periódicos combinados segundo y tercero del Ecuador en sus sesiones 1034^a y 1035^a celebradas el 23 de mayo de 2005, y en la 1052^a sesión de 3 de junio de 2005, en relación con el principio no hace referencia puntual. Únicamente se refiere a los principios de no discriminación, el derecho a la vida supervivencia y desarrollo, y el derecho a ser oído. Sin embargo resalta el progreso del Ecuador en el “proceso del examen legislativo, y en particular, la adopción del nuevo Código de la Niñez y Adolescencia, que armoniza las leyes nacionales con la Convención sobre los Derechos del Niño³⁴³”, y recomienda al Estado Parte se intensifique sus esfuerzos para aplicar plenamente el CONA. En consecuencia, se puede deducir que sin bien no existe un pronunciamiento expreso sobre el principio por parte del Comité, se reconoce su incorporación en el texto normativo en el artículo 11.

El Comité en el examen al cuarto informe del Ecuador realizado el 18 y 19 de enero de 2010, aprobada en su 1501^a sesión de 29 de enero de 2010, se refiere expresamente al principio haciendo alusión a su incorporación en la Constitución y en el CONA, demostrando su preocupación por “ la falta de información sobre el modo en que se aplica este principio en la práctica³⁴⁴”, y que el mismo no se considere en “la totalidad de las decisiones, los procedimientos administrativos y judiciales, y los programas que afecten a los niños”. Para evitar lo anterior el Comité expresamente recomienda que el Ecuador “vele por la aplicación en la práctica del interés superior del niño” insertándolo en todos los programas, políticas y los procedimiento judiciales y administrativos.

³³⁹ El artículo 44 determina que: “Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos. a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención. En lo sucesivo, cada cinco años”.

³⁴⁰ En línea: <file:///C:/Users/AppData/Local/Temp/G9618298.pdf>. Fecha de consulta: 16 de septiembre 2017.

³⁴¹ Artículo 42 del Código de Menores del Ecuador de 1992.

³⁴² Párrafo 100 iii del examen del Comité de los Derechos del Niño, a los informes combinados segundo y tercero del Ecuador, 1996.

³⁴³ Numeral 12 del examen del Comité de los Derechos del Niño, a los informes combinados segundo y tercero del Ecuador, 2005. p. 3.

³⁴⁴ Numeral 36 del examen del Comité de los Derechos del Niño, al informe cuarto del Ecuador, 2010. p. 9.

En relación con las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador aprobados en su 2251ª sesión, el 29 de septiembre de 2017, el Comité resalta la consideración primordial al interés superior reconocido en la Constitución, pero sin embargo recomienda que este principio sea “incorporado debidamente, e interpretado y aplicado de manera sistemática, en todas las actuaciones y decisiones legislativas, administrativas y judiciales³⁴⁵”, en especial al derecho de familia y los niños en régimen de acogida. Además consideró importante la recomendación de que se “elabore procedimientos y criterios que sirvan de guía a todos los profesionales pertinentes para determinar el interés superior del niño en todos los ámbitos”.

De lo analizado en relación con las Observaciones realizadas por el Comité desde 1996 hasta 2017, sobre el interés superior del niño encontramos un desarrollo permanente de preocupación por este principio, desde su incorporación en la Constitución y el CONA, y la aplicación del mismo en todos los programas, políticas públicas, y en los procedimientos administrativos y judiciales.

De esta manera, la noción del interés superior del niño como principio debería estar enfocada en una perspectiva de progreso y unificación del Derecho. No obstante, en el plano internacional el principio se conduce a que en el caso de no existir cooperación se genere un resultado opuesto, y esto a su vez trae como resultado que los Estados desarrollen una noción estrictamente individualista sobre la protección de los NNA.

Se debe agregar que a criterio de Borrás Rodríguez en el caso de ausencia de un texto de carácter internacional en donde se lleguen a establecer parámetros del interés superior del niño, “(...) lejos de constituir un elemento de unificación, puede ser un elemento centrífugo en los casos en que la familia está conectada a diversos países, constituyendo así un elemento de obscurantismo nacionalista³⁴⁶”.

3.2.1.3. Interés superior del niño en el contexto constitucional ecuatoriano

La norma constitucional ecuatoriana reconoce diversos aspectos dirigidos especialmente a los NNA. Se pone de manifiesto que en la norma suprema, se alcanza a ratificar los principales aspectos internacionales defendidos por la CDN. Como parte de los paradigmas reflejados en este instrumento internacional se encuentra la protección integral de los derechos, la cual se ha transformado en el punto de partida para brindar una adecuada respuesta a los temas jurídicos vinculados a la infancia y adolescencia. Algunos aspectos que forman parte de este paradigma son la definición del NNA, el reforzamiento y viabilidad del carácter de los derechos de niños y adolescentes y su goce efectivo, y el interés superior del niño.

Antes de analizar los principales aspectos de la niñez y adolescencia que abarca la CRE, hay que señalar algunos elementos generales que son trascendentales y se relacionan con los derechos reconocidos a los niños. La norma constitucional vigente posee dos características que determinan su funcionamiento, la primera es la superioridad jerárquica y la segunda es el carácter normativo directo que posee. Ambas características son las que definen la implementación de un nuevo constitucionalismo en

³⁴⁵ Numeral 36 del examen del Comité de los Derechos del Niño, al informe quinto y sexto combinados del Ecuador, 2017, p. 6.

³⁴⁶ BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (2010: 14).

el país en lo que respecta a la jerarquía, esta se evidencia en los artículos 424 y 425, donde se reafirma la supremacía y prevalencia del contenido de la norma constitucional dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y además se señala el cumplimiento de convenios internacionales relacionados con los derechos humanos y la prevalencia de estos, sobre el texto constitucional, en los casos específicos en que los instrumentos internacionales reconozcan derechos más favorables³⁴⁷.

La presencia de una eficacia normativa con un carácter directo que la norma constitucional ecuatoriana ostenta, llega a ser garantizada de forma plena, esto se cumple a cabalidad para los derechos y las garantías constitucionales³⁴⁸. Esta eficacia normativa de la Constitución se encuentra relacionada directamente con los principios que sostienen a este cuerpo normativo, y que conforman a su vez los pilares legales que respaldan el paradigma constitucional ecuatoriano implementado a partir del 2008.

En un Estado constitucional como el ecuatoriano los derechos tienen un papel protagónico e importante, y por ello dentro del ordenamiento jurídico nacional se ha fomentado la inviolabilidad de los mismos³⁴⁹. Esto conduce a afirmar que la protección de los derechos fundamentales dentro del sistema jurídico ecuatoriano está marcada por la integralidad, es decir, que son tomadas en cuenta las dimensiones objetiva y subjetiva del derecho.

En el supuesto de las garantías constitucionales, estas se han transformado en un instrumento que brinda la posibilidad de asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales, y así se configuran como elementos de carácter imprescindible para que esa eficacia sea posible. De esta manera se puede establecer como una de las principales finalidades implícitas en el reconocimiento de las garantías constitucionales la protección inmediata de los derechos humanos³⁵⁰.

Existe un vínculo directo entre las garantías constitucionales y los derechos de la infancia en el ordenamiento jurídico nacional. Al respecto sobresalen los siguientes

³⁴⁷ Artículo 424 de la CRE de 2008 determina que: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. Artículo 425: “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”.

³⁴⁸ Artículo 11, numerales 3 y 4. “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

³⁴⁹ PRIETO SANCHÍS, L. (2000: 230). Los antecedentes históricos de esta concepción se encuentran en la Ley Fundamental de Bonn que establece en el artículo 2: “Que en ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental”. Así también el artículo 53, numeral 1 de la Constitución de España, dispone que: “Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades”.

³⁵⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador, 2009, en el artículo 6, determina: la finalidad de las garantías, al normar que “tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

elementos³⁵¹:

- Reconocimiento de una diversidad de sujetos responsables en torno a los derechos, en niveles distintos. En los temas vinculados a la infancia se refleja en la presencia de una correlación entre el Estado, la familia y la sociedad, y con ello el respeto y la garantía de los derechos de los niños.
- No existe una visión limitada en relación con el campo de acción de la garantía de los derechos fundamentales. Esto significa que en el marco de acción y exigibilidad de los derechos fundamentales, y específicamente los derechos de los niños, ha predominado el desarrollo de una política pública encaminada a la judicialización a través de la aprobación de normas legales que contemplan temas como la tutela y los sistemas de protección integral de la infancia. Esto ha contribuido a tomar en cuenta la complejidad que encierra toda la visión de las garantías constitucionales, ya que en ello intervienen un conjunto de organismos que tienen la responsabilidad de brindarle al niño una protección integral. En el marco de la jurisdicción y competencia, estos órganos demuestran una preferencia y prioridad hacia asuntos que atañen a los NNA.
- En el caso del territorio y el cumplimiento de las garantías constitucionales se manifiesta cierta complejidad, para ello se ha implementado un sistema de protección integral por escalas, infra y supra estatales. Esto se basa en factores como la democracia y la eficacia.
- Las garantías constitucionales y su correcta materialización en el ámbito de la democracia, tiene implícito una mayor participación y una menor institucionalización, esto significa que se le brinda prioridad a un sistema participativo, donde la sociedad define las políticas en conjunto con el Estado.

Debe reconocerse que la norma constitucional ecuatoriana asumió un rol unitario respecto a los derechos fundamentales, es decir, abogó por que los derechos sean indivisibles, independientes y con igual jerarquía, esto elimina cualquier posibilidad de que exista una degradación entre los mismos. En el Estado descansa la responsabilidad de poder garantizar el efectivo goce de los derechos fundamentales, sin que llegue a mediar discriminación alguna, dichos derechos deberán ser los estipulados en la Constitución y en los tratados internacionales.

Para el caso específico de los derechos correspondientes a los NNA, la norma constitucional establece una serie de elementos que la han diferenciado de normas predecesoras, tales como:

1. Es eliminada la mención del derecho a la vida de los niños, para determinar este derecho “se protege la vida desde la concepción”, es decir, se amplía este derecho.

³⁵¹ STORINI, C. (2009: 102 y 104).

2. El derecho al voto llega establecerse de manera facultativa a partir de los 16 años y se reitera que las personas que hayan alcanzado los 18, años pueden disfrutar de aquellos derechos que son comunes al ser humano³⁵².
3. Se fortalece la garantía de los derechos de los NNA a la prevalencia de un sistema descentralizado³⁵³.

Se reitera en la norma suprema la responsabilidad que posee el Estado, la familia y la sociedad de promover el desarrollo integral del niño con la implementación de acciones de carácter prioritario, y la materialización de patrones de seguridad mediante los cuales los niños y adolescentes puedan ejercer sus derechos. Sobre este tema vale destacar algunas medidas novedosas que la norma constitucional ha contemplado, tal es el caso del establecimiento del idioma acorde a su entorno de vida, esto aplica para los pueblos y nacionalidades originarios del Ecuador, y además el reconocimiento que tienen los NNA al derecho de información en relación con la ausencia de familiares o progenitores.

Como parte de los derechos de los niños se ha establecido el derecho a la identidad, esto significa que llegan a contemplarse como elementos vinculados a una identidad personal y colectiva el tener nombre y apellidos debidamente registrados y elegidos de forma libre. El ejercicio pleno de los derechos y en total libertad, por parte de los NNA, así como su prevalencia respecto a los derechos de las personas adultas, responde al principio del interés superior del niño, reflejado en la norma constitucional ecuatoriana a partir de la corresponsabilidad analizada.

El rol desarrollado por los progenitores en el cuidado y educación del niño tiene repercusiones directas en el cumplimiento de sus derechos fundamentales. Cuando los padres se separen pueden derivarse un conjunto de consecuencias negativas para el menor, ante lo cual la Constitución reconoce las responsabilidades de los padres independientemente de la situación que exista³⁵⁴.

Otros derechos que son reconocidos a los NNA es la salud integral y la nutrición, ambos deberán ser resguardados en el seno de la familia. Además, estos derechos son enmarcados como una obligación de los ciudadanos ecuatorianos³⁵⁵. Uno de los

³⁵² Así el artículo 44, párr. 2do de la Constitución de 2008: “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”.

³⁵³ Artículo 45 de la CRE: “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas”.

³⁵⁴ Artículo 69, numerales 1 y 5 de la CRE: “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. 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”.

³⁵⁵ Artículo 83, numeral 16 de la CRE: “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

aspectos que es introducido en la Constitución es el desarrollo integral, abordado como un proceso de crecimiento, maduración y despliegue del intelecto y las capacidades del individuo, a ello se suma la existencia de un medio marcado por la familia, centros educativos, afecto y seguridad. Todos estos elementos actuarán en el niño de tal manera que se llegue a alcanzar la satisfacción de sus necesidades principales, tales como las sociales, afectiva-emocionales y culturales.

Se otorga una protección contra la posible explotación económica, ello se encuentra reflejado de forma expresa con la prohibición constitucional del trabajo para menores de 15 años. La ejecución con una edad menor a la expresada podrá ser aceptada solo bajo condiciones excepcionales y la presencia de elementos que no interfieran con la salud y desarrollo personal del menor. Estos factores están destinados a erradicar el trabajo infantil.

La centralización en cuanto a la garantía y cumplimiento de los derechos, se evidenció con la creación de los Consejos Nacionales de Igualdad que velarán por la igualdad de las personas, estos órganos se erigieron como responsables del ejercicio y vigencia de los derechos consagrados en la norma constitucional y en instrumentos internacionales sobre los derechos humanos³⁵⁶. En el caso de los NNA se mantiene un sistema descentralizado integrado por instituciones públicas, privadas y comunitarias³⁵⁷, que será motivo de posterior de análisis.

La norma constitucional ecuatoriana reitera los preceptos establecidos en la CDN, es decir, reconoce de forma expresa que los NNA son sujetos de plenos derechos, además que son titulares de todos los derechos y especialmente aquellos específicos para su edad. Es resaltada la necesidad de que los derechos especiales de los NNA requieren una especial atención por parte del Estado, la sociedad y la familia, y que pueden ser ejercidos de forma progresiva. Conforme a lo estipulado los NNA se convierten en titulares de todas las garantías establecidas en el texto constitucional, con el objetivo de que lleguen a protegerse individual o colectivamente de aquellas acciones u omisiones que vulneran y perjudican sus derechos.

3.2.1.4. Jurisprudencia de la República del Ecuador en relación con el interés superior del niño (2008 - 2017)

En este apartado cabe realizar un análisis de la jurisprudencia constitucional con referencia al interés del niño en el Ecuador. El principio llega a establecerse con rango constitucional, al ser reconocido en el Artículo 44 de la CRE, donde se pone de manifiesto una especie de jerarquía en torno a los derechos del niño, diferenciándolos

madres y padres lo necesiten”.

³⁵⁶ “Los consejos nacionales para la igualdad son órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los consejos ejercerán atribuciones en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, y de discapacidades y movilidad humana, de acuerdo con la ley. Para el cumplimiento de sus fines se coordinarán con las entidades rectoras y ejecutoras y con los organismos especializados en la protección de derechos en todos los niveles de gobierno”. El artículo 157, “Los consejos nacionales de igualdad se integrarán de forma paritaria, por representantes de la sociedad civil y del Estado, y estarán presididos por quien represente a la Función Ejecutiva. La estructura, funcionamiento y forma de integración de sus miembros se regulará de acuerdo con los principios de alternabilidad, participación democrática, inclusión y pluralismo”.

³⁵⁷ Artículo 341, último párrafo de la Constitución, “El sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Serán parte del sistema las instituciones públicas, privadas y comunitarias”.

respecto a su superioridad con el resto de las personas. Como parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentra el CONA donde se reconoce que el principio del interés superior del niño está orientado a la satisfacción del ejercicio efectivo de todos aquellos derechos que le asisten al menor de edad y adolescente, y a su vez este rige y es impuesto a las autoridades administrativas, judiciales, instituciones públicas y privadas.

En el caso ecuatoriano podría estimarse que el principio superior es relativo no absoluto pues el artículo 11 del CONA establece que “es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa”. Para la valoración del principio se deberá tomar en cuenta y fijar un justo equilibrio entre los derechos y deberes de los NNA, fundamentalmente de la mejor forma que convenga para la adecuada realización de estos derechos y sus respectivas garantías. De esta forma en Ecuador se puede analizar y determinar la naturaleza del principio desde un alcance práctico, su rango constitucional y su desarrollo en la normativa legal.

El Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador en el periodo de 2008 a 2017³⁵⁸, en las sentencias constitucionales sobre niñez y adolescencia³⁵⁹ especialmente en el 2013³⁶⁰ con la sentencia N° 048-13-SCN-CC, Caso No 0179-12-CN³⁶¹ acumulados,

³⁵⁸ Se toma esta temporalidad en virtud de que recién a partir de la CRE del 2008 del Ecuador, se establece el principio del interés superior del niño, niña y adolescente en el artículo 44, desarrollado como principio y no sujeto a la expedición de ley para su aplicación.

³⁵⁹ En el análisis de las sentencias constitucionales, se omitirán los nombres de los niños, niñas y adolescentes en aras de proteger los derechos constitucionales de la intimidad personal y familiar, y con el fin de salvaguardar el derecho a la identidad personal establecido en el artículo 66 numeral 23 de la CRE. Esta reserva mencionada, se cumple en tres de las siete sentencias analizadas ante lo cual considero que siempre debe mantenerse en reserva sus identidades en las posteriores sentencias que surjan en el alto Tribunal Constitucional.

³⁶⁰ Existen otras sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador referente al tratamiento de menores como la sentencia N° 131-15-SEP-CC, Caso N° 0561-12-EP de 29 de abril del 2015, publicado en el Registro Oficial de martes 2 de junio de 2015. N° 012, que si bien no conceptúa el principio del interés del niño, es importante en relación a la declaración de la inconstitucionalidad normativa sustitutiva del artículo 236 del Código Civil del Ecuador: “Toda reclamación del marido contra la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio deberá estar acompañada de elementos, pruebas o indicios suficientes que justifiquen la existencia de una duda razonable. En esta clase de procesos, con el objeto de esclarecer la verdad biológica, la autoridad jurisdiccional competente deberá ordenar la práctica de las pruebas biológicas que sean necesarias y, por su lado, las partes procesales están obligadas a acatar las disposiciones judiciales relacionadas a la práctica de dichas pruebas”. También existen varias sentencias que solamente refieren al principio del interés superior pero no lo definen, simplemente se hace referencia a la existencia del mismo como en la sentencia constitucional del 6 de marzo de 2016 No. 085-16-SEP-CC en el Caso No. 0459-12-EP que hace 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, que a su vez encuentran desarrollo en las normas infra constitucionales dispuestas en los artículos 106 y 116 del Código de la Niñez y Adolescencia”.

³⁶¹ Este caso refiere a la determinación de las pensiones alimenticias en el Ecuador en base a la Tabla de Pensiones Alimenticias fijadas por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia que se empezó a implementar en el Ecuador desde el 2012 a través de la Resolución No. 01-CNNA-2012 y que cada año se genera otra Tabla que rige para el año; esto generó mucho debate en el ámbito jurídico ecuatoriano, pues se consideró que el accionar del Juez en la fijación de alimentos se limita a una simple valoración aritmética en contraposición de la valoración de la prueba. Así los antecedentes en esta sentencia la Corte resolvió que “Los jueces podrán fijar un valor menor al determinado en la Tabla de Pensiones Alimenticias tan solo en la eventualidad de que la valoración de la prueba no permita sino, con absoluta independencia y potestad, ajustarse a la fijación de pensión de alimentos mínima y/o a los niveles establecidos en los artículos 3, 4 y 5 de la Resolución No. 01-CNNA-2012 - actual Resolución No. 001-CNNA-2013 que no es óbice igualmente para que con tal valoración y si así corresponde, modifique los niveles, para fijar una pensión de alimentos a los titulares de ese derecho adecuada y necesaria a su desarrollo integral, a los específicos de su edad o a las circunstancias determinadas en los numerales 2 y 3 del Artículo Innumerado 4 de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, o lo que es lo mismo fijar la pensión alimenticia que atienda la satisfacción de las necesidades básicas de los beneficiarios, puesto que siempre y en toda circunstancia la prueba es y debe ser valorada en su conjunto, conforme a las reglas de la sana crítica”. Añadiendo que en “consecuencia, el cálculo matemático de la Tabla de Pensiones Alimenticias tan solo será eficaz ante la inercia probatoria de las partes

publicada en el Registro Oficial N° 004, de 23 de septiembre de 2013, Gaceta Constitucional No 4, como Jueza Constitucional sustanciadora la Magistrada Wendy Molina Andrade, El Pleno define expresamente el principio del interés superior del niño, respaldando dicha enunciación desde la configuración de la CDN en sus cinco esferas de interpretación: “a) Una directriz política para los Estados respecto de un orden de prioridad de recursos asignados a niños, niñas y adolescentes; b) Un principio rector-guía para la garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes; c) Es una medida mínima para evitar que cualquier consideración cultural o medida utilitaria con el pretexto de beneficios colectivos pueda afectarlos; d) Es un principio de interpretación, conectado al estatuto específico de derechos, que busca el ejercicio progresivo de los derechos de niñas, niños y adolescentes en la medida que puedan asumir responsabilidad por las decisiones que afecten sus vidas y, e) Es indispensable que respecto de niñas, niños y adolescentes se tomen medidas permanentes y estructurales de atención prioritaria, de acuerdo con lo que determina los artículos 44 y 46 de la Constitución vigente”, y lo que ha establecido también la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-2002³⁶², “...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”.

Con la base referida, la Corte conceptualiza que: “Decidir en razón del principio de interés superior del niño, implica dar un peso específico e importante en el proceso de toma de decisiones a la condición de niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derecho, cuya personalidad se halla en desarrollo. Implica también el orientar la decisión a lograr el mayor estatus de protección de sus derechos en el corto, mediano y largo plazo, tenida en cuenta la situación en la que se encuentran. Por último, requiere de quien adopte la decisión de considerar en conjunto los derechos y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes, sin hacer por ello, que los primeros estén condicionados al cumplimiento de las segundas, sino que más bien, éstas sirvan para construir una personalidad equilibrada y una ciudadanía responsable”.

La Corte conceptúa como un principio orientador para la toma de decisiones por parte de los Jueces, considerando a los NNA como sujetos plenos de derechos, pero también como una norma de procedimiento ya que exhorta a los Jueces a observar este principio “como jueces garantistas, no dejen de atender al principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes cuyo desarrollo integral es el entorno que permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, efectivo-emocionales y culturales”.

Teniendo como antecedente la sentencia referida surgen otras Resoluciones constitucionales como la sentencia del 2014 No. 022-14-SEP-CC Caso No. 1699-11-EP³⁶³. En esta sentencia para conceptualizar el principio de interés superior de los NNA,

procesales, en orden a proporcionar o garantizar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios”.

³⁶² Sobre la condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño de 28 de agosto de 2002.

³⁶³ Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 022-14-SEP-CC, Número de Expediente: 1699-11-EP. En línea: file:///H:/SENTENCIAS%20CCE%20INTERES%20SUPERIOR%20DEL%20MENOR/Sentencia%20022-14-SEP-CC.pdf. Fecha de consulta: 20 de diciembre 2017. Este caso se refiere a la demanda de alimentos que una madre solicitó para sus cinco hijos en la ciudad de Riobamba-Ecuador, en febrero de 2010, ante esta demanda el alimentante solicitó al Juez de la causa que decline su competencia por cuanto la Asamblea de su Comunidad Chaupi Pomaló avoco conocimiento del problema familiar y ya resolvió el conflicto determinando que desde el 29 de julio de 2006 en cuanto a sus hijos tiene que “responsabilizarse si es posible pagando una empleada con el apoyo de los familiares

la Corte Constitucional Ecuatoriana considera el criterio vertido por la Corte Constitucional Colombiana sobre el principio: “Dicho principio refleja una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, consistente en que al menor se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad..., existen ciertos lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños, tanto a nivel general (en la Constitución, la ley y los tratados e instrumentos internacionales que regulan la situación de los menores de edad) como derivados de la resolución de casos particulares (es decir, de la jurisprudencia nacional e internacional aplicable), que sirven para guiar el estudio del interés superior de los niños, en atención a las circunstancias de cada caso”³⁶⁴.

Esta sentencia se fundamenta en lo que la propia Corte en el 2013³⁶⁵ reconoció que “el interés superior de niños, niñas y adolescentes es una condición necesaria para determinar la constitucionalidad de una decisión que afecte sus derechos, sea ésta adoptada por un familiar, autoridad, o cualquier persona”, “por el principio de interés superior de las niñas, niños y adolescentes, dicho grupo de atención prioritaria tiene el status de sujetos de protección constitucional reforzada³⁶⁶”, esta condición la Corte expresa que se exterioriza en la “prevaleciente de sus derechos e intereses”.

En el 2015 en la sentencia 064-15-SEP-CC Caso No. 0331-12.EP³⁶⁷, se hace una proyección importante sobre el principio del interés superior del niño, anclándose en la doctrina de Aguilar Cavallo, G. (2008)³⁶⁸, al considerar que “El principio del interés superior del niño es un principio cardinal en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes, que tiene una consideración primordial al momento de la adopción de todo tipo de medidas, en los ámbitos públicos y privados, que les conciernen, ya que goza incluso de reconocimiento mundial y, a través del tiempo, adquirió el carácter de norma de derecho internacional”.

Lo esencial de esta sentencia es que redefine al principio del interés superior señalado en el 2013, al afirmar “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

y en vigilancia de los Directivos y todos los miembros de la Comunidad”. En este caso de competencia la Corte declaró la vulneración al principio del interés superior del niño, la seguridad jurídica, el debido proceso, y la tutela judicial efectiva, y ordenó que los Jueces de la Corte Provincial de Riobamba resuelvan el conflicto de competencia presentado, por cuanto en el ejercicio de sus atribuciones no lo realizaron, argumentando que es una atribución de la Corte Constitucional el realizarlo.

³⁶⁴ Sentencia de Corte Constitucional Colombiana, T-510-03.

³⁶⁵ Sentencia de Corte Constitucional del Ecuador No. 048-13-SCN-CC, Caso No. 0179-12-CN y acumulados del 04 de septiembre del 2013.

³⁶⁶ Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 022-14-SEP-CC Caso No.1699-11-EP, año 2014. p. 20.

³⁶⁷ Jueza Sustanciadora Magistrada Tatiana Ordeñana Sierra. Este caso se refiere a un asunto de tenencia que el padre de la menor interpuso en mérito de que la madre de la menor viaja frecuentemente a los Estados Unidos de América por cuestiones laborales. La sentencia de primera instancia del Juzgado de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Guayas, concedió la tenencia a favor del padre regulando visitas a favor de la madre; la Corte Provincial revocó la decisión de la Jueza de Instancia y declaró sin lugar la acción de tenencia, prefiriendo a la madre en el cuidado y crianza de su hija, siempre que no se afectare el principio del interés superior de la niña teniendo como antecedente que el caso se trataba de una familia transnacional. La Corte Nacional Sala de lo Civil, Mercantil y Familia negó el recurso de casación y de hecho planteado por el padre, ante ello activo el recurso extraordinario de protección ante la Corte Constitucional, que resuelve la no existencia de vulneración de derechos fundamentales.

³⁶⁸ AGUILAR CAVALLO, G. (2008: 226).

su desarrollo integral y la evolución del libre desarrollo de su personalidad. Así pues, este grupo vulnerable de la sociedad goza de todos los derechos y garantías que las leyes contemplan a favor de las personas, además de aquellos específicos a su edad, motivo por el que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia de este principio, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño proclamó que la "infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales", en razón de su evidente estado de debilidad e inexperiencia, de acuerdo con las situaciones particulares en las que se encuentre³⁶⁹".

Por lo tanto, se considera oportuno referir que el principio del interés superior del niño no se traduce únicamente en la facultad jurisdiccional que tiene un Juez u órgano judicial para resolver sobre sus derechos constitucionales, sino que significa principalmente decidir sobre los derechos de los NNA, a través de diversos factores que se dirigen a resguardar el pleno y armonioso desarrollo de su entorno, y a garantizar la meritoria contribución que sus actos tienen para nuestra sociedad.

Al ser un criterio orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de los niños, este principio pretende guiar el ejercicio interpretativo que debe efectuar la autoridad cuando se hiciera ineludible su actuación por existir dos o más intereses contrapuestos, entre los cuales uno tendrá prioridad en caso de prevalecer ante la respectiva ponderación de bienes constitucionales. Es decir, las decisiones judiciales en las que se encuentren NNA se deben orientar, dirigir y dictar en atención al principio del interés superior del niño para conseguir satisfacer completamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, garantizado en nuestro Estado constitucional de derechos y justicia.

En definitiva, la Corte concluye que todos los operadores de justicia, en calidad de primeros garantes del ordenamiento jurídico, tendrán que considerar la "garantía del derecho para favorecer el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes", y las "acciones del Estado como garante para efectivizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes", como criterios relevantes al momento de analizar el principio del interés superior del niño, en asuntos en que sus derechos se hallen en contraposición con lo de sus padres u otros familiares que de alguna forma estén implicados en su desarrollo integral³⁷⁰".

Es trascendental referirse a la sentencia No. 133-15-SEP-CC, en el Caso No. 0273-12-EP de 29 de abril de 2015, la Corte con relación al principio del menor, liga al concepto establecido en el CONA artículo 11 al mencionar que "El principio del interés superior del niño implica que previo a que una autoridad judicial o administrativa tome una decisión en la que se encuentran involucrados los derechos de la niñez y adolescencia, la autoridad debe mirar y proteger de mejor manera a este sujeto de derecho³⁷¹". Si bien no se realiza una conceptualización la sentencia apadrina su argumentación en la doctrina, "El principio de interés superior del niño debe entenderse como una garantía, según la conceptualización de Luigi Ferrajoli, quien sostiene: como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos".

³⁶⁹ Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 064-15-SEP-CC, Número de Expediente: 0331-12-EP. En línea: file:///H:/SENTENCIAS%20CCE%20INTERES%20SUPERIOR%20DEL%20MENOR/Sentencia %20064-15-SEP-CC.pdf/. Fecha de consulta: 20 de diciembre 2017.

³⁷⁰ *Ibid.* p. 32.

³⁷¹ Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador. En línea: file:///H:/SENTENCIAS%20CCE%20INTERES%20SUPERIOR%20DEL%20MENOR/Sentencia%20133-15-SEP.pdf/. Fecha de consulta: 20 de diciembre 2017.

También en lo que expreso Cillero Bruñol, que la función del principio del interés superior del niño es “iluminar la conciencia del o la autoridad para que tome la decisión correcta”, también se respalda en “otros doctrinarios” a decir de la Corte, Gatica y Chaimovic (2010) “El llamado “interés superior del niño” debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña”.

La sentencia resuelve aceptar la acción extraordinaria de protección por existir la vulneración del “derecho de educación” y “el principio del interés superior del niño”. La controversia surge en torno a la negativa de otorgar un cupo para estudiar a favor de un niño que no salió favorecido en el sorteo público para el primer año de educación básica en una Escuela Práctica, pese haberse inscrito legalmente. Ante esta negativa su padre interpone acción de protección³⁷², y el Juez Décimo Octavo de Garantías Penales de Pichincha³⁷³ ordena que se otorgue el cupo respectivo y el ingreso al mencionado plantel educativo, la parte recurrida apela y la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de Pichincha revoca la sentencia y niega la acción de protección. La Corte Constitucional con la argumentación mencionada principalmente la vulneración del interés superior del niño a la educación ratifica la firmeza de la sentencia del Juez de instancia.

Del análisis de la sentencia No. 356-16-SEP-CC-, Caso 0223-12-EP³⁷⁴ de 9 de noviembre de 2016, de que la Corte “considera que el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes se plasma en un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar su desarrollo integral, y *el ejercicio efectivo de sus derechos en la misma medida que los derechos de los adultos*³⁷⁵, pero teniendo en cuenta sus necesidades y cuidados especiales derivados de su inmadurez, inexperiencia, ingenuidad y espontaneidad, derivándose de aquí, la prevalencia de sus derechos, sobre los derechos de los demás...”, lamentablemente lo resaltado se reitera en la sentencia se debe “velar por el efectivo ejercicio y reconocimiento de sus derechos que le pertenecen de forma innata, para lo cual se han realizado, y deben ejecutarse acciones y procesos tendientes a garantizar su desarrollo integral, así como el ejercicio efectivo de sus derechos en la misma medida que los derechos de los adultos, y que tanto el padre como la madre, cumplan con sus obligaciones”.

Esta argumentación conlleva a determinar que existe una visión adultocentrista del principio del interés superior, este enfoque hace notable referencia a la hegemonía de las personas adultas sobre la perspectiva diferente de los NNA. Sin duda es importante que exista un justo equilibrio entre los principios del niño y sus derechos, pero no en la misma medida de los derechos de los adultos como erróneamente conceptúa la Corte, en el sentido que es relevante analizar el interés superior del niño en base la garantía del derecho de favorecer su desarrollo integral, y el Estado debe

³⁷² Garantía jurisdiccional que se presenta ante la vulneración de derechos constitucionales conforme lo faculta el artículo 88 de la CRE.

³⁷³ Conforme la disposición constitucional del artículo 86.2, referida la acción de protección puede presentarse ante el Juez del lugar donde se origina el acto.

³⁷⁴ Documento en línea:

<file:///H:/SENTENCIAS%20CCE%20INTERES%20SUPERIOR%20DEL%20MENOR/Sentencia%20356-16-CC.pdf>. Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2017.

³⁷⁵ La cursiva no corresponde al original, el autor lo realiza para criticar la argumentación de la Corte.

constituirse en el garante del ejercicio pleno de los derechos constitucionales en asuntos que se encuentren en contraposición de sus padres u otros familiares, tanto más que la propia Corte Constitucional en la sentencia No. 380-17-SEP-CC de 22 de noviembre de 2017, deja fijado claramente que “...en concordancia con el sistema garantista ecuatoriano, es preciso propugnar una mayor protección a los menores de edad en calidad de dependientes declarados por autoridad competente, en tanto la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE) así como la jurisprudencia internacional han recalcado que es obligación primordial del Estado la protección de la familia y sus diversos tipos, más aún cuando está integrada por niños, niñas o adolescentes en tanto su protección debe ser reforzada”.

Sin embargo la visión adultocentrista referida de la Corte³⁷⁶ declara la vulneración del principio del interés superior de los NNA, respecto a la prevalencia de sus derechos sobre los de las demás personas en el caso concreto ligado de manera íntima con los derechos y obligaciones de los padres de proveer alimentación a sus hijos, y su desarrollo integral.

En el año 2017 en el Ecuador emergen dos sentencias constitucionales muy particulares, la una referente a la tenencia de los NNA a favor de la madre que tiene VIH, y al caso de la asistencia médica del seguro social ecuatoriano a favor de un nieto cuya tenencia se le concedió a su abuelo, y que fueron resueltas a la luz del principio del interés superior del niño.

La primera sentencia es la No. 038-2017-SEP-CC en el Caso No. 1737-12-EP de 15 de febrero de 2017³⁷⁷, que surge en mérito que el 19 de octubre de 2012, la señora NN presentó acción extraordinaria de protección en contra del auto dictado el 1 de octubre de 2012 por los jueces de la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en el marco del conocimiento de un proceso de tenencia de dos menores, los Jueces despojaron de la tenencia de su hija a favor de su tía paterna fijando regulación de visitas a la madre de lunes a viernes de 15h00 a 18h00, y sábados y domingos de 09h00 a 18h00, y concediéndole la tenencia del hijo “menor” a su favor.

La Corte Constitucional se limita a transcribir la totalidad del auto impugnado para luego realizar un análisis de la motivación de la resolución desde el ámbito de la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad, concluyendo que no existe vulneración de derechos fundamentales pues de “la realidad procesal se evidenció que creció junto a la mencionada tía, desde su nacimiento; sin estar relacionado aquello a la condición de la madre de ser una persona portadora de VIH”, ratificando el auto recurrido, sin realizar un análisis constitucional profundo desde la perspectiva del interés del niño, solamente hace referencia a la sentencia No. 064-15-SEP-CC, en la causa No. 0331 -12 EP, la cual trata de un caso de tenencia y en relación con el principio estudiado se debe “decidir sobre los derechos humanos de este grupo vulnerable a través de dichos

³⁷⁶ El caso se refiere a la demanda de alimentos para una niña que se encuentra radicada en los Estados Unidos de Norteamérica, conjuntamente con su madre, el alimentante alega que existe falta de competencia del juzgador por cuanto conforme el Artículo 34 de la reformas del CONA, publicada en el Registro Oficial N° 634 de 28 de julio de 2009, la demanda debe ser presentada en el domicilio del titular del derecho, fundamento que es aceptado por el Juzgado Tercero de la Niñez y Adolescencia del Cañar y ratificado por la Sala Provincial de lo Civil de la provincia del Cañar.

³⁷⁷ Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 038-17-SEP-CC, Caso No. 1737-12-EP. En línea: <file:///H:/SENTENCIAS%20CCE%20INTERES%20SUPERIOR%20DEL%20MENOR/Sentencia%20038-17-SEP-CC.pdf/> . Fecha de consulta : 21 de diciembre de 2017.

criterios relevantes que amparan el pleno desarrollo del niño en su entorno...y garantizan el valioso aporte que tienen para la sociedad”.

En la sentencia 22 de noviembre de 2017 No. 380-17-SEP-CC en el Caso No. 2334-16-EP³⁷⁸, la Corte Constitucional siguiendo la línea jurisprudencial hasta el momento analizado deja sentado contundentemente que “la aplicación del interés superior del niño, como principio, atenderá a la situación en concreto, es decir, considerando las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad”. En consecuencia se ratifica que en el Ecuador el interés superior es un principio jurídico interpretativo, que debe considerarse a la vez como una norma de procedimiento aplicable a cada caso concreto, requiriendo que se examinen todas las situaciones de vulnerabilidad que enfrenta.

En el caso de la referencia, la Corte Constitucional acepta la acción extraordinaria de protección³⁷⁹ disponiendo que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) brinde el tratamiento y atención médica que requiera, el niño mientras este se encuentre en custodia familiar del afiliado su abuelo, y en atención a la atribución de la Corte Constitucional de declarar la inconstitucionalidad de normas conexas³⁸⁰, precisa que en adelante el artículo 102 de la Ley de Seguridad Social en relación con su alcance de protección cubrirá al “...afiliado, su cónyuge o conviviente con derecho, sus hijos menores hasta los dieciocho (18) años de edad, los dependientes menores hasta los dieciocho (18) años de edad declarados por autoridad competente en casos de custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor, así como al jubilado, serán beneficiarios de acciones integrales de fomento y promoción de la salud, prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades no profesionales, recuperación y rehabilitación de la salud individual³⁸¹”.

Es incuestionable el reconocimiento que la CRE realiza hacia la titularidad de derechos de los NNA, así como el mandato de atender a su interés superior y de brindarles atención prioritaria y vital. El principio del interés superior involucra sin lugar a dudas adoptar todas las medidas necesarias oportuna y sistemáticamente aplicadas, y que la misma coadyuve a garantizar los elementos necesarios para que el

³⁷⁸ Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 380-17-SEP - CC, Caso No. 2334-16-EP. En línea: <file:///H:/SENTENCIAS%20CCE%20INTERES%20SUPERIOR%20DEL%20MENOR/Sentencia%20380-17-SEP-CC.pdf/>. Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2017.

³⁷⁹ El 25 de octubre de 2016, el señor NN, por sus propios derechos presentó demanda de acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional en contra de la sentencia de 30 de septiembre de 2016, dictada por los Jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, dentro del recurso de apelación N° 01904-2016-00020 que declaró sin lugar la acción de protección presentada por el señor NN frente a la negativa del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. (IESS) de brindar atención médica a su nieto, teniendo como antecedente previo la obtención por parte de la Junta Cantonal de Protección de Derechos de Cuenca, en el caso N.° 0253-JCPD-2014, dentro del cual el 19 de mayo de 2014, ordenó: “la custodia familiar de los niños [...] en el hogar de sus abuelos maternos NN y NN, quienes serán los responsables de su cuidado, protección y garantía de sus derechos”.

³⁸⁰ Conforme lo dispone el artículo 436 numeral 3 de la CRE, y el artículo 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

³⁸¹ Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 380-17-SEP - CC, Caso No. 2334-16-EP. En línea: <file:///H:/SENTENCIAS%20CCE%20INTERES%20SUPERIOR%20DEL%20MENOR/Sentencia%20380-17-SEP-CC.pdf/>. Fecha de consulta: 22 de diciembre de 2017.

niño, niña o adolescente viva y se desarrolle de manera digna e integral.

La exhortación del principio del interés superior del niño en los casos analizados, se asume como un procedimiento para que los jueces se eximan de realizar posteriores razonamientos sin alejarse del principio como prisma regulador aplicable a cada caso concreto. Requiriendo que se exploren todos los contextos de vulnerabilidad que afrontan los NNA en la relación con sus padres, familiares y la sociedad, en consideración que el respeto y protección de los derechos de los niños es un presupuesto indispensable para la subsistencia humana y el fortalecimiento de mejores sociedades.

De lo investigado en el ámbito jurisprudencial de la Corte Constitucional, se concluye que en los litigios en que se encuentren los NNA, se considera primordialmente este principio como un principio irradiador de protección al niño a quien se le debe otorgar un trato preferente acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección.

En relación con el principio del interés superior del niño, también es indispensable indagar lo que establece la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en especial la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia y el Pleno de la Corte. Al efecto en las sentencias de 30 de marzo de 2012 juicio No. 143-2012-WG³⁸², sentencia de 7 de mayo de 2012 juicio No. 153-2012-JB, Resolución No. 112-2012³⁸³, sentencia de 9 de octubre de 2012 juicio No. 253-2012-PV, Resolución No. 318-2012³⁸⁴, se visualiza la utilización en las tres Resoluciones de lo considerado por Ibañez Najar, J.³⁸⁵, en lo referente al principio del interés superior mencionando que “La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) 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 menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consiste en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor”.

Posteriormente, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la Resolución No. 05-2014³⁸⁶, referente a los fallos de triple reiteración³⁸⁷ sobre la irrevocabilidad del

³⁸² Juez Ponente, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, en un proceso de extinción de la pensión alimenticia provisional a favor de una niña, que el Juez de instancia acepta y la Corte Provincial de Zamora Chinchipe lo revoca. La sentencia de casación no casa la resolución impugnada.

³⁸³ Trata de un caso de restitución internacional de un niño, que el Juez de instancia la negó y que la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha, la confirmó. El Juez Ponente, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, no casa el auto impugnado.

³⁸⁴ Jueza Ponente. Dra. Rocío Salgado Carpio, en un proceso de negativa de restitución internacional de niño, no casa el auto definitivo proferido por la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Azuay.

³⁸⁵ En el texto “La vida de los Derechos de la Niñez. Compilación Normativa, T. I. Ministerio de Justicia y del Derecho, Comentarios y Compilación”. p. 45, el autor toma como referencia la sentencia No. T-408 del 14 de septiembre de 1995 de la Corte Constitucional de Colombia. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Que las tres resoluciones los citan textualmente.

³⁸⁶ Publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 346 de 02 de octubre de 2014.

³⁸⁷ La Corte Nacional de Justicia del Ecuador, conforme el artículo 180 del COFJ, tiene como función primordial el “Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración”. Las sentencias emitidas por las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, se remiten al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere o ratifique

reconocimiento voluntario de los NNA, y su impugnación³⁸⁸, previsto en el artículo 247 y siguientes del Código Civil, hace especial énfasis al principio del interés superior del niño, realizando previamente un análisis sobre la definición de familia y su alcance actual, la conceptualización de la filiación, y la titularidad de la impugnación del reconocimiento.

Asiente que el principio obliga “al Estado, y la sociedad entera a tutelar y garantizar el ejercicio pleno de todos los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, reconociéndoles su calidad de sujetos de plenos derechos, y beneficiarios de protección especial atendiendo a su condición de personas en formación. Principio que, implica una noción relacional, es decir, supone que, en caso de conflicto de derechos de igual jerarquía, la prioridad deben tenerla los niños y las niñas, interés que, prevalece por sobre el de los padres, de la sociedad y del estado; los jueces y juezas están obligados a proteger y privilegiarlos en todos los casos en los que se encuentren en juego, de tal modo que se logre la efectiva protección y goce”.

La Corte respaldada en la opinión doctrinaria del Juez de la CIDH, Cancado Trindade³⁸⁹, señala que “no basta afirmar que el niño es sujeto de derecho, importa que él lo sepa, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad”, obliga que en todas las decisiones que deban realizar las autoridades judiciales y administrativas del Ecuador, a “no solo reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, sino que además en ese proceso de decisión, deberá garantizarse que ellos/ellas lo sepan, lo sientan y lo perciban cotidianamente reafirmando su dignidad, el libre desarrollo de su personalidad, su derecho a una vida de calidad y su derecho a llevar adelante su proyecto de vida”. La Corte asiente que este principio tiene relación con la Doctrina de la Protección Integral, que como se señaló en el capítulo respectivo considera los NNA, como sujetos portador de derechos sin distinción alguna.

El Pleno de la Corte Nacional resolvió como precedente de triple reiteración: “PRIMERO El reconocimiento voluntario de hijos e hijas tiene el carácter de irrevocable. SEGUNDO. El legitimado activo del juicio de impugnación de reconocimiento es el hijo/a y/o cualquier persona que demuestre interés actual en ello, excepto el reconociente, quien solo puede impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad del acto, acción que ha de prosperar, en tanto logre demostrar que, al momento de otorgarlo, no se ha verificado la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez; la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido a través de la práctica del examen de ADN, no constituye prueba para el juicio de impugnación de reconocimiento, en que no se discute la verdad biológica”.

Finalmente la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia en el juicio No. 0007-2017³⁹⁰,

el criterio. La Resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio.

³⁸⁸ Las Resoluciones sobre los cuales se realizó el estudio de la triple reiteración son: 1. Resolución No. 036-2014. Juicio ordinario No. 102-2013 (Recurso de Hecho) que sigue Wilson Abdón Ruiz Bonilla y otros, contra Blanca Edelina Pilco Morales. 2. Resolución No. 049-2014. Juicio Ordinario No. 210- 2013 (Recurso de Casación) que sigue Freddy Geovanny Lagla Chuquitarco, contra María Yolanda Lagla Lagla. 3. Resolución No. 71-2014-Juicio Ordinario No. 083-2013 (Recurso de Casación) que sigue Domingo Ramiro Terán Villegas, contra Ruth Ximena Ortega Galarza.

³⁸⁹ Opinión consultiva OC-17/2002 de la CIDH de 28 de agosto de 2002.

³⁹⁰ Jueza Ponente, Dra. Rocío Salgado Carpio. Trata de una demanda de divorcio por causal, que en primera instancia

de 26 de abril de 2017, sintetiza el principio del interés superior del niño, como un “fundamento axiológico cardinal, consagrado en los artículos 44 de la Constitución, 3.1 de la Convención sobre los derechos del Niño, y 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, es directriz para subrayar el reconocimiento y la obligación del estado, la familia y la sociedad, en tutela y garantía del ejercicio pleno de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes y, en la protección especial atendiendo a su condición de seres humanos en desarrollo. Noción relacional que deja claro que, en caso de conflicto con derechos de igual jerarquía, éste, prevalecerá por sobre los de los padres, las madres, la sociedad y el estado; consecuentemente, los jueces y juezas están obligados a privilegiarlos y tutelarlos de forma efectiva, respondiendo a su condición de garantes de derechos”.

De las sentencias emitidas por la Corte Nacional del Ecuador en relación con el principio del interés superior del niño, se concluye que considera al interés como un verdadero principio rector a aplicarse obligatoriamente en todas las decisiones en que se encuentren inmersos los derechos de los NNA, dejando a un lado la consideración como derecho sustantivo, norma de procedimiento o regla.

3.2.1.5. Jurisprudencia de España sobre el principio del interés superior del niño

Existe profusa jurisprudencia sobre el interés superior del niño en los diferentes tópicos de su protección, empezando por su definición que permiten vislumbrar el tratamiento de su triada dimensional como: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo o una norma de procedimiento³⁹¹, si bien en la legislación española no se encuentre definido, la jurisprudencia española lo configura como un concepto jurídico indeterminado.

En efecto la sentencia 687/2015 de 2 de diciembre del Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil³⁹², dice:

“En toda normativa internacional, estatal y autonómica late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, si bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden de sus desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien simplemente con la protección de sus derechos fundamentales³⁹³”.

La línea jurisprudencial de la concepción del interés del menor como un

es favorable al actor. En apelación la Corte Provincial de Cañar confirma íntegramente la sentencia subida en grado. La Corte Nacional por el recurso de hecho interpuesto, en sentencia, casa parcialmente la sentencia y concede el derecho de uso y habitación del inmueble a la madre y representante legal de la adolescente, mientras dure su incapacidad.

³⁹¹ Artículo 3, párr. 1 de la Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño y que su interés superior sea una consideración primordial.

³⁹² Juez Ponente, Magistrado Eduardo Baena Ruiz, en el Recurso 1983/2014.

³⁹³ Departamento Jurídico de Sepin Familia y Sucesiones. Biblioteca Online Monografías y Ediciones Digitales. (2017: 26).

concepto jurídico indeterminado, se ratifica en la sentencia 319/2016 de 13 de mayo de la Sala Primera de lo Civil³⁹⁴, al establecer que “ El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, no se define claramente el concepto de interés del menor, sino que lo desarrolla en el sentido de que se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, se protegerá la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas, se propenderá el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten y a la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los ampara.

Es ineludible referirse al artículo 11.2. Ley Oorganica 1/1996 el cual establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los niños: “a) La supremacía del interés del menor, b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés, y c) su integración familiar y social”, es así que como criterio determinante para adoptar cualquier medida que afecte y proteja el interés superior del niño por el de sus progenitores, surge una jurisprudencia vinculante en el ámbito de las convicciones religiosas.

El Tribunal Constitucional Español en la sentencia 14/2000 de 29 de mayo, en mérito del recurso de amparo presentado por el padre quien es miembro del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España, por la decisión del Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Valencia, de establecer un régimen restringido de visitas a sus hijos de doce y cinco años de edad por sus creencias religiosas. El Tribunal justifica la Resolución impuesta del principio del interés superior de los menores, y deja sentado que la libertad de creencias de los niños se expresa en “su derecho a no compartir las convicciones de sus padres, a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente su desarrollo personal”.

A criterio de Martínez Sospedra³⁹⁵ al realizar un análisis cuantitativo y cualitativo de las diferentes sentencias constitucionales españolas³⁹⁶, que surgen a partir de la entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1990, el 31 de diciembre de 1990, alude que “hay una tendencia, lenta pero constante, a la presencia creciente del interés superior del menor en las decisiones del Tribunal Constitucional español”, y en relación con los procedimientos utilizados “para obtener el pronunciamiento jurisprudencial existe predominio del recurso de amparo”.

En el análisis cualitativo de las sentencias, se concluye que la jurisprudencia constitucional española en relación con el interés del niño, se presentan en tres tipos de litigio: “en primer lugar aquellos que tienen por objeto un diferendo sobre la guardia y custodia del menor; en segundo lugar los que versan sobre el derecho del menor a ser oído en los procedimientos que le afecten si cuenta con la suficiente madurez (parece insinuarse al respecto una frontera temporal: procede a partir de los nueve años); en

³⁹⁴ Del Tribunal Supremo, Magistrado Ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas en el Recurso 2556/2015. En Departamento Jurídico de Sepin Familia y Sucesiones. Biblioteca Online Monografías y Ediciones Digitales. (2017: 671).

³⁹⁵ SANZ CABALLERO, S.; MOLINA NAVARRO, M. (2017: 233).

³⁹⁶ En este estudio Martínez Sospedra indaga y clasifica las sentencias constitucionales emitidas desde 1991 hasta 2016 en los procedimientos de recurso de amparo, cuestión, por la vulneración de los derechos constitucionales violentados en desmedro de los menores de edad españoles.

tercer lugar en los casos de sustracción internacional³⁹⁷”.

De la jurisprudencia constitucional española analizada se afina que el principio del interés superior del niño se lo utiliza como principio jurídico interpretativo y regla de procedimiento aplicable a cada caso, no se formula de forma tajante y específica un concepto del interés, ratificando que es un concepto jurídico indeterminado, cuya concretización se presenta en cada caso específico, correspondiendo por tanto a los operadores jurídicos su determinación.

De igual carácter, todos los poderes públicos incluido el poder judicial como asevera el Tribunal Constitucional de España “deben velar por el interés superior y beneficio de los menores de edad dado que cuando se conoce un proceso de familia, como el caso sub examine, no se lo puede calificar a modo de un simple conflicto entre pretensiones privadas que se deciden jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes³⁹⁸”.

Una vez analizado a profundidad el principio del interés superior del niño desde la óptica de la Jurisprudencia de la CIDH, de la Corte Constitucional y la Corte Nacional de la República del Ecuador, y Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo del Reino de España, es necesario revisar el resto de principios.

3.2.2. Principio no discriminación

Como parte de los preceptos contemplados en la CDN se reconoce la necesidad de que todas las personas estén asistidas con amplios derechos y libertades, sin ningún tipo de distinción, ya sea por motivos de raza, sexo, color, idioma, religión, opinión política o de otra índole. En este caso, al niño debe garantizársele una efectiva protección contra toda forma de segregación o acciones que reflejen castigos, o por las opiniones expresadas por sus progenitores o algún familiar³⁹⁹. En relación con este principio de no discriminación la CRE lo acopia de forma expresa al establecer “derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación⁴⁰⁰”.

Desde la perspectiva de género la superación de la desigualdad llega a suponer la comprensión del carácter social de su surgimiento, es decir la forma en que la sociedad jerarquiza, se opone y distingue entre cuestiones de sexo, cuya polémica puede ser reducida a elementos físicos adoptados a su vez como naturales e inmutables. Esta desigualdad de género, presente en la actualidad en la sociedad ecuatoriana, alcanza a ocasionar afectaciones y perjuicios en el marco de la educación y por tanto en el desempeño escolar de los NNA, así como su respectivo desarrollo cognitivo⁴⁰¹.

Dicha comprensión está enfocada en el desarrollo de prejuicios que no llegan a resistirse a la razón y se consideran verdades intocables e inherentes a la costumbre. Los prejuicios pueden transformarse en un impedimento para que el ser humano alcance su autonomía, es decir, que disminuyen la relativa libertad inherente a toda persona ante determinado acto de elección, ya que puede deformar y posteriormente estrechar el

³⁹⁷ *Ibíd.* p. 253.

³⁹⁸ Tribunal Constitucional de España, STC 185/2012, de 17 de octubre.

³⁹⁹ Artículo. 2 de la CDN.

⁴⁰⁰ Artículo. 66 numeral 4 de la CRE.

⁴⁰¹ HERRERA, M. (2015: 60).

margen real del individuo⁴⁰².

Estos prejuicios en la niñez en el ámbito educativo, han sido tratados desde la perspectiva de la necesidad de implementar cambios concretos en los esquemas que integran la formación docente y su respectiva práctica, donde debe ser incorporado el tratamiento equitativo a los niños que reflejen sus diferencias y necesidades, con el objetivo de evitar y reducir tendencias discriminatorias. La construcción de una nueva perspectiva tiene que estar enfocada al proceso equilibrado del acceso de los niños a diversas áreas imprescindibles para su adecuado desarrollo como el campo educacional.

Otro aspecto a señalar es el cuestionamiento de la igualdad de derechos y oportunidades entre los sexos, y la forma en que está presente en todo el esquema educativo desde la infancia. Estudios de género han revelado que existe un marcado ejercicio de opresión sobre los niños y niñas, lo cual impide que puedan experimentar, crear e inventar. El sistema educacional actual está enfocado que el niño llegue a transformarse en una persona más completa, sin embargo en determinadas circunstancias se frenan las posibles iniciativas y aspiraciones⁴⁰³.

Un mecanismo para fomentar la no discriminación desde una etapa tan temprana como la niñez, resulta ser la implementación de debates y discusiones respecto a la igualdad de género, además del desarrollo de prácticas educativas no sexistas que lleguen a enfrentar y combatir las desigualdades de género desde la infancia. Todo este proceso y su respectiva evolución, deben ser tratados como un derecho que ostentan los niños y adolescentes para su adecuado desarrollo educativo y de género, es decir, trabajar para valorizar la diversidad y poder edificar un verdadero entorno de protección integral a los NNA.

3.2.3. Principio del derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo

Conforme a lo anterior se afirma que debe existir la posibilidad de que los NNA puedan desarrollarse eficazmente, por lo que los Estados Partes del CDN han considerado que uno de los medios idóneos en la cual los niños se desenvuelven es la “familia”, catalogada como el “grupo fundamental” de la sociedad, donde el niño deberá recibir la asistencia y protección necesaria, así lo establece la CDN “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión⁴⁰⁴”.

La CDN sostiene que corresponde a la familia el garantizar y propinar los avances de los niños y adolescentes en todos sus aspectos. Ello implica un llamado a la sustentación de las necesidades del niño, las cuales deberán ser protegidas de forma adecuada por parte de los Estados Partes, antes y después del nacimiento del niño. Al no alcanzar una madurez física y mental, respalda la materialización de garantías imprescindibles que impulsen y respalden su evolución como individuo y ente social. Esto se vincula además con el respeto de la tradición y la cultura presentes en el medio donde el niño se desarrolla, con el fin de poder alcanzar una mejor evolución, en tal sentido la cooperación internacional debe trazar políticas reales que contribuyan al mejoramiento de las condiciones de vida de niños y adolescentes en todas las naciones.

⁴⁰² AGNES O, H. (1992: 59).

⁴⁰³ OSTERNMAN, A. (2010: 35).

⁴⁰⁴ Preámbulo de la CDN.

El principio de la protección efectiva del desarrollo del niño conlleva a que todas las medidas que se apliquen, permitan dar efectividad a la atención permanente de los derechos del niño a fin de garantizar su satisfacción plena, para ello el artículo 4 de la CDN ordena: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

Las medidas de protección de los NNA sean estas legislativas o administrativas, deben ser adecuadas por los Estados Partes conforme el mandato del artículo 3.2 de la CDN quienes “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”.

La verdadera aplicación de este principio previsto en la CDN se logra a través de una “vigencia sociológica, es decir, un derecho eficaz, realmente aceptado o vivido para sus destinatarios”⁴⁰⁵. Por lo tanto, para que exista una indiscutible protección es importante la existencia de normas legislativas en el ordenamiento jurídico del Estado Parte, que coadyuven a establecer diversos mecanismos de protección en el ámbito legal, judicial y administrativo.

3.2.4. Derecho del niño a ser oído

El derecho del niño a ser oído ha sido calificado como un “principio innovador⁴⁰⁶”, el cual consiste en que a los NNA les asiste el derecho que puedan formarse un juicio propio y que tengan la posibilidad de expresarlo libremente, por lo tanto, deben ser escuchado⁴⁰⁷. De ahí que se reconoce de manera implícita, la autonomía y subjetividad de dicho derecho, así como la fuerza e influencia que la opinión del niño debe y puede tener en las decisiones de las personas adultas.

Existe una diferencia importante entre el derecho de ser oído con el derecho a ser escuchado, por lo que cabe señalar que:

“El ser oído, implica que un tercero, en este caso puede ser el Juez o los progenitores, tienen derecho a escuchar la opinión del menor para adoptar una decisión con la mayor información posible (...) Por el contrario, si hablamos del derecho a ser escuchado, es el propio menor quien reclama ser oído por la persona que tendrá que decidir sobre una cuestión que le afecta, porque le interesa transmitir su parecer con la lógica finalidad de que influya de alguna manera en la persona que toma la decisión⁴⁰⁸”.

Conforme lo expresado por Roda y Roda, se deduce que el derecho del niño a ser oído debe ser la línea más segura de actuación, por la materialización de este derecho en

⁴⁰⁵ DIAZ GARCIA, E. (1981: 60).

⁴⁰⁶ COUSO SALAS, J. (2006: 148).

⁴⁰⁷ Artículo 12, numeral 1 de la CDN. “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

⁴⁰⁸ RODA y RODA, D. (2014: 202).

todas la situaciones, es decir, posee un carácter general donde no se presentan excepciones, por lo que para lograr esto deberá facilitarse un conjunto de normas que sean adecuadas sin que medie represión y exista una mayor sensibilización por parte de los funcionarios y operadores del derecho, además se debe potenciar de forma real y eficaz el interés superior del niño⁴⁰⁹.

La relevancia de ejercitar adecuadamente este derecho del niño, radica en la sutil distinción entre su protección como sujeto pasivo y la promoción de forma paulatina de sus capacidades como sujeto activo, todo ello puede ser tergiversado a través de acciones intervencionistas por parte del Estado, lo cual conllevaría al tratamiento del niño como un simple objeto.

Se infiere que el derecho del niño a ser oído, posee un vínculo estrecho con el interés superior y con el denominado principio de autonomía progresiva, este último establecido en la CDN al estipularse lo siguiente:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención⁴¹⁰”.

Tiene una gran importancia el papel protagónico del niño en la concreción de sus derechos, ante lo cual el empleo de un lenguaje de derechos resulta ser completamente secundario. Un ejemplo que refleja esta concepción es la *Children's Act* inglesa del año 1989⁴¹¹, donde se manifestó que el sistema de protección de la infancia debería contemplar aspectos fundamentales, tales como:

“bienestar (*welfare*) del niño -sin usar un lenguaje de derechos-, pero luego señala que para definir cuál es el bienestar del niño, el primer criterio son los deseos y sentimientos (*wishes and feelings*) del niño, está reconduciendo de hecho el concepto de bienestar a los derechos del niño de un modo decisivo, aun sin adoptar el lenguaje de los derechos. Y si los procedimientos y prácticas concretas aseguran que los deseos y sentimientos del niño ocuparán un rol central en la decisión, entonces esa ley protege derechos⁴¹²”.

Por consiguiente, el derecho del niño a ser oído adquiere una importancia relevante, en mérito de que la posibilidad del niño en manifestar su opinión genera aspectos complejos, ya que los intereses del niño no llegan a estar acordes con el interés general de la sociedad, los intereses familiares, e incluso con su propio interés. Para lograr la integración de los sentimientos del niño a la esencia y definición del principio del interés superior, resulta vital eliminar prejuicios extendidos en materia de niñez y adolescencia, tal es el caso de la denominada “teoría del balancín”, la cual encierra la concepción de que:

⁴⁰⁹ FORCADA MIRANDA, F. (2011: 247).

⁴¹⁰ Artículo 5 de la CDN.

⁴¹¹ Norma legal que asigna funciones a las autoridades, órganos de justicia, padres y demás instituciones en el Reino Unido, para asegurar y proteger a los menores de edad y así promover su bienestar. La idea central que defiende esta norma recae en que los niños están mejor atendidos dentro de sus propias familias. (Parlamento Británico 1989). *Children Act 1989*.

⁴¹² COUSO SALAS, J. (2006: 148).

“(…) los intereses del niño serían algo naturalmente opuesto a sus deseos, y es necesario balancear unos y otros, sin inclinar demasiado la balanza (o el balancín) hacia los deseos del niño-en perjuicio de sus intereses- ni hacia los intereses del niño-en perjuicio de sus deseos⁴¹³”.

Esta teoría denota cierto prejuicio y supone que los NNA desean cosas que no les conviene o resultan beneficiosas, lo que indica su inclinación hacia marcadas tendencias destructivas. Conforme a esta situación la CDN ha llegado a reflejar algunas limitaciones entorno al derecho de expresión de los niños, a tales efectos se podría afirmar que la limitación está sujeta a “condiciones de formarse un juicio propio”. No obstante, esta hipótesis reflejada en el artículo 12 de la CDN puede ser entendida desde una óptica más amplia, es decir, la misma llega a abarcar a todo niño que posea algo relevante que comunicar, y se encuentre relacionado con algún asunto que le afecte.

La mencionada *Children’s Act* de 1989, refiere este tema y señala al respecto que no solo deben ser tomados en cuenta los deseos formulados de manera discursiva, sino también son importantes aquellos sentimientos expresados de diferente forma, por lo que es relevante para niños que tienen una competencia lingüística y aquellos que no pueden hablar, pero que todos al final tienen la capacidad de demostrar sentimientos y deseos tanto negativos como positivos frente a un abanico de opciones⁴¹⁴.

El derecho del niño a ser oído implica su derecho a expresarse, lo que enuncia cierto grado de autonomía, que a su vez conlleva la manifestación de ciertas competencias personales, como por ejemplo una capacidad de reflexión mínima y la capacidad de conexión con sentimientos propios. Al mismo tiempo deberá existir condiciones básicas como las alternativas de una opción, independencia y libertad frente a la actitud injerencista de terceros⁴¹⁵.

En la CDN también se emplea la expresión “todos los asuntos que le afecten”, lo cual debe ser considerado en un sentido amplio, en los procedimientos jurisdiccionales y los órganos de administración de justicia que conocen materia de familia y ser tomados en cuenta como una garantía al derecho de defensa en relación con el niño⁴¹⁶. La expresión “defensa material” se refleja como una garantía donde el niño tiene facultades de intervenir en aquellos asuntos que le causen un perjuicio, ello conlleva la posibilidad real de presentar pruebas y expresar alegaciones, es decir, que se encuentre protegido contra cualquier estado de indefensión. Se trata de que el niño no simplemente tenga el derecho de opinar, sino que además participe en la decisión del caso⁴¹⁷.

Se debe garantizar el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente, en todo procedimiento administrativo o judicial, sin más límites de los derivados de su interés superior. Al respecto el Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño estableció que:

“no puede partirse de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus

⁴¹³ *Ibid.* p. 149.

⁴¹⁴ *Children’s Act* de 1989. Parte III, numeral 22.

⁴¹⁵ UNDURRAGA VALDÉS, V. (2008: 163 y 171).

⁴¹⁶ Artículo 12, numeral 2 de la CDN. “Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

⁴¹⁷ GIL DOMÍNGUEZ, A.; HERRERA, M.; FAMA, M. (2006: 71).

propias opiniones”; ii) “el niño no debe tener un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio”; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) “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, y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”; v) “la capacidad del niño [...] debe ser evaluada teniendo en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”, y vi) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados a su edad biológica”, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones de forma razonable e independiente” medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente⁴¹⁸”.

En cuanto a la normativa europea respecto al derecho del niño a ser oído, la Carta Europea de los Derechos del Niño regula que en los casos de nulidad, separación o divorcio las decisiones que sean adoptadas deberá prevalecer como un objetivo prioritario la salvaguarda y defensa de los intereses del niño, ello conlleva que se respete el derecho a ser oído en los respectivos procedimientos, principalmente en el otorgamiento de la guardia y custodia a alguno de los progenitores⁴¹⁹.

Se destaca también el Reglamento Europeo 2201/2003 relacionado con la competencia y ejecución de las resoluciones judiciales en materia de familia, específicamente en el matrimonio y responsabilidad parental, donde se establece como motivo de denegación del reconocimiento de las resoluciones en esta materia, el no habersele brindado la posibilidad al niño de una audiencia⁴²⁰.

En otros países se puede apreciar el reconocimiento del interés superior del niño y su derecho a ser oído en lo que respecta a la toma de decisiones, en cuestiones que generen repercusiones sobre su situación jurídica, tal es el caso de España⁴²¹ donde se establecieron condiciones idóneas para salvaguardar los intereses del niño, a través de la mediación de especialistas acorde a cada caso. De esta forma el interés superior del niño constituye una referencia para que sea tomado en cuenta como sujeto y no objeto en el campo jurídico, es decir, su derecho a ser oído en cualquier ámbito donde sus derechos fundamentales estén sujetos a determinada controversia o conflicto.

3.2.4.1. Observaciones del Comité de los Derechos del Niño a la República del Ecuador

En las observaciones finales realizadas por el Comité de los Derechos del Niño a los informes: combinados segundo y tercero, cuarto, y combinados quinto y sexto que presentó el Ecuador, se infiere en relación con el principio de las opiniones del niño, que desde el inicio del primer informe el Comité observa en el 2005 que pese a los esfuerzos del país le preocupa que las “actitudes sociales tradicionales⁴²²” limiten el

⁴¹⁸ Observación General No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, CGR/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafos 20, 21, 25, 28 y 30.

⁴¹⁹ Carta Europea de los Derechos del Niño, (1992), párrafos 14 y 15.

⁴²⁰ Reglamento (CE) No. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, artículo 23, inciso b).

⁴²¹ La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, estableció por primera vez la intervención de un menor en el proceso.

⁴²² Numeral 33 del examen del Comité de los Derechos del Niño, al informe combinado segundo y tercero del Ecuador, 2005. p. 6.

derecho de los niños a la libertad de expresión en las escuelas, tribunales y la familia, recomendando que el Estado “intensifique sus esfuerzos” para que se considere su opinión especialmente en los procedimientos judiciales y administrativos, como también en los medios de comunicación.

En el 2010 el Comité de los Derechos del Niño resalta la incorporación de este principio en la CRE y en el CONA, sin embargo revela y reitera su preocupación por las “actitudes tradicionales en la sociedad que limitan el derecho de los niños a ser escuchados”, y recomienda que el Estado “redoble los esfuerzos⁴²³” para que los niños sean escuchados en todos los procedimientos. Llama la atención sobre la Observación General No. 12 (2009) que obliga a los Estados Partes a romper todas las “barreras políticas y económicas”, para que su voz sea escuchada y no sean marginados.

En el último informe del Comité de los Derechos del Niño realizado al Ecuador en 2017, recomienda que en la aplicación del Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP) en relación del derecho a ser oído, este se aplique en “todas las actuaciones administrativas y judiciales, permitiendo el derecho a acceder al expediente propio y los ajustes procesales para los niños con discapacidad⁴²⁴”. El COGEP dispone en el artículo 31 en relación con la capacidad procesal que “Toda persona es legalmente capaz para comparecer al proceso, salvo las excepciones de ley. Las y los adolescentes pueden ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías, conforme con la ley”. Los NNA serán escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos, por tanto considero que existiendo esta norma específica de cumplimiento, a los Jueces les corresponde su aplicación sin ningún tipo de distinción.

También el Comité en este reciente informe requiere que el Estado establezca “protocolos obligatorios⁴²⁵ para las autoridades judiciales a fin de que se respeten los derechos del niño en todas las fases de las actuaciones cuando se vulnere su derecho a ser oído⁴²⁶”. El Comité requiere que el Estado “adopte indicadores” en relación con la participación efectiva de los niños en los procesos de consulta, e indicadores de “rendición de cuentas”, a la vez de elaborar evaluaciones sobre el grado de aceptación de las opiniones de los niños, y se generen campañas públicas “para promover el reconocimiento y la aceptación de las opiniones de los niños”.

En relación con las observaciones del Comité sobre el derecho a ser oído, si bien este principio ha sido recogido en varios cuerpos normativos, como en el artículo 60 del CONA, el artículo 31 del COGEP, y el artículo 45 inciso segundo de la CRE, corresponde en la práctica jurisdiccional a todos los operadores jurídicos especialmente Jueces, plasmar en forma prioritaria este principio en todos los procesos de familia y trámites en que estén en juego los derechos de los NNA por sobre cualquier tipo de injerencia política o económica, en la medida que no basta que este principio se

⁴²³ Numeral 41 del examen del Comité de los Derechos del Niño, al informe cuarto del Ecuador, 2010. p. 9

⁴²⁴ Numeral 19 del examen del Comité de los Derechos del Niño, al informe combinados quinto y sexto del Ecuador, 2017. p. 7.

⁴²⁵ En diciembre de 2015 el Ministerio de Justicia de Ecuador, elaboró un “Modelo de atención integral y protocolos para los centros de atención a niños, niñas y adolescentes, víctimas de violencia intrafamiliar y/o sexual”, el mismo que se encuentra vigente, y busca “la homologación de las actuaciones de los funcionarios y profesionales en atención integral a las víctimas de violencia”. Con sujeción al artículo 12 de la CDN, referente al principio de no discriminación, el interés superior del niño, del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo y principio de participación y a ser escuchado. También en el año 2017, el Ministerio de Educación emitió un “Protocolo de actuación frente a situaciones de violencia detectadas o cometidas en el sistema educativo”.

⁴²⁶ Numeral 19 de la Observación final de los informes del Ecuador.

encuentre normado, sino que se desarrolle en forma amplia contundente, y permanente en las distintas resoluciones que surjan en los conflictos familiares.

Para finalizar cabe compartir el criterio de Roda y Roda sobre la naturaleza jurídica del derecho a ser oído, y manifiesta que “ha suscitado dos discusiones doctrinales. La primera, motivada por la consideración que sea una obligación o por el contrario una facultad. La segunda, se centra en si es un acto jurídico independiente o estamos ante un acto procesal incardinado dentro de los medios probatorios⁴²⁷”.

Se puede considerar que no se debe discurrir como una obligación o facultad, tampoco supeditarse su vigencia y aplicación a un proceso. Los NNA tienen derecho a expresar libremente su opinión en todos los asuntos en que tengan interés, y que sus opiniones sean valoradas en función de su desarrollo y madurez. Los Estados no pueden partir de la premisa que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones⁴²⁸, se debe garantizar el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente en todo procedimiento administrativo o judicial, sin más límites de los derivados de su interés superior.

3.2.4.2. Jurisprudencia de la República del Ecuador en relación con el principio del niño a ser oído

El derecho de un niño a ser oído fue ligado al principio de su interés superior por la CIDH en la sentencia pronunciada en el Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, de 24 de febrero de 2012, en la que puntualmente señaló la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, y resaltó la relación entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”.

Para la CIDH es deber de los Estados garantizar “el derecho de las niñas y niños de tener la oportunidad de ser oídos en función de su edad y madurez⁴²⁹”; en otra decisión el Tribunal señaló que “los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto”.

En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la CDN, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste, y no redunde en perjuicio de su interés genuino⁴³⁰.

⁴²⁷ RODA y RODA, D. (2014: 220).

⁴²⁸ Observación General N° 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado, 2009.

⁴²⁹ CIDH. Opinión Consultiva OC-21/14. 19 de agosto de 2014. Párrafo 282.

⁴³⁰ Sentencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. 24 de febrero de

En Ecuador en relación con el derecho de ser oído, se establece en el artículo 45 de la CRE como un “derecho de ser consultado en los asuntos que les afecten”, el mismo que se desarrolla como un principio interpretativo contemplado en una norma especial, el cual no podrá ser convocado sin que sea escuchado de forma previa la opinión del niño⁴³¹, además de que éste deberá tener las condiciones necesarias para poder expresar dicha opinión, como su edad y madurez⁴³².

Esto significa que a los NNA le asiste el derecho a ser oídos en el ámbito procesal, y al ser considerado como un mandato constitucional o legal que obliga a los jueces de la niñez o de familia a que sus deseos y sentimientos sean protegidos.

Revisada la jurisprudencia de la CIDH sobre el derecho a ser oído, corresponde ahora indagar sobre la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional, dentro de un análisis de temporalidad de 2008 en que se expide la nueva Constitución en el Ecuador, que en el artículo 44 establece el principio del interés superior del niño y de la obligatoriedad de ser oído conforme lo determina el artículo 45.

En la sentencia constitucional en la acción extraordinaria de protección No. 022-15-SEP.CC de 4 de febrero de 2015 en la causa No. 0342-11 EP, presentada por la supuesta violación del derecho a la igualdad en contra de la sentencia de la acción de protección⁴³³ No. 928-2010 de 21 de diciembre de 2010 dictada por la Primera Sala Laboral y de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas⁴³⁴. El Pleno de la Corte Constitucional declaró la existencia de la vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso⁴³⁵ como la garantía de la motivación, a la igualdad y no discriminación⁴³⁶.

En la sentencia es vital referirse al voto concurrente de la Jueza Tatiana Ordeñana Sierra, quien ratifica su acuerdo con la resolución del Pleno, pero discrepa en cuanto a la argumentación y desarrolla su voto desde los derechos de constitución familiar, niñez y adolescencia establecidos en el artículo 44 y 67 de la CRE, y en relación con el derecho de ser oído. Refiere el derecho de los NNA a ser escuchados y que se tenga en cuenta sus opiniones, determinó que las autoridades judiciales no escucharon a los niños que fueron parte del proceso y no atendieron el principio del interés superior, se declaró que existió vulneración de la obligación de protección y asistencia a los NNA cuando el progenitor se encuentra privado de libertad.

La decisión concurrente está acorde a la doctrina jurisprudencial española sobre

2012. Párrafo 196.

⁴³¹ Artículo 11, último párrafo del CONA.

⁴³² Artículo 60 del CONA.

⁴³³ Esta acción de protección esta prevista en la CRE en el artículo 88, la misma que se presenta cuando existe vulneración de derechos constitucionales por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, contra políticas públicas que priven el goce de los derechos constitucionales e inclusive se lo plantea contra particulares cuando se encuentra en estado de indefensión, subordinación y discriminación, el Juez competente es el Juez donde el acto u omisión surte sus efectos y además el Juez de cualquier materia conoce esta acción constitucional.

⁴³⁴ La Sala Laboral conoce por apelación esta acción en mérito de la negativa realizada por el Juez de primera instancia.

⁴³⁵ Artículo 76 de la CRE, en el que establece garantías básicas en todo proceso.

⁴³⁶ Violación de lo dispuesto en los artículos 76, 7.1, y artículo 11.2 inciso primero de la CRE, respectivamente, en este caso se estableció la violación de la visita conyugal a favor del interno del Centro de Rehabilitación Social en Guayaquil, Oscar Caranqui, por parte de Beatriz Álvarez, en mérito de la negativa de la Dirección Nacional del Centro de Rehabilitación, en virtud de que el reo se encontraba haciendo uso de la visita conyugal por parte de su legítima esposa.

la supremacía del interés del menor y el deseo de los NNA de ver a su padre y que las visitas se desarrollen con normalidad y la conveniencia de mantenerlas, “en la sentencia recurrida no se infringe la misma, se ha limitado a mantener un reducido contacto del padre con los hijos en el centro penitenciario, acompañados de tercera persona sin perjuicio de que cuando salga en libertad se adopten medidas, ajustadas a derecho, que interesa a las partes, dado que el tribunal de apelación carecía de elementos de juicios suficientes para resolver, sobre el derecho de visitas, tras la puesta en libertad del demandado⁴³⁷”.

Merece referencia la Resolución con fuerza de ley No 10-2016⁴³⁸ de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador en relación con el derecho a ser oído, considera previamente en la exposición de motivos que los NNA, al ser considerados “como grupo humano que goza de atención prioritaria del Estado, destacando que, se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”, puntualiza que el principio constituye la base sobre la cual ha girado la doctrina de la protección integral, que la CDN ha elevado a rango de norma fundamental. En cuya consecuencia las legislaciones nacionales han receptado esta noción como una norma que contiene un principio estructurante del ordenamiento jurídico, asimismo se ha erigido en un principio guía-rector de interpretación por parte de toda autoridad en aquellos casos que se encuentren discutidos los derechos de los NNA.

La Corte Nacional respaldada en la doctrina de Cillero Bruñol, M. y Lovera Parmo, D., precisa que “Pensar que el solo reconocimiento de derechos a favor de este grupo humano, supone per se, la concretización del principio de interés superior, resulta peligroso e inexacto, pues el solo reconocimiento de derechos puede alcanzarse con prescindencia del principio, así la propia Convención sobre los derechos del Niño, como la Constitución, y el Código de la Niñez y Adolescencia, reconocen un amplio catálogo de derechos a favor de niños, niñas y adolescentes”. La Resolución estribada en la sentencia T-408 de 1995 de la Corte Constitucional de Colombia, comparte el criterio que el contenido del interés es de “naturaleza real y racional” y merece debida consideración en mérito de las circunstancias individuales de cada niño.

La Resolución hace referencia al marco jurídico constitucional vigente en el Ecuador respecto de la representación legal de los incapaces en el ejercicio y goce de sus derechos, quienes pueden y deben actuar en su nombre y representación, vinculándoles a los efectos que de sus actos deriven, como si hubieran ejecutado ellos mismos y en lo principal resuelve:

“Artículo 1.- En los casos en que la ley exija la presencia de un curador ad litem o especial para proteger los intereses en conflicto del niño, niña o adolescente en juicio, la jueza o el juez de la causa, en providencia de calificación de la demanda dispondrá, que cumplida la citación, se le escuche para que en ejercicio de su derecho opine sobre el curador/a que le represente, señalando día y hora

⁴³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de España Sentencia No. 319/2016 de 13 de mayo 2015 de la Sala Primera de lo Civil, Juez Ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas, en el Recurso 2556/2015.

⁴³⁸ En Ecuador el artículo 180 del COFJ dispone que es función del Pleno de la Corte Nacional, expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generalmente obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial. Esta Resolución trata sobre la designación de Curador para el pleito a ad-litem, para representar a los NNA, en los procesos para proteger sus derechos.

para el efecto, previo a la convocatoria a cualquier otra audiencia, según el tipo de proceso. La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el juez/a, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los y las adolescentes será obligatoria para el juez/a, a menos que sea manifiestamente perjudicial para sus intereses. Artículo 2.- En los casos en los que el niño, niña o adolescente no pudiere o no quisiere expresarse, la designación la hará el juez/a previa audiencia de parientes o personas hábiles, para cuyo efecto señalará día y hora...”.

Es indudable que en el Ecuador con esta Resolución con fuerza de ley, se consolida obligatoriamente, para decidir sobre la protección de los derechos de los NNA, las autoridades judiciales y administrativas deben considerar su opinión, y en caso de los menores de doce años, en relación con su grado de desarrollo.

3.2.4.3. Jurisprudencia de España sobre el derecho a ser oído.

El derecho a ser oído desde la perspectiva de la Jurisprudencia de España, se analiza desde la obligatoriedad de toda autoridad a respetar y proteger el derecho a ser oído, luego la valoración de ser oído considerando su edad, y visualizar si es vinculante o no su opinión, quiénes intervienen o coadyuvan a que este principio se cumpla, y la oportunidad en el tiempo de que este principio se plasme.

En el transcurso de la investigación encontramos el establecimiento de Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, en relación con el derecho a ser oído que es uno de los derechos que obligatoriamente deben ser respetados y protegidos, y que se encuentra previsto en el artículo 9 Ley Organica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y desarrollado en la jurisprudencia que a continuación se verifica.

En la sentencia 157/2017 de 7 de marzo de la Sala Primera de lo Civil⁴³⁹, en los párrafos 5 y 6 haciendo referencia a la sentencia de 20 de octubre de 2014, determina “5. Cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el Juez de oficio. 6. Al día de hoy se desconoce la opinión del menor, a la que no se ha dado la oportunidad de ser escuchada; opinión que es especialmente relevante en atención a las circunstancias apuntadas de convivencia exclusiva desde los siete años con su padre, y a la edad de la hija”.

De lo referido, se observa que el Tribunal Supremo ordena que los niños deben ser oídos en todos los procedimientos, precisa que el menor debe ser oído aun cuando no exista oposición a la concesión de la guarda o custodia por parte de una de las partes en litigio, lo que justifica la fortaleza de dicho principio y su cumplimiento debido por las autoridades jurisdiccionales.

Se debe considerar la jurisprudencia española fijada en la sentencia 193/2016 de 29 de marzo⁴⁴⁰, al efecto en una controversia de custodia compartida que se valora la

⁴³⁹ Recurso 1874/2016. (2017: 661). En Departamento Jurídico de Sepin Familia y Sucesiones. Biblioteca Pm Line Monografías y Ediciones Digitales.

⁴⁴⁰ Recurso 2392/2014. Ponente José Antonio Seijas Quinta, *Ibid.* p. 695.

opinión del menor de 11 años, al desestimar el recurso de casación argumentado por el padre del menor por aplicación indebida del artículo 92 del Código Civil, artículo 39 de la Constitución Española y artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, el Tribunal señala “Lo que no se entiende es que frente a la sentencia recurrida que valora el interés del menor con expresa atención a la opinión del propio hijo se pretenda un régimen de visitas y comunicaciones del padre con el hijo, bajo la cobertura legal de la guarda y custodia compartida que es prácticamente igual al que la sentencia ha fijado en su favor...”. En consecuencia el Tribunal deja por sentado que es vital en las resoluciones que esté implícito el derecho del menor a que se deba escuchar su voluntad.

De lo analizado hasta el momento, la jurisprudencia española va fijando un eje transversal de la obligación de tener en cuenta la opinión del niño, esta se sustenta en varias sentencias anteriores a las referidas y que es emitida por el mismo Juez Seijas Quintana en el 2014. Al efecto en sentencia 355/2014 de 30 de junio en el Recurso 977/2013, se establece que en los asuntos que le afecten al menor se debe considerar su opinión conforme lo preceptúa el artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se debe oír a los menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio, y en todo caso a los mayores de doce años, y en forma amplia orienta: “...La norma es corolario lógico del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño por la que los Estados Partes garantizan al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecte, tomándose debidamente en consideración sus opiniones en función de la edad y madurez que tenga. Con tal fin, según el precepto, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Se pensaría que siempre la opinión o voluntad del niño es vinculante obligatoriamente para que el Juez conceda lo que él solicita, nada más alejado de la verdad, pues este criterio es ratificado por la propia jurisprudencia referida en líneas anteriores en sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil, 633/2012 de 25 de octubre⁴⁴¹ en un proceso de modificación de medidas de guarda y custodia, luego de la exploración realizada en ambas instancias⁴⁴² “antes de pronunciarse generó la duda de si lo expresado por los menores responde a la voluntad real de cambiar de progenitor custodio, abandonando a su madre, y no a la manipulación por parte de su padre derivada del propio conflicto matrimonial en que no solo están en juego derechos de las partes sino los intereses de los niños directamente afectados por la resolución que se dicte”.

También en el ámbito constitucional español el criterio vertido se respalda en la sentencia constitucional 158/09⁴⁴³, en un caso de divulgación de imágenes de niños en un medio de comunicación, por más que el niño exprese su consentimiento el mismo debe ser considerado en extremo para no afectar sus intereses “En suma para que la captación, reproducción o publicación por fotografía de la imagen de un menor de edad en un medio de comunicación no tenga la consideración de intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen (...) será necesario el consentimiento previo y expreso del

⁴⁴¹ Recurso 2392/2014. (2017: 722). Ponente José Antonio Seijas Quinta, *Ibíd.*

⁴⁴² Juzgado de Primera Instancia N° 85 de Madrid y la Sección 22° de la Audiencia Provincial de Madrid.

⁴⁴³ SANZ CABALLERO, S.; MOLINA NAVARRO, M. (2017: 250).

menor (si tuviere suficiente edad y madurez para prestarlo), o de sus padres o representantes legales (...) si bien incluso ese consentimiento será ineficaz para excluir la lesión del derecho a la propia imagen del menor si la utilización de su imagen en los medios de comunicación puede implicar menoscabo de su honra o reputación o ser contrarias a sus intereses”.

La doctrina respalda lo anterior, al considerar que el derecho a ser oído “si bien es cierto que es un derecho reconocido internacionalmente no es un derecho absoluto e incondicionado, por lo que debe estarse a la madurez efectiva del menor en el momento cronológico del proceso⁴⁴⁴”. Este derecho es recogido por la legislación ecuatoriana en el artículo 60 del CONA al señalar que “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez”, además de que no puede ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión.

En el ámbito procesal ecuatoriano de la niñez y adolescencia también se recalca en forma obligatoria que el Juez debe resolver luego de oír “al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión⁴⁴⁵”, para confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de sus padres, al igual que en los procesos de tenencia y el derecho a visitas. Esta disposición se lo realiza en audiencia reservada a la que asiste únicamente el Juez y el NNA, sin que se eleve acta o resumen de lo dialogado, lo único que se efectúa es una razón de la realización de la diligencia por parte del actuario de la judicatura.

Sin lugar a dudas es importante considerar la opinión del NNA en relación con su edad y madurez, pero también es necesario establecer que a este sentir del niño se integran otras personas que coadyuvan a que este principio se cumpla eficientemente previo auscultación al niño. Así este principio está condicionado a la decisión de terceras personas, no solamente al Juez o Tribunal que resuelve la causa sometida a su conocimiento, en este supuesto sin lugar a dudas reviste importancia el criterio del equipo técnico de los Juzgados en este caso el informe del Psicólogo, como se verifica en la sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil 251/2016 de 13 de abril⁴⁴⁶, en un proceso de modificación de medidas de guarda y custodia del menor, que el Tribunal conoce la resolución recurrida y acuerda la custodia compartida de la menor, “4. El informe de la psicóloga del Juzgado aconsejaba en diciembre de 2010 el sistema de custodia compartida. La psicóloga propuesta por el padre, informa en febrero de 2014 que el sistema de custodia compartida es el más idóneo, en este caso. Ambas profesionales oyeron a la menor e informan sobre la misma”.

La línea jurisprudencial se mantiene en la sentencia 319/ 2016 de 13 de mayo de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo como ponente el Magistrado Arroyo Fiestas⁴⁴⁷. “En la sentencia recurrida se valoran con detenimiento las pruebas practicadas y en especial el informe psicosocial acordado por la propia Audiencia Provincial⁴⁴⁸, en el que consta el deseo de los menores de ver a su padre, las visitas que

⁴⁴⁴ RODA y RODA, D. (2014: 251).

⁴⁴⁵ Artículo 106 del CONA, en relación con el artículo 307 del Código Civil, en caso de divorcio y separación de los padres.

⁴⁴⁶ Recurso 1874/2016. (2017: 686). Departamento Jurídico de Sepin Familia y Sucesiones. Biblioteca Pm Line Monografías y Ediciones Digitales.

⁴⁴⁷ Recurso 2556/2015. (2017: 670). En Departamento Jurídico de Sepin Familia y Sucesiones. Biblioteca Pm Line Monografías y Ediciones Digitales.

⁴⁴⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 30 de junio de 2015, Sección Vigésimosegunda.

se hicieron con anterioridad, que se desarrollaron con normalidad y la conveniencia de mantenerlos⁴⁴⁹”.

En la legislación española la intervención del psicólogo que forma parte de los Equipos Técnicos Psicosociales también llamados Equipos Psicosociales o Gabinetes Psicosociales⁴⁵⁰, integrados por psicólogos y trabajadores sociales. La intervención de estos equipos es importante, y la misma se ha visto “acrecentada a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional 163/2009, donde se avala que la audiencia del menor puede llevarse a cabo mediante la actuación de los Equipos sin que sea necesario que ésta se realice ante el Juzgador, dado que como señala el Tribunal Constitucional aquella no tiene otra finalidad que el Juzgador conozca la opinión el menor, y esto se cumple al remitir los Equipos el informe al Juzgador, en donde se hace constar las opiniones manifestadas por el menor⁴⁵¹”.

En la República del Ecuador se establece la existencia de una oficina técnica “integrada por médicos, psicólogos, trabajadores sociales y más profesionales especializados en el trabajo de la niñez⁴⁵²”, como órgano auxiliar de los Jueces y Juezas de la Niñez y Adolescencia, de las Salas Especializadas de la Corte Provincial y Nacional, y en relación con su actuación la misma está circunscrita a la práctica de los exámenes que les ordenan los jueces y sus informes tendrán valor pericial, que conforme el artículo 222 del COGEP⁴⁵³ el perito “sustentará su informe” frente a las partes procesales y el Juez en la audiencia respectiva, siendo su comparecencia obligatoria.

En esta línea de intervención de terceros, en el Ecuador no existe la intervención de la Fiscalía en asuntos relacionados con la protección de la niñez establecido en el CONA, pues no participa en los procesos de medidas de protección administrativas y judiciales⁴⁵⁴ a favor de los NNA como en la reinserción familiar, alejamiento temporal, custodia de emergencia, adopción, acogimiento familiar e institucional, patria potestad, tenencia, visitas y alimentos. Además no existe norma expresa en el cuerpo normativo que regula el funcionamiento de la Fiscalía General del Estado, como es el Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP)⁴⁵⁵, y que atribuye como función de la Fiscalía el organizar y dirigir el sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, dirigir el sistema de protección de víctimas, testigos y participantes en el proceso penal, y demás que le atribuya la ley, dentro de las cuales como se detalla no está la defensa y protección de los NNA en los procedimientos de familia regidos por el CONA.

⁴⁴⁹ La sentencia de casación es aceptada parcialmente y se dispone que se pueda “instar la modificación del sistema de visitas y comunicaciones desde que consiga el tercer grado y/o la libertad condicional; b) se mantiene la suspensión del ejercicio de la patria potestad, sólo hasta que obtenga la libertad condicional de la totalidad de las condenas”. La sentencia de casación ratifica la argumentación de la Audiencia Provincial, en el sentido de que suspende el ejercicio de la patria potestad por violencia de género, en base del Artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁴⁵⁰ Surgen por primera vez en la Ley de Divorcio, 30/1981, estos equipos son dependientes del Ministerio de Justicia Español y forman parte de los Juzgados de Familia. Existe controversia sobre sus actuaciones, en la medida que la misma no se encuentra regulada en norma jurídica, sin embargo a criterio de Roda y Roda (2014) su actuación se encuentra legitimada y respaldada por sus actuaciones en defensa del interés superior del menor.

⁴⁵¹ RODA y RODA, D. (2014: 237).

⁴⁵² Artículo 260 del CONA.

⁴⁵³ Publicado en el Registro Oficial, Suplemento N° 506 de 22 de mayo de 2015, con vigencia plena a partir de 23 de mayo de 2016 en mérito de la Disposición Transitoria Segunda.

⁴⁵⁴ Artículo 217 del CONA.

⁴⁵⁵ Publicado en el Suplemento del Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014, que entró en vigencia 10 de agosto de 2014.

Al contrario en España, al Fiscal se lo considera como el garante de los derechos de los niños inclusive por sus progenitores en la defensa de los intereses de los NNA en los procesos de familia, con especial énfasis en el involucramiento en las audiencias, así en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se refuerza la intervención del Ministerio Fiscal, ampliando sus actuaciones y que conforme a su propio Estatuto Orgánico le corresponde la protección de los NNA e incapaces que carezcan de representación legal.

Los artículos 3, 6 y 7 de la Ley 50/1981 de 31 de diciembre, en el Estatuto Orgánico del Ministerio Público atribuyen al Fiscal la condición de parte con legitimación propia para “Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y los demás que establezca la ley”. Actuará en representación y defensa del menor para “Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando éste comprometido el interés social o cuando pueda afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”.

En el desarrollo de la aplicación de las normas referidas se encuentra como describe Roda y Roda, D.,⁴⁵⁶ la sentencia del Tribunal Constitucional 17/2006, que fija “la presencia del Ministerio Fiscal en la audiencia de los menores en un proceso judicial no puede ser obviada por el Tribunal, puesto que esto supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, teniendo presente que en los procedimientos matrimoniales y de la familia donde concurren menores, la presencia del Ministerio Fiscal como órgano imparcial y defensor de los derechos del menor, le garantiza el derecho a solicitar la celebración de la audiencia y su intervención efectiva de la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a los menores, para conocer si éstas expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su espera patrimonial y familiar, e interesar en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de menores que estime necesarias”.

De lo investigado es preciso realizar una pregunta, ¿Cabe que en el Ecuador se fortalezca y amplíe la intervención de la Fiscalía General del Estado, en los procesos familiares que permitan implementar la defensa real de los intereses del niño?, Considero que es factible en la medida que la CRE en los artículos 194 y 195, precisa que es un órgano autónomo de la Función Judicial, y tiene como finalidad especial la atención “al interés público”, dentro del cual indudablemente se encuentra la protección a los NNA en el ámbito de sus conflictos familiares, no solamente desde la óptica penal, sino en todas las áreas del derecho en las cuales se pongan en riesgo sus intereses y bienestar. Actualmente no existe disposición legal que le obligue a ello, por ende es necesario que exista una reforma legal para ampliar el espectro de su actuación. La doctrina y la jurisprudencia internacional avala dicha reforma, debiendo la Fiscalía dejar a un lado la comodidad cotidiana que le impide observar que las condiciones sociales en el país han cambiado y que merece un amplio involucramiento en la protección de los NNA.

También el derecho a ser oído debe ser oportuno y no resuelto luego de varios años como se visualiza en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en

⁴⁵⁶ RODA y RODA, D. (2014: 234).

adelante, TEDH) de 11 de octubre de 2016 en la demanda N° 23298/12, de Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesia contra España, la justicia española dictaminó el divorcio en 2007, manteniendo la custodia compartida de las niñas en ese entonces de 11 y 13 años de edad. El padre obtenía un restringido derecho de visita bajo supervisión, la madre recurrió la sentencia ante la Audiencia Provincial de Madrid, los jueces españoles desatendieron las demandas de la mujer y de sus dos hijas, que pedían que las niñas fueran escuchadas durante el proceso de divorcio, la más pequeña pidió que el equipo técnico psicosocial que debía evaluarla grabara las conversaciones, pero existió la negativa de los psicólogos que tampoco escucharon sus argumentos, incluso en el proceso se presentó cartas de los niños relatando su angustia, pero de nada sirvió.

Finalmente la madre recurrió al TEDH con sede en Estrasburgo en 2012, argumentando en el momento de los hechos “una vulneración del artículo 6 del Convenio, a raíz de la negativa del Juez de oír personalmente a las menores y de que las jurisdicciones internas no habían atendido esta petición⁴⁵⁷”, ya que el recurso de amparo formulado por la demandante ante el Tribunal Constitucional en base con las mismas quejas planteadas ante el TEDH fue inadmitido el 19 de octubre de 2011 por carecer de especial transcendencia constitucional⁴⁵⁸.

El TEDH considera que los niños sobre todo si tienen más de 12 años, deben ser escuchados en casos de divorcio como establece la legislación española en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, y de una manera más concreta el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, y condena a España con una indemnización a favor de la madre y sus hijas de 6.400 euros por daño moral y 2.000 de gastos, en la sentencia se desestimó la suma de 24.000 euros que exigía la recurrente.

Se concluye que en la Jurisprudencia de España existe una línea jurisprudencial de que en toda controversia cualquiera que ella fuere se debe obligatoriamente contar con su opinión, además existe una fuerte intervención del Ministerio Público en defensa de los niños y su derecho de ser oído en todos los procesos en los cuales intervenga o se trate de limitar su expresión, la sanción del TEDH en contra de España avala lo expresado.

3.3. DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR

En el ámbito desarrollado respecto al derecho de “menores⁴⁵⁹”, la denominada “doctrina de la situación irregular” puede ser calificada como diversa. Esta doctrina se ha destacado por la dificultad para establecer una clara definición, ya que la influencia y desarrollo de la misma ha estado enmarcada en la ideología hegemónica de la compresión-represión, a través de la cual se ha llegado a establecer algunos puntos de vista hacia los NNA, caracterizados por la uniformidad y que para algunos han resultado ser algo preocupantes⁴⁶⁰. En el marco de criterios emergidos respecto a la doctrina de la situación irregular esta ha sido identificada como:

“En realidad de una doctrina jurídica que poco tiene de doctrina y nada de

⁴⁵⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Procedimiento 3*. En línea: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428099141?blobheader=application/>. Fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017.

⁴⁵⁸ *Ibíd.* párrafo 16.

⁴⁵⁹ En este párrafo en el desarrollo de la situación de la doctrina de la situación irregular se utiliza el término menor para referirse a los niños, niñas y adolescentes.

⁴⁶⁰ GARCÍA MÉNDEZ, E. (1994: 5).

jurídica; si por jurídico entendemos reglas claras y preestablecidas de cumplimiento obligatorio para los destinatarios y para aquellos responsables por su aplicación. Esta doctrina constituye en realidad una colcha de retazos del sentido común, que el destino elevó a categoría jurídica”.

El desarrollo de acciones intervencionistas por parte del Estado hacia aquellos sujetos que presentaban características vulnerables en la sociedad, a los cuales se les denominó “sujetos en situación irregular”. En dicho caso los NNA que han sido víctimas de abusos, maltratos, así como la materialización de infracciones penales, se transformaron en potenciales individuos a los cuales les consideraba en situación irregular.

Conforme a ello fue implementada por varios años una política paternalista y a su vez excluyente denominada “doctrina de la situación irregular”, por medio de la cual se llegó a asumir que todos los NNA que estén en una situación de peligro, el Estado tenía la obligación de instaurar un sistema general, a través del cual fueron separados de su familia, de la comunidad, de la sociedad y reclusos en centros “especializados”, que no poseían un sistema o metodología adecuada para ejecutar el tratamiento necesario.

Este paradigma de la situación irregular les otorgaba a los NNA un tratamiento donde eran posicionados como personas incapaces, inmaduras, objetos de abordaje e incluso intervención. Un ejemplo de ello resultó ser el “patronato argentino”⁴⁶¹, cuya normativa respondía a un modelo tutelar en el que el Estado actuaba como el patrón, dotado de una total potestad de disposición respecto a la vida de los menores de edad, este accionar será sobre aquellos más vulnerados, mediante el mecanismo de guarda y cuidado. En estas situaciones el Juez de menores se convierte en un depositario de este tipo de facultades, por medio de las cual llega a brindar una respuesta judicial.

En lo que respecta a la gestación de la doctrina de la situación irregular, específicamente en Latinoamérica, esta tiene sus inicios en la primera década del siglo XX con la aprobación de las primeras normas legales en materia de infancia, ejemplo es la norma argentina de 1919, y el Código del Menor aprobado en 1939 en la nación venezolana. Este tipo de leyes tienen su origen en la necesidad de ejecutar cierta respuesta para la resolución de los casos vinculados a los menores de edad, en los cuales podían ser acusados de delitos y el tratamiento recibido era semejante al de una persona adulta, la única diferencia era la aplicación de una sanción menor a aquella pena establecida en la ley penal.

Este proceso en Latinoamérica, acorde a las consideraciones emitidas por García Méndez, con sus excepciones y especificidades, resultó ser consecuencia de un proceso mayor cuyos inicios fueron en los Estados Unidos de Norteamérica a finales del siglo XIX, que tuvo fuertes repercusiones en el territorio de Europa Occidental en los comienzos del siglo XX. Conforme a ello la promulgación de la normativa en materia de menores de edad estuvo relacionada a un dilema crucial: “(...) satisfacer simultáneamente el discurso de la piedad asistencial junto a las exigencias más urgentes de orden y control social”⁴⁶². En este sentido organismos internacionales como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) se han pronunciado sobre la doctrina de la situación irregular, y al respecto han llegado a señalar que:

⁴⁶¹ Ley 10903 de 1919 de Patronato de Menores de Argentina.

⁴⁶² SIMON CAMPAÑA, F. (2010: 165). El autor toma como referencia el estudio realizado por Emilio García Méndez.

“Esta doctrina cuyo mayor mérito propagandístico consiste en haber obtenido tal denominación, sin poseer ninguna de las características mínimas para ser considerada como tal, consiste en realidad en un magma ideológico representativo de un sentido común jurídico, que nada tiene de jurídico y muy poco de sentido. La doctrina de la situación irregular, confunde (activa e intencionalmente) la protección de una categoría de sujetos débiles con la legitimación de formas irrestrictas de intervención coactiva sobre los mismos⁴⁶³”.

Hay que mencionar además que a partir del análisis realizado por Simón Campaña, estable algunos rasgos particulares de la doctrina de la situación irregular⁴⁶⁴ tales como:

1. Consideración de los niños y niñas exclusivamente como objeto de protección.
2. Establecimiento de una legislación exclusiva para un sector de la infancia y la adolescencia, en la que se encuentran confundidos los que han sido víctimas de violación de sus derechos, con los que han infringido o se les acusa por violaciones a la ley penal.
3. Una institucionalidad tutelar en la que sobresale el papel de los tribunales de menores.
4. Existencia de medidas de protección que privilegian el internamiento institucional, eufemismo para referirse a la privación de la libertad.

De modo que se puede sintetizar, que la doctrina de la situación irregular se vincula a la concepción de que los NNA constituyen objetos de protección. Dicho enfoque puede ser tomado en cuenta a partir de dos perspectivas la teórica y la práctica. Desde una perspectiva teórica, el modelo aplicado por esta doctrina responde a un modelo asistencialista, donde la protección tiene como base políticas sociales con recursos limitados y concentrados en cuestiones negativas de la niñez, por ejemplo: la pobreza, ignorancia, abandono, maltrato y delincuencia, por lo que no se llegan a abarcar las potencialidades inherentes al menor de edad. En el caso de la perspectiva práctica, este modelo asistencialista resulta ser principalmente dativo y no constructivo, donde la preocupación radica en necesidades materiales y no son tomadas en cuenta las necesidades afectivas que llegan a ser vitales para el desarrollo pleno de la personalidad del menor de edad.

Esta doctrina se convirtió en tema de controversias por su marcada afectación a los derechos fundamentales de los menores de edad, por lo que ante este panorama comienza el desarrollo de otra doctrina denominada como “doctrina de la protección integral”, cuyo surgimiento no fue espontáneo, sino que “es el resultado de un amplio movimiento social a favor de los derechos de los niños y de las reformas de los derechos de la infancia que se llevaron a cabo en América Latina y Europa⁴⁶⁵”.

⁴⁶³ UNICEF. (2011: 84).

⁴⁶⁴ SIMÓN CAMPAÑA, F. (2010: 175).

⁴⁶⁵ BARATTA, A. (1998: 42).

3.3.1. Características

El desarrollo histórico de la doctrina de la situación irregular tuvo una amplia adhesión, cuyas bases se manifestaron en la presencia de un modelo ideológico y de Estado. Sus consideraciones aceleradas giraron en torno a la defensa de la peligrosidad como un elemento constitutivo de aquellos grupos vulnerables y con carencias, donde el Estado debía ejecutar acciones rápidas que brindaran la posibilidad de poder recuperar a aquellos individuos menores de edad, que estaban expuestos a situaciones de peligro que abarcaba un riesgo moral y un riesgo material.

Las acciones desarrolladas bajo los preceptos de esta doctrina estuvieron enmarcadas en una política asistencialista, donde predominó una limitada capacidad de captar la realidad existente en torno al menor de edad y un elevado tratamiento discriminatorio. De esta forma se pueden apreciar características resaltantes que identificaron a la doctrina de la situación irregular, y que a continuación serán analizadas a modo general:

3.3.1.1. La discriminación

Como una de las principales características de la doctrina de la situación irregular, se encuentra el desarrollo y materialización de distinciones en relación con la categoría social “infancia”. Existió además un tratamiento indistinto a cada grupo social, que estuvo motivado por la propia división imperante en las autoridades encargadas de brindar una protección a los menores de edad.

Los cimientos de estas diferencias se relacionan en mayor o menor medida con las necesidades y problemas existentes entre los diversos grupos de niños. La práctica negativa de la doctrina de la situación irregular, recae en el desarrollo de una expresión clasista en la sociedad y específicamente en los menores de edad. El establecimiento de este tratamiento diferenciado estuvo enmarcado entre niños excluidos e incluidos en el ámbito social. Algunos autores al respecto han expresado lo siguiente:

“La doctrina de la situación irregular es la doctrina de las dos niñeces y de las dos adolescencias. La doctrina de la situación irregular no se dirige a todos los niños, pero sí a una parte de los niños, que son los niños carentes, los niños abandonados, los niños inadaptados, los niños infractores. Tampoco trata de todos los derechos; solamente de la protección y de la vigilancia. La protección para los carentes y los abandonados, y la vigilancia y la represión para los inadaptados y los infractores. Entonces, solamente estos niños son objeto de los códigos de menores, basados en la doctrina de la situación irregular⁴⁶⁶”.

En esta afirmación se ratifica como el fundamento principal de esta doctrina la discriminación, respecto a la cual se construyó una especie de fundamentación en el marco de las normas legales, es decir, se confeccionaron cuerpos jurídicos, preceptos legales totalmente fuera de toda lógica, y contradictorios del principio de la igualdad inherente a los derechos humanos.

⁴⁶⁶ GOMES DA COSTA, A. (1995: 172).

3.3.1.2. La judicialización

Cuando se hace referencia al término “judicialización” en un marco social, este se relaciona con los conflictos que poseen una inaudita naturaleza jurídica, y que pueden llegar a ser tratados de manera arbitraria por parte de aquellos órganos que ostentan cierta competencia en el engranaje de los poderes judiciales. Estos conflictos sociales que llegaron a ser contemplados como situaciones a resolver dentro del engranaje estatal, fueron canalizadas a través de la aprobación de políticas públicas, y por la vía legal fueron aplicadas resoluciones arbitrarias, donde para ello se destacó la figura de la judicialización de los problemas sociales.

Es así que la doctrina de la situación irregular dividió la infancia en categorías sociales⁴⁶⁷ de la siguiente forma:

- a. En primer lugar, están los niños que son aquellos que cuentan con sus necesidades satisfechas así como sus derechos. Los niños no poseen problemas o carencias de índole social, esto significa que pertenecen a una categoría social con privilegios.
- b. En segundo lugar, están los menores de edad considerados como aquellos excluidos del marco de acción de la justicia social y del respeto de los derechos humanos elementales, por ejemplo: educación, salud, familia, entre otros.

En relación con esta distinción y formulación de categorías sociales en esta doctrina algunos autores se han referido a ellas como “los niños no son todos los que están, ni están todos los que son⁴⁶⁸”. Esta frase evidencia una marcada contradicción, ya que no se llegan a otorgar derechos a gran cantidad de menores de edad, es decir, a los que son incluidos se les denomina niños y los excluidos son catalogados como menores. Conforme a esto, los menores ostentan una incapacidad social que resulta ser un factor suficiente para que el Estado intervenga por medio de su tutela.

Esta concepción se aleja de tratar de entender las causas que generan las diferencias sociales, desde una percepción estructural en el interior de la categoría “infancia”. La doctrina de la situación irregular de una forma superficial manifiesta una incapacidad del menor producto de carencias sociales, y para determinar esto se conformó una especie de catálogo compuesto por situaciones y hechos posibles con un carácter social, y cuya competencia y conocimiento corresponde a órganos de la administración de justicia. Estos hechos sociales⁴⁶⁹ se supeditan a lo siguiente:

- a. Los menores de edad abandonados material y moralmente. En este caso se identifican los menores de edad que no poseen una vivienda certera, que no pueden acceder a los centros educativos, que no tienen un afecto por parte de los progenitores, y demás situaciones donde se demuestre la falta de respaldo económico y afectivo.

⁴⁶⁷ BARATTA, A. (1998: 51 y 52).

⁴⁶⁸ GARCÍA MÉNDEZ, E. (1996: 6).

⁴⁶⁹ UNICEF. (2007: 87 y 88).

- b. Los menores que presentan una situación de peligro. Esto implica que los menores de edad poseen un riesgo en su salud física y mental.

3.3.1.3. La discrecionalidad

Para la doctrina de la situación irregular, los hechos sociales relacionados con los menores de edad son identificados como enunciativos, lo cual provoca que los órganos de administración de justicia tengan una facultad ilimitada de aprobar cualquier tipología social ante situaciones de abandono o peligro para el niño, y esto implica también, cualquier situación de irregularidad. Esta libre discrecionalidad de los órganos judiciales constituye otro de los elementos que identifican a la tutela de ese menor de edad, donde un hecho social inimaginable puede transformarse en causa judicial. Esto significa que el Juez tiene un poder discrecional libre, que le permite calificar cualquier circunstancia como un factor que influye directamente en una situación de abandono y peligro para el menor de edad⁴⁷⁰.

En aquellos procesos judiciales donde se declara que el menor de edad posee una situación de irregularidad, la libre discrecionalidad puede resultar contradictoria. Esto se manifiesta en que debido al amplio poder jurisdiccional, el Juez puede convertirse en parte dentro del proceso, ya que podría llegar a evacuar gran cantidad de pruebas o las que considere pertinentes en relación con la demostración de los hechos que son ventilados. En tal virtud, el menor de edad no posee la facultad de hacer uso de ningún acto procesal que le brinde la posibilidad de oponerse a la causa que le es imputada. Esto refleja que el magistrado se transforma en directa parte interesada en los resultados del proceso judicial, donde el procesado menor de edad, es destinado a cumplir un rol pasivo. Por lo que el proceso judicial bajo los parámetros de la doctrina de la situación irregular está muy alejado de representar un juicio justo.

3.3.2. La impunidad en la justicia correccional de menores y proceso injusto

Bajo los preceptos de la doctrina de la situación irregular el menor de edad inmerso en algún hecho delictivo es considerado como un “infractor”, en otras palabras, son definidos como individuos que han cometido delito según las concepciones recogidas en las normas legales destinadas a sancionar a una persona adulta. Otros estudiosos del tema han catalogado a este infractor menor de edad como una persona que sufrió un abandono material y moral, situación que conllevó a una negación de los derechos fundamentales, y ello generó un estado de peligro, lo que a su vez impulsó que el menor de edad contraviniera lo dispuesto en las leyes, transformando su actuar en un delito⁴⁷¹.

Ante estos hechos y el posterior enfrentamiento del proceso judicial respectivo, el menor de edad bajo los parámetros de su incapacidad legal reconocida por la propia ley, se afecta el derecho al debido proceso. Para la doctrina de la situación irregular el menor de edad implicado en un hecho delictivo, donde se evidencien condiciones de

⁴⁷⁰ HERRERA, M. (2015: 75 y 77).

⁴⁷¹ GOMES DA COSTA, A. (1995: 174 y 175).

adversidad, ya sean sociales o personales, será tratado como culpable⁴⁷².

Esta peculiar justicia correccional en la doctrina de la situación irregular, refleja el trato injusto hacia los menores de edad, y además afectaciones para la sociedad en general. Las razones⁴⁷³ son las siguientes:

- Esta percepción puede ser catalogada como una violación del principio de legalidad inmerso tanto en el juzgamiento del hecho delictivo como en la imposición de la sanción penal correspondiente. Para la doctrina de la situación irregular no amerita tanta importancia el hecho delictivo en sí, sino lo que trasciende son las condiciones que presenta el menor de edad infractor y su entorno social.
- Se viola uno de los principios fundamentales que identifican si un proceso es justo, en este caso se refiere a que toda persona debe ser considerada inocente hasta que se pruebe lo contrario en la respectiva sentencia judicial y condenatoria. Además es negado el derecho a una defensa justa, la cual no solo se relaciona con la presencia de un abogado, sino que se vincula con el carácter contradictorio de todo proceso judicial, donde el procesado tiene el derecho de poner excepciones a los alegatos, pruebas e informes presentados durante dicho proceso.
- Como parte de las consideraciones emitidas por García Méndez, la definición de acto antisocial unido a la competencia ilimitada del magistrado en los asuntos de los menores de edad, constituyen dos elementos que se complementan, con lo que se contribuye al tratamiento del menor como objeto, tanto como una cuestión de compasión y represión. A palabras exactas de este autor:

“Es posible que, en estricto cumplimiento de la ley, un adolescente generalmente perteneciente a los sectores medios o altos que haya cometido un delito gravísimo y de naturaleza dolosa, no reciba ningún tipo de respuesta por el acto cometido. El hecho de poseer un entorno familiar por lo menos formalmente bien estructurado, la asistencia a una institución educativa, se convierten muchas veces en garantías de impunidad. Por el contrario, es posible que un menor generalmente perteneciente a los sectores más bajos y desprotegidos de la sociedad que haya cometido un hecho banal o de bagatela, o incluso un acto antisocial solo posible de ser establecido en la cabeza de quien lo define, sea institucionalizado (un mero eufemismo para designar a la privación de libertad) por años, ya que desde los parámetros normativos de las leyes basadas en la doctrina de la situación irregular, dicho menor se encontraba en peligro moral o material⁴⁷⁴”.

Lo expuesto orienta un carácter injusto y contradictorio del derecho presente en los sistemas correccionales de menores, bajo los parámetros de la doctrina de la situación irregular.

⁴⁷² RODA y RODA, D. (2014: 219 y 221).

⁴⁷³ COUSO SALAS, J. (2006: 139 y 150).

⁴⁷⁴ GARCÍA MÉNDEZ, E. (1996: 16).

En las situaciones donde el niño se encuentra en un estado de abandono y en las que está sujeto a determinado peligro, así como en el tratamiento que el menor recibe como infractor. La institucionalización se erige como figura a través de la cual se brindará una solución a todos estos conflictos sociales y penales. La legislación desarrollada en la primera mitad del siglo XX brindó un papel protagónico a la privación de la libertad de los menores de edad, reflejado desde la etapa inicial del proceso hasta la emisión de la sentencia definitiva.

La presencia de un carácter segregado de la infancia en el accionar de las autoridades va dirigida como una respuesta para que la sociedad pueda continuar en funcionamiento, y así poder extraer todo peligro social en futuras conductas presentes en las situaciones donde el menor sufre abandono y peligro. El peligro exponencial en esta doctrina, ha sido castigado con una serie de medidas que le otorgan privilegio a la ejecución de una sanción de privación de libertad, específicamente en los supuestos de delitos cometidos por adolescentes, donde la prisión se materializa como uno de los principales recursos aplicados a partir del ejercicio de la jurisdicción y competencia de los jueces de menores⁴⁷⁵. En este accionar también se destaca la presunción de culpabilidad que se convirtió en la base para edificar el sistema correccional de menores.

Las características expuestas de la doctrina de la situación irregular indican una clara división de la infancia, donde los niños que no tienen cubiertos sus derechos elementales están considerados en una situación de irregularidad, y llegan a ser declarados como menores, y por ello con incapacidad para ejercer sus derechos como ciudadanos, y producto de la pobreza a la que se enfrentan.

De las características analizadas se puede arribar a dos conclusiones. La primera es que los niños al no ser considerados ciudadanos con derechos, pueden ser excluidos de las políticas públicas básicas, como segunda conclusión se puede afirmar que se llegó a criminalizar la situación de pobreza que afrontaban gran cantidad de menores de edad.

Esta situación de irregularidad conlleva que el menor pase a ser objeto de la tutela del Estado, y no precisamente para brindarles una adecuada protección como contradictoriamente se recoge en la norma legal, sino que el niño llega a ser reprimido por las carencias que enfrenta, pero fundamentalmente se aplicó una ideología donde debía brindarse una protección a la sociedad por el peligro que estos menores representaban.

Esta tutela del menor por parte del Estado bajo los preceptos de la doctrina de la situación irregular tiene una función oculta, la cual consiste en apropiarse de forma arbitraria de la vida del menor de edad, lo que contribuye a desmoronar a la familia, transformando así su desarrollo, crianza, cuidados y protección. De esta forma se alcanza a esconder bajo este manto de tutela la incapacidad para satisfacer las necesidades básicas del menor de edad, donde por medio de la doctrina de la situación irregular el Estado los institucionaliza.

⁴⁷⁵ SIMON CAMPAÑA, F. (2014: 29 y 31).

3.3.3. Desarrollo de una cultura de la compasión-represión

Para poder alcanzar un mejor entendimiento sobre la doctrina de la situación irregular es necesario hacer una referencia a cómo evolucionó la cultura enfocada a la compasión-represión en torno al menor de edad. Cabe iniciar este análisis con sus orígenes, los cuales datan de finales del siglo XIX y principios del siglo XX en los Estados Unidos de Norteamérica, cuya cultura llega a instalarse y por lo tanto se expande posteriormente a territorio latinoamericano, que a criterio de García Méndez constituyó una “aberración jurídica”⁴⁷⁶. Esta cultura dio paso a la doctrina de la situación irregular, la cual encuentra su principal forma de proceder en la exclusión social y el desarrollo de una dicotomía⁴⁷⁷ perversa dentro de la infancia, estableciéndose bajo parámetros reforzados y legitimados en la ley.

Si se toman en cuenta las diferentes etapas históricas y el desarrollo o apreciación de los niños en ellas, se puede ver que en el medioevo, esta condición de niño no fue diferenciada de la persona adulta, es decir, al menor de edad en este periodo le eran designadas tareas serviles en la misma forma que a una persona adulta. Esta equiparación, entre el menor de edad y la persona adulta, que no fue exclusiva de la etapa del medioevo, pone de manifiesto la naturalidad con la que los derechos fundamentales han sido negados⁴⁷⁸. La violación de los derechos fundamentales, y en este caso específico, bajo los estándares de la doctrina de la situación irregular, ha estado impulsada por la compasión y represión presentes en el actuar de la institucionalidad, lo que generó toda una estrategia en oposición a los principios de la ciudadanía, y con ello surgió una infancia marginada.

En un contexto socioeconómico, Latinoamérica es muy superficial al referirse a tipos de infancia. Respecto a este tema se puede decir que se desarrolló básicamente dos grupos, el primer grupo está representado por una minoría de niños que tenían sus necesidades básicas fuertemente satisfechas, mientras que el segundo grupo evidenció una mayoría de menores de edad con sus necesidades básicas no cubiertas de forma total o parcialmente.

En el marco de la lucha por el reconocimiento de los derechos fundamentales a los NNA, se llevaron a cabo dos hechos principales en la década de los ochenta. El primer hecho estuvo enfocado en el desarrollo de un proceso lento y el establecimiento de una democracia política para el reconocimiento de los derechos fundamentales a la infancia, que tuvo su máxima expresión en la aprobación de la CDN en el año 1989. El segundo hecho estuvo centrado en la lucha de los movimientos sociales vinculados a la infancia, para impulsar cambios positivos a favor de los derechos humanos de los menores de edad.

En el caso de la CDN, se puede señalar que tuvo un determinado impacto positivo en la región latinoamericana. Esto se evidenció en primer lugar a la ruptura radical que hace la CDN en cuanto al nuevo enfoque jurídico que le brinda a la infancia lejos de la esencia de la doctrina de la situación irregular. Es así que la CDN se convirtió en un instrumento decisivo que llegó a establecer y por ende se asumió la categoría infancia-adolescencia como sujetos de derechos. De esta manera la CDN

⁴⁷⁶ GARCÍA MÉNDEZ, E. (1996: 46).

⁴⁷⁷ Los niños que tienen de todo, y los menores que carecen de todo.

⁴⁷⁸ GARCÍA MÉNDEZ, E. (1996: 51 y 52).

promovió la necesidad de trabajar en la protección de los derechos humanos establecidos en el derecho internacional, sin mediar justificaciones simplistas para su efectiva ejecución⁴⁷⁹.

No obstante, las nuevas pretensiones a partir de la promulgación de la CDN, en sus inicios provocó marcadas contradicciones debido a la permanencia de viejas prácticas respecto a la infancia, basadas en la doctrina de la situación irregular, según consideraciones de Emilio García Méndez, se llegó a crear una “situación de esquizofrenia jurídica⁴⁸⁰”, en gran parte de Latinoamérica.

A partir de la CDN surge una nueva doctrina de protección de la infancia que dista enormemente de la anterior, pues se inicia reconociendo al niño como sujeto de derechos que a continuación se profundiza.

3.4. DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

Posterior a toda una década de trabajo por parte de la comunidad internacional y a partir de la aprobación de la CDN, se convierte para los gobiernos y pueblos del mundo en todo un reto político, jurídico y social, con una amplia relevancia universal. Constituye un tratado internacional en materia de derechos humanos que llegó a transformar de una forma radical el camino en la doctrina jurídica, que había sido adoptado en materia de niñez y adolescencia por la mayoría de las legislaciones de los Estados.

En las acciones desarrolladas, no sólo bastó ejecutar el cese del tratamiento diferenciado y segregacionista hacia la infancia como consecuencia de la presencia de una normativa basada en la situación irregular. Tampoco fue suficiente el desarrollo de declaraciones internacionales en materia de derechos, puesto que no conducen a una obligación y cumplimiento por parte de los Estados, cuyas declaraciones en su mayoría están marcadas por una simple formulación de derechos, y constituyen además el reflejo político de determinado momento más que la intencionalidad verdadera de un Estado. Esto significa que al no poseer un carácter imperativo, estas declaraciones llegan a ser ineficaces dentro de los Estados que llegan a suscribirlas.

A pesar de que todas estas acciones no fueron suficientes, en el caso de las declaraciones en materia de los derechos humanos para la niñez y adolescencia se puede afirmar que contribuyeron a configurar antecedentes relacionados con la propia CDN, así como suministros directos para su aplicabilidad. A partir de ello se dio inicio al desarrollo de la doctrina de la protección integral en materia de infancia, la cual tiene fundamentos tales como la dignidad, equidad y justicia social, complementados con otros principios como la no discriminación, prioridad absoluta, solidaridad, interés superior del niño y participación.

Luego de más de medio siglo de hegemonía de la llamada doctrina de la situación irregular empieza un proceso de transformación del tratamiento jurídico dirigido a la infancia, este proceso se inicia en los EEUU con el paradigmático caso Gault⁴⁸¹. En los países latinoamericanos la situación se mantiene inalterada hasta la

⁴⁷⁹ BOBBIO, N. (1990: 50 y 80).

⁴⁸⁰ GARCÍA MÉNDEZ, E. (1996: 51 y 52).

⁴⁸¹ Un chico de 15 años, Gerry Gault, de Arizona, fue acusado en el verano de 1964 de hacer unas llamadas indecentes a una vecina y producto de una investigación en la que no se le informó de ningún derecho, sus padres no

aprobación en las Naciones Unidas de la CDN en 1989. A partir de ese momento se da un continuo proceso de reformas normativas en prácticamente todos los países de la región⁴⁸².

A pesar de no ser cronológicamente el primer texto internacional que se ha creado para la protección de los niños, la CDN ha contribuido decisivamente a consolidar un cuerpo de legislación internacional que ha asumido la denominación de “Doctrina de las Naciones Unidas de Protección Integral de la Infancia”. Con esta denominación nos referimos a cuatro instrumentos básicos:

- a. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.
- b. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing).
- c. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los jóvenes privados de libertad.
- d. Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).

El nuevo marco teórico de la doctrina de la protección integral del niño o multidimensional, propone tratarlo como: sujeto valioso, alguien con derechos a respetar, ciudadano responsable en el contexto social. Concibe al niño como el hombre en formación que debería participar prontamente en el medio que lo contiene⁴⁸³.

La doctrina de la protección integral establece una concepción del niño como sujeto de derechos. Esta concepción rompe con la mirada jurídica social y cultural de apreciar a un niño desde su incapacidad para ser adulto, y propone una visión desde las capacidades, atributos y derechos. En la construcción de este nuevo escenario de la protección integral de derechos, debe existir la preocupación en generar nuevas producciones y creaciones normativas al interior de los sistemas jurídicos nacionales de cada país. Las cuatro bases⁴⁸⁴ de la doctrina de protección integral son:

1. El niño como sujeto de derechos.
2. El derecho a la protección especial.
3. El derecho a condiciones de vida que permitan su desarrollo integral.
4. El principio de la unidad de la familia, la corresponsabilidad de la familia, el Estado y la comunidad en la protección de los derechos del niño.

fueron avisados por la policía (el sheriff del Gila County) de su detención, y otras prácticas similares propias del derecho tutelar, se ordenó su internación en un establecimiento correccional (la Escuela Industrial del Estado hasta los 21 años). Un adulto condenado por el mismo hecho, podría haber sido condenado a una multa de USD 50 o a dos meses de prisión. El Juez Abe Fortas, dijo “El derecho del Estado, como *parens patriae*, a negar al niño derechos procesales disponibles para sus mayores fue elaborado desde la afirmación de que un niño, a diferencia de un adulto, tiene el derecho “no a la libertad sino a la custodia”. En línea:

<http://justiciapenaladolescente3.blogspot.com/2007/05/gault-at-40-los-40-aos-del-caso-gault.html>. Fecha de consulta: 15 de mayo 2017.

⁴⁸² SIMON CAMPAÑA, F. (2014: 29 y 31).

⁴⁸³ GONZÁLEZ DEL SOLAR, J. (2005: 74).

⁴⁸⁴ SIMON CAMPAÑA, F. (2008: 179), refiriéndose a Daniel O’ Donnell, en la doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en la relación a la familia.

La doctrina instaura un enfoque de derechos que supera la perspectiva de necesidades, esta nueva condición jurídica genera a la familia, sociedad y Estado la obligación de que los derechos de los niños sean respetados, protegidos y promovidos.

3.4.1. Bases conceptuales y características

En el caso de las bases que sustentan la doctrina de la protección integral, se evidencia la búsqueda de la proyección general del menor de edad, es decir, considerarlos como entes que poseen un carácter ético, y que deben tener las condiciones necesarias para el desarrollo cabal de su personalidad, acompañado de la propia evolución de sus respectivas potencialidades⁴⁸⁵. Esta concepción denota como objetivo final de la protección integral, una especie de acción dirigida a un grupo social determinado en este caso los NNA, que conlleve el desarrollo de medidas para establecer derechos fundamentales.

A partir de estas consideraciones y tomando en cuenta las bases de la protección integral, esta doctrina puede ser considerada como una serie de políticas, acciones, programas y planes, que surgen a partir de la labor desempeñada por el Estado, unido a la participación activa de la familia y la sociedad en general, con el fin de poder garantizar que todos los NNA hasta los dieciocho años, disfruten de una forma efectiva y sin mediar conductas discriminatorias de derechos humanos principales como la supervivencia, el desarrollo y la participación. Al mismo tiempo deberán ser atendidas aquellas situaciones especiales en las que algunos niños se encuentran, y donde existe la posibilidad de que sus derechos hayan sido vulnerados.

Lo señalado refleja una clara diferencia entre las políticas públicas con un carácter universal cuyo propósito es generar condiciones sociales, culturales y económicas y de otra índole para todos los niños en el marco de sus derechos individuales y colectivos, con aquellas políticas consideradas especiales y que han sido destinadas para la atención de ciertas circunstancias que traen aparejadas situaciones de vulnerabilidad también relacionadas con los NNA. En cuanto a las primeras políticas estas llegan a generar un disfrute universal de los derechos fundamentales, mientras que las políticas especiales solo protegen en el marco de las violaciones a los derechos humanos de un niño, es decir, para liberar a los NNA vulnerables, de afecciones que pueden ser de carácter social, o económico.

3.4.2. Tránsito de la doctrina de la situación irregular hacia la de la protección integral en la República del Ecuador

Solo el transcurso de los años y el trabajo constante han permitido la conformación de duras críticas hacia viejas formas de atención a la infancia, y la conformación de una filosofía social que descansa en la doctrina de la protección integral de los derechos de niños y adolescentes. Se abre paso a un sistema integral de garantías, y se elimina el sistema tutelar de la doctrina de la situación irregular.

En la siguiente tabla se pueden apreciar las principales diferencias entre ambas doctrinas:

⁴⁸⁵ TEJEIRO LÓPEZ, C. (1998: 32).

Tabla 7. Tránsito hacia la doctrina de la protección integral.

N°	DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR	DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL
1.	Solo contempla a los NNA en estado de vulnerabilidad, a los cuales se les denomina “menores”, con lo que se intentó brindar una solución a aquellas situaciones críticas por las que atravesaban, y para ello se ejecutaba una respuesta meramente judicial.	La infancia es considerada una sola, por lo que su protección se expresa en la exigencia de formular políticas básicas y universales para todos los niños.
2.	El niño o “menor”, a quien las leyes van dirigidas no es considerado titular de derechos, sino un simple objeto de abordaje por parte de la justicia.	El niño, no obstante a su realidad económica y social, es tratado como sujeto de derechos, por lo que el respeto de los derechos debe ser garantizado por el Estado.
3.	La intervención del Juez es basada en un criterio de que existe peligro material o moral, cuya terminología no llega a ser definida, por lo que se brinda una potestad de disposición sobre el niño donde se toma la medida que se crea conveniente y con una duración indeterminada.	La intervención del Juez está sujeta solo a problemas jurídicos y los conflictos con la norma penal. El Juez no tiene la potestad de aplicar cualquier medida y en el caso de ejecutar alguna, esta tendrá una duración determinada.
4.	El Estado interviene a raíz de problemas económicos y sociales que el niño atraviesa, y se destaca la figura del patronato ejercido por el sistema judicial. Esto significa la actuación del Estado como un “patrón que dispone de su vida”.	El Estado no actúa como patrón, sino que desarrolla un papel de promotor para el bienestar de los niños. Su intervención está sujeta a políticas sociales planificadas en las que se cuenta con la participación de los niños.
5.	El sistema judicial contempla los problemas asistenciales y jurídicos, ya sean civiles o penales, por medio de la figura del Juez de menores.	El sistema jurídico enfrenta los problemas con jueces distintos. Es decir, existen jueces para asuntos civiles (adopción, guarda y cuidado, entre otros) y jueces para cuestiones penales. En el caso de los asuntos asistenciales estos son competencia de organismos descentralizados que laboran a nivel de localidades, y su composición es multisectorial.
6.	Se considera abandono no solo la carencia de padres, sino además aquellas situaciones provocadas por la pobreza presente en el seno familiar. Esto brinda la posibilidad de que el menor sea separado de su familia.	La situación económico-social del menor nunca podrá ser una causa que genere la separación del niño y su familia. No obstante, significa una alerta que impulsa a otorgar ayuda a la familia, por ejemplo los programas de salud, vivienda y educación.
7.	El Juez tiene la potestad de decidir el destino del menor que se encuentre en dificultades, donde no existe la posibilidad de que el menor sea escuchado, y sin tomar en cuenta la voluntad de los padres.	El niño que presente dificultades no es competencia de la justicia. Existen organismos especializados que son los encargados de escuchar al niño y brindarle una protección especial. Además, deben oír a los padres para así incluir a la familia en el grupo de apoyo.

N°	DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR	DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL
8.	El menor puede ser privado de la libertad por tiempo indefinido y así restringir sus derechos simplemente por la situación socioeconómica que presenta. Esto permite acogerse a la existencia de un peligro moral o material.	Se puede privar de la libertad a un niño o restringir sus derechos solo en aquellos supuestos en que ha sido materializada una infracción grave y reiteradamente, acorde a los parámetros de la norma penal.
9.	El menor cuando comete un delito no tiene la posibilidad de ser oído y tampoco tiene el derecho a la defensa, además de que en los casos que llega a ser declarado inocente puede ser privado de la libertad.	El Juez tiene la obligación de escuchar al niño que ha cometido un hecho delictivo. El niño tiene el derecho a contar con un defensor y ser juzgado bajo los estándares del debido proceso, lo que incluye todas las garantías procesales, además que el niño no puede ser privado de la libertad en el caso de que no sea declarado culpable.
10.	El menor autor de un hecho delictivo y el menor víctima de un delito llegan a recibir un trato igual.	El niño que ha sido víctima de un delito no puede ser objeto de tratamiento judicial. La justicia no puede llegar a victimizar posteriormente a la víctima, sino que se debe proceder contra el victimario.

Fuente: UNICEF. Elaboración del autor.

Se concluye que el niño en la actualidad teniendo como cimiento la Doctrina de la Protección Integral, es tratado como sujeto de derechos, y para su protección se exige la formulación de normativa jurídica que recoja los estándares mínimos de protección previstos en la CDN, y adopten políticas públicas básicas y universales para todos los niños, que a continuación se indagará en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO IV. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA INFANCIA EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

4.1. POLÍTICAS PÚBLICAS Y PLANIFICACIÓN DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ

Las políticas públicas son concebidas como todas las decisiones y medidas que el gobierno de un país realiza para solucionar los problemas públicos, que son considerados urgentes resolver⁴⁸⁶. No solo se discute el problema, sino cómo se resolverá y si existe participación de varios actores, los ciudadanos y el Estado. Es un proceso que conlleva etapas bien definidas, y siempre tienen una finalidad pública⁴⁸⁷.

Estas acciones hacen que el Gobierno logre eficazmente sus objetivos. Al respecto Corzo indica que existen 4 supuestos: “el interés público, la racionalidad, la efectividad y la inclusión (...) a través del uso racional de los recursos públicos, la focalización de la gestión gubernamental (...) y la incorporación de la participación ciudadana⁴⁸⁸”.

Al ser un proceso conlleva la delimitación de etapas progresivas, como son el diagnóstico, la realización de los proyectos y la ejecución, permitiendo que de la formulación de las políticas públicas se desprenda la realidad social, determinada por un diagnóstico eficaz y objetivo encaminada a erradicar la dificultad. Para ello es necesario la utilización de diversas técnicas de análisis, investigativas y de decisiones.

En suma, las políticas sociales básicas son aquellas a las que todos tienen derecho de acceder sin importar la condición socioeconómica, en virtud de la exigencia de protección de derechos. En el sector público se dividen en dos, la gubernamental, en donde existe una organización no solo política, sino también administrativa y jurídica, controlando los ámbitos de la sociedad, la segunda se desenvuelve en el sector público no gubernamental, en la cual los particulares se desarrollan en el sector privado creando Organizaciones no Gubernamentales (ONG), y participando en los debates públicos. Es decir, que dichas decisiones no son exclusivamente asumidas por los gobiernos, sino además son abordados por las comunidades mediante diversas figuras jurídicas.

En este sentido, la Función Ejecutiva de la República de Ecuador tiene la obligación de dictar las medidas necesarias en el marco constitucional, para resolver los problemas públicos que se presenten dentro del territorio ecuatoriano, pero que permita la participación de la comunidad organizada.

Al efecto, el numeral 3 del artículo 147 de la CRE, al establecer las atribuciones y los deberes del Presidente de la República, indica que no solo le corresponde definir las, sino también dirigir las. Adicionalmente, el numeral 1 del artículo 154 de la precitada norma, instituye que a los Ministros de Estado, les corresponde ejercer la rectoría de esas políticas del área a su cargo y dictar las resoluciones administrativas que necesiten a tales efectos.

⁴⁸⁶ BAÑÓN, R.; CASTILLO, E. (1997: 2).

⁴⁸⁷ AGUILAR, A.; LIMA, F. En línea: www.eumed.net/rev/cccss/05/aalf.htm. Fecha de consulta: 6 de enero de 2018.

⁴⁸⁸ CORZO, J. En línea: <https://www.iexe.edu.mx/blog/que-son-las-politicas-publicas.html>. Fecha de consulta: 6 de enero de 2018.

También, el numeral 6 del artículo 261 de la Carta Magna, exterioriza que el Estado central tendrá competencias exclusivas de dictar las políticas de educación, concatenado con el numeral 4 del artículo 380, que establece la responsabilidad de formular políticas e implementar maneras de enseñanzas, para el desarrollo de la vocación artística y creativa de las personas de todas las edades, con prioridad a los NNA.

Dada la temática de la niñez, es necesario realizar un breve análisis comparativo de la implementación de las políticas públicas en España y Colombia, se indaga específicamente sobre la articulación de las políticas públicas de la infancia desde los ámbitos: legales, de protección, y de gestión, considerando que en “...general, las políticas públicas a favor de la infancia pueden ser articuladas de muy diversas maneras y, según Esping-Andersen (1999), habitualmente las políticas elegidas dependen de la tipología del Estado de Bienestar en el que se integra cada país, reflejando sus prioridades de intervención pública de protección a la infancia⁴⁸⁹” y de acuerdo con la clasificación de los autores “en los países desarrollados existen cuatro modelos distintos de “estados del bienestar”: el liberal, el conservador, el socialdemócrata, y el mediterráneo o familiar⁴⁹⁰”.

España según Cantón Sánchez y Ayala Cañon (2014) estaría incluida en el Estado de Bienestar Mediterráneo o Familiar, junto con otros países como Italia, Portugal y Grecia, “estos sistemas se distinguen del resto por tener un estado del bienestar menos desarrollado, lo que implica que el papel de protección de la familia ante las adversidades vitales relacionadas con la vejez, el desempleo y el cuidado de los hijos, sea mucho más importante”. Esta importancia se ve reflejada sin duda en la implementación de las políticas públicas en España, cimentadas en lo establecido por la Constitución Española de 1978, la CDN a partir de su ratificación⁴⁹¹, y en las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 2010.

Teniendo como antecedentes: la modificación del estatus de los niños a través de la disposición constitucional de España en el artículo 14, la igualdad ante la ley y la no discriminación por razón de nacimiento, el derecho a la educación con la profunda reforma de 1982 y la correspondiente Ley Orgánica del Derecho a la Educación de 1985, la Ley General de Sanidad de 1986 que prioriza la universalización de la asistencia sanitaria, y la creación de un sistema público de servicios sociales⁴⁹². En consecuencia del mandato constitucional previsto en el artículo 148.1, surgen tres líneas fundamentales que debe contener la política pública para la infancia en España.

En el ámbito legal se debe "introducir una visión transversal (una “lectura” o mainstreaming de infancia) en todas las normas que directa o indirectamente, puedan afectar a su bienestar. En el contorno de la protección social: contar con presupuestos de infancia diferenciados y suficientemente dotados, en los diferentes niveles de gobierno

⁴⁸⁹ En las Políticas Públicas y la Infancia en España: Evolución, Impactos y Percepciones. Unicef. España. En línea: [https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/Políticas Infancia Espana UNICEF 2011.pdf](https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/Políticas%20Infancia%20Espana%20UNICEF%202011.pdf). Fecha de consulta: 6 de enero 2018.

⁴⁹⁰ En Políticas Públicas para reducir la pobreza infantil en España, Análisis de Impacto. Unicef 2014. En línea: https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/unicef_politicas_para_reducir_pobreza_infantil_espana_baja.pdf. Fecha de consulta: 6 de enero de 2018. Se recomienda visualizar éste estudio profundo sobre la situación económica de la infancia en España, sus políticas públicas y la pobreza infantil, y las posibles reformas de las prestaciones monetarias para reducir la pobreza infantil, desde el análisis del impacto económico.

⁴⁹¹ Diciembre de 1990.

⁴⁹² Cuyo análisis será profundizado en el capítulo quinto de la investigación como fuente de referencia del sistema de protección para la niñez y adolescencia en Ecuador.

del Estado. En consecuencia tendría que partir de la definición del “paquete mínimo de beneficios para los niños e ir estableciendo plazos para completarlo a través de planes con metas bien definidas y cuantificadas. En el ámbito de la gestión pública: lograr una efectiva coordinación interterritorial y con la administración central que permita superar los defectos que se vienen arrastrando en el sistema público⁴⁹³”.

Considerando este análisis realizado por UNICEF en España en 2011, en analogía a las políticas públicas de la infancia, corresponde confrontar si en efecto se cumple los parámetros sugeridos. Examinado el II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016 de España⁴⁹⁴ (II PENIA) aprobado por Acuerdo de Ministros de 5 de abril de 2013, se encuentra en el ámbito normativo que el II PENIA, se respalda en los principios normativos de la CDN como el interés superior del niño, el de no discriminación, el derecho fundamental del niño a la vida y su desarrollo, el derecho a la educación y el principio de participación⁴⁹⁵.

En el ámbito de respaldo presupuestario para las políticas, en el Plan se realiza una estimación presupuestaria para el cumplimiento de los objetivos estratégicos que involucra necesariamente la gestión pública y privada. El Plan se sustenta en ocho objetivos: “1. Promover el conocimiento de la infancia y adolescencia, sensibilizar a la población general y movilizar a los agentes sociales; 2. Apoyo a las familias; 3. Medios y Tecnologías de comunicación; 4. Protección e inclusión social; 5. Prevención y rehabilitación ante situaciones de conflicto social; 6. Educación de calidad; 7. Salud Integral; 8. Participación y empleo⁴⁹⁶”. Los costes estimados para la vigencia del II PENIA es de 5.159.076,43 euros, pero su desarrollo queda supeditado a las disponibilidades presupuestarias y al cumplimiento de los objetivos.

El cumplimiento o no de la asignación de recursos para el acatamiento de los objetivos trazados, lo realiza el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en su informe provisional de 2018 efectuado a España, donde también refleja su preocupación por “niños refugiados y solicitantes de asilo y niños extranjeros⁴⁹⁷”, que dada la circunstancias mundiales migratorias de la actualidad tienen relevancia en todo el mundo y en relación con España, ya UNICEF en el ámbito de las políticas públicas advertía en el 2011 que “Unas políticas públicas orientadas a la integración de los niños de origen extranjero de forma respetuosa con sus derechos reconocidos universalmente, deberían poner el foco especialmente en los problemas que ellos sufren, antes que, o no solo, en la extrañeza que causa su presencia⁴⁹⁸”. Que sin lugar a dudas en el Ecuador deberá considerarse en mérito de la migración fuerte de familias venezolanas y colombianas por la abrumadora situación económica y conflictos armados que

⁴⁹³ En las Políticas Públicas y la Infancia en España: Evolución, Impactos y Percepciones. Unicef. España. En línea: https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/Políticas_Infancia_Espana_UNICEF_2011.pdf. Fecha de consulta: 6 de enero 2018.

⁴⁹⁴ El I PENIA (2006-2009) coadyuvo al fortalecimiento de la protección de la infancia y adolescencia en España, que no se lo analiza dado que el II PENIA (2013-2016) nos permite conocer con criterios de actualidad la situación de las políticas públicas en el país Ibérico.

⁴⁹⁵ Estos principios serán desarrollados en el presente capítulo al tratar sobre los principios en relación a las políticas públicas de la niñez, ya que los principios a profundidad se analizaron en el capítulo tres.

⁴⁹⁶ II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016 de España. pp. 33-68.

⁴⁹⁷ Para mayor conocimiento sobre este informe se lo encuentra en línea:

<https://www.unicef.es/publicacion/observaciones-finales-del-comite-de-los-derechos-del-nino-espana-2018>. Fecha de consulta: 7 de enero de 2018.

⁴⁹⁸ En las Políticas Públicas y la Infancia en España: Evolución, Impactos y Percepciones. UNICEF. España. p. 26. En línea: https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/Políticas_Infancia_Espana_UNICEF_2011.pdf. Fecha de Consulta: 7 de enero 2018.

respectivamente afectan a dichos países.

Es trascendente indagar sobre las políticas públicas en Colombia y la misma surge como respuesta a un “proceso de movilización social, generado a partir de la necesidad de retomar y dar un nuevo significado a la temática de oportunidades efectivas de desarrollo de la primera infancia⁴⁹⁹”, en efecto en el año 2002 en la Alianza por la Política Pública de Infancia y Adolescencia participan instituciones públicas y privadas⁵⁰⁰ consagradas al tratamiento y protección de la infancia. En lo concerniente al soporte de las políticas públicas en Colombia se sustentan en principios de la protección integral fijados en la Constitución Política de 1991 promulgada en la Gaceta Constitucional número 114 de 4 de julio de 1991, y en la Ley 1098 de 8 noviembre de 2006, mediante la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia y en su Sistema de Protección Social⁵⁰¹. Es decir, al igual que España la política pública en Colombia se sustenta en principios primordiales de protección de la infancia desplegada en el ámbito constitucional y legal.

En Colombia la implementación del fortalecimiento de la política pública se fundamenta en la familia como eje central, atendiendo que “La intervención en la familia debe tener en cuenta que las acciones en sus miembros individualmente considerados, tiene impacto en la estructura y funciones de la misma”, bajo una configuración de derechos y atención integral que “ubica a los niños y a las niñas como sujetos titulares de derechos y pone sus derechos por encima de los del resto de la sociedad”, en un marco de equidad e inclusión social, considerando con vital importancia la diversidad cultural bajo el principio de la corresponsabilidad, y de la integralidad que “se fundamenta en la necesidad de combinar estrategias que garanticen los derechos de supervivencia, con aquellas que privilegien la garantía de los derechos de desarrollo, de protección y de participación”.

En consideración de los referido, en Colombia se han implementado varios Planes Nacionales referentes a la infancia: el Plan Nacional para Supervivencia y el Desarrollo Infantil de 1985 SUPERVIVIR, el Programa de Educación Inicial de 1987-1994, el Programa Familia, Mujer e Infancia FAMI, el Plan de Desarrollo Hacia un Estado Comunitario 2002-2006, el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, Estado Comunitario Desarrollo para Todos. Sin embargo, el Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño en el último Informe de 2015, observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto de Colombia, adoptadas por el Comité en su sexagésimo período de sesiones del 12 al 30 enero de 2015, realiza hincapié en la toma de medidas para acabar con la discriminación estructural y que adecuen medidas suficientes para proteger los derechos de los niños en “el marco del conflicto armado”, además “sugirió aumentar los esfuerzos y el presupuesto para mejorar la calidad de la educación y la accesibilidad a la misma”, y que primordialmente se establezca como

⁴⁹⁹ En Políticas Públicas Nacional de Primera Infancia “Colombia Por La Primera Infancia”.p.8 En línea: https://www.mineducacion.gov.co/1759/articles-177832_archivo_pdf_Conpes_109.pdf. Fecha de consulta: 7 de enero 2018.

⁵⁰⁰ “Las instituciones que conforman el comité técnico del Programa para la política de Primera Infancia son: Banco Interamericano de Desarrollo BID, CERLALC, CINDE, Departamento Administrativo de Bienestar Social DABS, Departamento Nacional de Planeación DNP, Fondo para la Acción Ambiental y la Niñez, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, Ministerio de Educación Nacional, Ministerio de Protección Social, Organización Panamericana de la Salud OPS, Plan Internacional, Pontificia Universidad Javeriana, Save the Children, Universidad de Manizales, Universidad Nacional de Colombia, Universidad Pedagógica Nacional, UNICEF, Visión Mundial”. Tomado de pie de página p. 8 del texto Políticas Públicas Nacional de Primera Infancia.

⁵⁰¹ Que merecerá especial atención en el capítulo quinto de la propuesta.

“prioridad la eliminación de todas las formas de violencia contra los niños”.

Se concluye que la política pública constituye un instrumento mediante el cual se puede establecer e implementar un sistema de protección adecuado y eficaz, a favor de la niñez y adolescencia. Se ha justificado que resultan demasiado incipientes en la medida que no alcanzan a proteger en su totalidad a la infancia, y que siempre habrá que considerar que las políticas públicas permanentemente deberán adaptarse a la realidad actual con visión futurista para que el diseño e implementación de la política de infancia sea efectivo, y que obligatoriamente los Estados deben determinar los costes que demanden esta implantación de acuerdo con su realidad social y cultural. No basta entonces que en las políticas públicas existan declaraciones líricas respaldadas en principios internacionales y disposiciones constitucionales y legales de protección de la infancia si no tienen un verdadero alcance global.

4.2. ENFOQUES DE LA POLÍTICA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Las políticas públicas son importantes para la gestión de todo gobierno, ya que a través de ellas se evalúan las problemáticas existentes, con la finalidad de darle una solución determinada dependiendo de su ámbito. En tal sentido, es indispensable que se determine de una manera inequívoca, cuáles de los instrumentos o mecanismos se van a utilizar.

Los mismos están enmarcados en tres instrumentos: “los dispositivos legales, las estructuras institucionales y los dispositivos operacionales⁵⁰²”, siendo los primeros, el conjunto de normativas jurídicas que sustentarán la política determinada; las segundas mediante los órganos o entes ejecutores se aplicarán en las políticas de forma real; y los últimos son los que permiten analizar las variables oportunas para ejecutar la estrategia.

Las políticas sociales típicas “comprenden acciones encaminadas a promover la sobrevivencia humana, el desarrollo temprano del niño y la niña, la nutrición, la educación integral, las capacidades de aprendizaje, la prevención de los problemas de salud⁵⁰³”, entre otras encargadas de regular la calidad de vida en la niñez y en la adolescencia, garantizando el acceso eficaz a una educación de calidad, una buena salud, una alimentación acorde, y prevenir cualquier obstáculo que pueda obstruir el acceso a los mismos.

Seda exterioriza que esas acciones de los gobiernos que involucren los derechos de los NNA a fin de que sean verdaderamente eficaces, deben establecerse en todos los ámbitos donde ellos se desenvuelven. Verbigracia la educación, salud, deporte, cultura, esparcimiento, seguridad pública, producción, alimentación, entre otros. Existen diversas políticas del gobierno, incluidas las financieras, que para algunos autores, es en la etapa de la niñez o en la adolescencia donde “se inicia, de un lado la producción de riquezas y bienestar y, de otro, el consumo de productos y de bienestar de todas las comunidades⁵⁰⁴”.

En este sentido, tanto las normas jurídicas y las políticas de apoyo y de defensa a la familia, son medidas que coadyuvan a las funciones de los padres y les impiden sumergirse en situaciones en las que no pueden ofrecer la atención necesaria, la

⁵⁰² HERRARA, S. (2011: 17).

⁵⁰³ *Ibid.* p.18.

⁵⁰⁴ SEDA, E. (2008: 16).

educación y bienestar apropiado para sus hijos. Siendo una obligación de los países según la Corte Interamericana de Derechos Humanos garantizar el desarrollo de la familia, como un medio de protección del niño⁵⁰⁵.

4.2.1. Enfoque de Derechos

La aplicación de los principios de los derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, fue lo primordial para las reformas de las Naciones Unidas iniciada en 1997. En este sentido, el Fondo de Población de las Naciones Unidas, se basó en los derechos humanos para la cooperación para el desarrollo⁵⁰⁶.

Dicho organismo se enfocó “en los grupos de población que son objeto de una mayor marginación, exclusión y discriminación. (...) requiere un análisis de las normas de género, de las diferentes formas de discriminación y de los desequilibrios de poder”, con la finalidad de ser garantizados en todos sus niveles.

Indica, además que algunos elementos del enfoque basado en los derechos son los relacionados al ejercicio pleno de los mismos con la finalidad de desarrollarlos, como por ejemplo:

- Las personas se conciben como los principales agentes de su propio desarrollo.
- La participación es un medio y un objetivo.
- Los resultados y los procesos no solo se supervisan, sino que también se evalúan.
- El objetivo de los programas es reducir las desigualdades.
- El análisis contiene las capacidades del Estado “como principal garante de derechos y el papel de otros agentes no estatales”.
- Las normas jurídicas de los derechos humanos dirigen la formulación “de objetivos, metas e indicadores medibles en la programación”.

Dicho enfoque se desarrolla en dos sentidos, por un lado “la capacidad de los garantes de derechos para cumplir con sus obligaciones; por otro, alienta a los titulares de derechos a reivindicarlos”. Los Estados tienen una obligación tripartita, a saber: primero, respetar los derechos, es decir, sin obstruir el disfrute del derecho; segundo, de proteger el derecho, al garantizar el efectivo ejercicio del mismo frente a personas naturales o personas jurídicas; y tercero, hacerlos cumplir mediante “medidas activas para poner en práctica leyes, políticas y procedimientos, incluida la asignación de recursos, que permitan a las personas disfrutar de sus derechos”.

⁵⁰⁵ Párrafo 66 de la Opinión Consultiva de la CIDH. N° OC-17/02. 28 de agosto de 2002. Serie A N°. 17.

⁵⁰⁶ Fondo de Población de las Naciones Unidas. El Enfoque basado en los derechos humanos para la cooperación para el desarrollo, 2003.

En efecto, la CDN protege el goce y ejercicio de los derechos reconocidos a los niños, y el Estado al ratificarla adquiere la obligación de adoptar todas las políticas públicas necesarias que “garanticen en forma activa el acceso a los derechos, en particular la educación, la salud y la protección social para todos los NNA⁵⁰⁷”.

Por ende la mayoría de los Estados han optado por utilizar diferentes términos a los textos jurídicos que van dirigidas a regular régimen de visitas, “protección y prevención de abusos, explotación, trabajo infantil, e incluso en algunos casos el régimen de justicia juvenil, así como los procedimientos administrativos y judiciales y las instituciones públicas y privadas, que se encuentran dentro de ese sistema de amparo”.

En consecuencia, el artículo 45 de la CRE instituye que gozarán no solo de los derechos intrínsecos al ser humano como la vida, integridad física y psicológica, salud, alimentación, educación, recreación, seguridad social, entre otros, sino también de los que les correspondan por el motivo de su edad. Por ejemplo a tener una familia, disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria, a la participación social, el respeto a su dignidad, así como “su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas”.

Las políticas públicas relacionadas con el enfoque de derechos tienen que estar orientados en tres vertientes: primero, que el Estado no obstruya su ejercicio, por ejemplo implementando medidas de simplificación de trámites administrativos, disminuyendo la burocracia para la ejecución de un derecho determinado; segundo, que los garantice, mediante normas jurídicas que establezcan la prohibición de discriminación al acceso de una institución educativa por motivos de sexo; y tercero, hacerlos cumplir a través de órganos del Estado en ejecución de la ley, al sancionar a las personas que hayan violados los derechos de los NNA.

4.2.2. Enfoque de Desarrollo Humano

La República de Ecuador está obligada mediante diversos instrumentos jurídicos internacionales debidamente suscritos y ratificados, a tomar las medidas necesarias para el efectivo derecho de los niños y de los adolescentes⁵⁰⁸. Esto se hace indispensable considerando que se encuentran en una etapa, en las cuales van creciendo y desarrollando sus capacidades físicas e intelectuales.

Es por ello que merecen un cuidado físico (a través de una buena alimentación, y sin maltratos físicos) y psicológico (con una personalidad sana, con valores, sin amenazas) que les garantice un efectivo desarrollo y progreso integral, hasta convertirse en adultos. Los agentes principales de esos cuidados son los progenitores o los representantes legales que tienen dicha obligación. Pero los Estados mediante diversas políticas públicas nacionales y locales deben garantizarles el acceso a los mismos, que les permitan satisfacer sus necesidades, sociales, emocionales y culturales, concibiéndolos como los futuros profesionales, en fin el futuro de la República.

En este sentido, el artículo 44 de la CRE indica que el Estado debe incentivar el desarrollo integral y el ejercicio de sus derechos, involucrando a la sociedad y a la

⁵⁰⁷ MORLACHETTI, A. (2013: 9).

⁵⁰⁸ *Ibid.* p. 10.

familia en esa responsabilidad, entendiéndose ese progreso como un conjunto de etapas 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”.

Es necesario señalar que “la edad y el grado de madurez personal del niño influyen en la determinación de cual sea su interés superior⁵⁰⁹”, por ende las autoridades deben considerarlas al momento de tomar una decisión relativa a su cuidado y beneficio, por ejemplo es trascendental que se escuche la opinión niño para determinar cuál es su interés superior⁵¹⁰, por lo tanto todo debe estar motivado, apreciado el desarrollo y la madurez del niño, que le van a permitir formarse una opinión propia sobre las decisiones que deben tomarse en cuanto al ejercicios de sus derechos, ya que “la autoridad competente se aleja de la voluntad del niño por entender que no es la opción que mejor sirve a sus intereses⁵¹¹”.

Las políticas públicas con enfoque al desarrollo de los NNA deben ir encaminadas a la protección y garantía del acceso de los servicios que les permita satisfacer sus necesidades físicas, emocionales e intelectuales, tomando en consideración las edades de cada uno de ellos, por ejemplo el derecho de tomar ciertas decisiones.

4.2.3. Enfoque de Curso de Vida

Es ineludible indicar que existen tres conceptos fundamentales para el estudio del curso de vida, a saber: la trayectoria, transición y *turning point*. El primero, se refiere “a una línea de vida o carrera, a un camino a lo largo de toda la vida, que puede variar y cambiar en dirección, grado y proporción⁵¹²”.

Corresponde a lo largo de la existencia cuando la persona va envejeciendo para el enfoque del curso de vida, la trayectoria “no supone alguna secuencia en particular ni determinada velocidad en el proceso del propio tránsito, aunque sí existen mayores o menores probabilidades en el desarrollo de ciertas trayectorias vitales⁵¹³”. Estas trayectorias abarcan una variedad de ámbitos entre las cuales se pueden mencionar el trabajo, la escuela y hasta la migración, considerándoles interdependientes y relacionándose con otros como la familia. Es vital para el enfoque del curso de la vida “el comportamiento o los resultados, a lo largo de una parte sustancial del curso de vida⁵¹⁴”.

El segundo la transición hace referencia a variaciones de “estado, posición o situación, no necesariamente predeterminados o absolutamente previsibles en términos generales, hay algunos cambios que tienen mayores o menores probabilidades de ocurrir⁵¹⁵”, por ejemplo el matrimonio, ya que la edad otorga la perspectiva para los

⁵⁰⁹ Artículo 3, párrafo 1 del Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial del Comité de los Derechos del Niño.

⁵¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado Alternativo. Poniendo fin a la Institucionalización en las Américas, (2013).

⁵¹¹ Sentencia de la Corte Interamericano de Derechos Humanos. Atala Riffo y Niñas vs. Chile, de 24 de febrero de 2012. p. 200.

⁵¹² GLEN, E. (1991: 63).

⁵¹³ BLANCO, M. (2011: 5-31).

⁵¹⁴ GLEN, E.; KIRKPATRICK, M.; CROSNOE, R. (2006: 20).

⁵¹⁵ BLANCO, M. (2011: 12).

mismos dependiendo de las diversas culturas o sociedades. En esta se destaca que las transiciones no son fijas, y que se asumen nuevos roles, lo que puede marcar nacientes derechos y obligaciones y a veces implicar nuevas facetas de identidad social.

El tercer concepto es el de *turning point*⁵¹⁶, que trata de eventos que generan cambios en la dirección del curso de vida, estos pueden “surgir de acontecimientos fácilmente identificables, sean “desfavorecedores”, como la muerte de un familiar muy cercano y significativo, o todo lo contrario, o bien puede tratarse de situaciones que se califican como subjetivas⁵¹⁷”. El concepto es diferente a las trayectorias y transiciones, ya que pueden ocasionar alguna proporción de probabilidad en su aparición, ya que los *turning points* “no pueden ser determinados prospectivamente; solo se puede hacer retrospectivamente y en relación con las vidas individuales⁵¹⁸”, implicando un cambio de cualidades en la persona.

Los conceptos analizados son importantes para conocer sin equivocaciones el enfoque del curso de vida, al reflejar “la naturaleza temporal de las vidas y captan la idea del movimiento a lo largo de los tiempos históricos y biográficos⁵¹⁹”. También se debe añadir que el enfoque de curso de vida se refiere a la aplicación de un modelo que interpreta “la salud individual, familiar y comunitaria, como la resultante de influencias biológicas, psicológicas y del entorno físico y social, que operan desde la concepción hasta la muerte⁵²⁰”.

La Unidad del Curso de Vida Saludable de la Organización Mundial de la Salud utiliza un enfoque integrado con el fin de abordar las necesidades de salud de la población, incluyendo factores de protección (eventos para mejorar la salud) y factores de riesgo (eventos que pueden empeorarlos). “Tiene la obligación de garantizar una salud integral del niño, salud del adolescente, salud bucal y atacar la violencia familiar, con el fin de: construir una mejor y verdadera salud para hombres, mujeres y niños de las Américas⁵²¹”. Brindando una mejor atención a la salud ampliando el modelo, utilizando los principios incluidos en la “nueva agenda de salud global, incluyendo los enfoques de universalidad, equidad y salud comunitaria. Al mismo tiempo, la unidad está facilitando acciones e iniciativas Inter programáticas, que son parte esencial del modelo de curso de la vida”.

Las políticas públicas con enfoque del curso de vida al referirse a los diversos cambios que surgen, o que pueden surgir a lo largo de la existencia de una persona al ir creciendo, desarrollándose y envejeciendo, van direccionadas a tomar todas las medidas necesarias de protección y de prevención, en los problemas de salud de los NNA.

4.2.4. Enfoque Intercultural

La interculturalidad se produce cuando dos o más culturas entran en interacción de una forma horizontal y en este sentido “ninguno de los grupos se encuentra por

⁵¹⁶ BLANCO M. (2011: 14).

⁵¹⁷ MONTGOMERY, M. (2008: 28).

⁵¹⁸ MONTGOMERY, M. (2008: 271).

⁵¹⁹ GLEN, E.; KIRKPATRICK, M.; CROSNOE, R. (2006: 8).

⁵²⁰ HERNÁNDEZ, L. ¿Qué es el Enfoque de curso de vida?. En línea: https://prezi.com/jm_mnl4psxo/que-es-el-enfoque-de-curso-de-vida/. Fecha de consulta: 12 de febrero de 2018.

⁵²¹ Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud. Unidad del Curso de Vida Saludable. En línea: http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=420%3Aunidad-curso-vida-saludable&catid=9318%3Ahealthy-life-course&Itemid=39489&lang=es. Fecha de consulta: 12 de febrero de 2018.

encima de otro, lo que favorece la integración y la convivencia de las personas⁵²²”. El enfoque valora la diversidad en la cultura, la educación integral y busca eliminar todos los factores que obstaculicen la convivencia de las personas que tengan diferentes culturas y religiones. Mientras Walsh considera la interculturalidad como un proyecto “social político y epistémico⁵²³”, es decir, externo, para Guerrero es un proyecto desde la vida interna y subjetiva de la persona⁵²⁴.

La interculturalidad es concebida como un proyecto político que busca crear espacios para una verdadera igualdad de oportunidades, considerando a todos los sujetos con identidad propia y aceptando la diferencia de cada uno. Construir un proyecto intercultural implica la implementación de políticas de “subalternización y descolonización⁵²⁵” que requiere la participación de los involucrados, tanto de los responsables de ellos como los que han sufrido esas consecuencias.

Es necesario en este aspecto comprender “que vivimos en diferencia y que es ésta la que configura la conformación de una sociedad diversa, sin dejar de lado que la diferencia más allá de lo étnico está en lo que queremos descubrir y sentir, en la concepción que tengamos del otro”.

El Ecuador es un Estado intercultural y plurinacional, y por ende debe garantizar una verdadera convivencia entre diferentes pueblos, raíces y culturas. En este sentido, el artículo 1 de la CRE indica que es “un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”, admite que en él conviven varias nacionalidades indígenas con diversas culturas, en la cual deben interrelacionarse para enriquecer la cultura ecuatoriana sin que exista discriminación ni exclusión entre ellos, y crear una unidad en la cual se respeta la diversidad.

El artículo 10 de la CRE señala que “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”, reconociendo en este sentido sus derechos garantizados por normas nacionales e internacionales. Además, el artículo 57 de la CRE señala una serie de derechos colectivos que el Ecuador reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, que deben ser ejercidos por titulares de los derechos, y específicamente en el numeral 10 se permite “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario que no podrá vulnerar derechos constitucionales en particular de las mujeres, y los NNA, estableciendo la coexistencia del pluralismo jurídico⁵²⁶”.

La interculturalidad en el aspecto sustancial del proceso educativo recoge toda la cultura escolar como “la práctica docente, los propósitos, los contenidos, los materiales, la metodología, la evaluación, en la práctica obedece únicamente a aspectos coyunturales⁵²⁷”, y para interculturalizar la educación es necesario proyectar la

⁵²² Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana. “*La Participación Ciudadana y el Estado Plurinacional*”. (2010: 5).

⁵²³ WALSH, C. (2002: 24).

⁵²⁴ GUERRERO, P. (2007: 245).

⁵²⁵ WALSH, C. (2002: 24).

⁵²⁶ El Estado de derechos progresa del monismo jurídico al pluralismo jurídico, en el cual existe el reconocimiento de otros sistemas, como el sistema de justicia indígena, presente con fuerza en los países andinos, con sus propias instituciones, y principios propios de acuerdo a su cosmovisión.

⁵²⁷ VÉLEZ, C. (2008: 50).

experiencia pedagógica que permita entender las políticas oficiales en los sistemas “educativos nacionales concreción que se articula con el nivel macro y en la dimensión micro concebida como la acción pedagógica en el aula, el espacio y la situación en la que se genera el aprendizaje”.

En este sentido, es importante responder a estas preguntas: “¿Para qué? Hace alusión al horizonte, los objetivos, se delinean las políticas; ¿Qué? Son los contenidos que posibilitan el alcance de los objetivos; ¿Cuándo? El tiempo que se empleará así como la secuenciación, la articulación de los contenidos, los ritmos de aprendizaje, los ciclos de formación y los regímenes de estudio; ¿Cómo? La metodología que se utilizará en el aula, las acciones concretas; ¿Con qué? los recursos, económicos y materiales así como los talentos humanos que intervienen, ¿Se cumplieron los propósitos?, es decir, una evaluación integral y permanente a todas las acciones planteadas⁵²⁸”.

Desde esas inquietudes, sin duda el enfoque intercultural en el diseño de las políticas públicas para la infancia tiene que consagrar entornos, que permitan cimentar una sociedad más inclusiva y equivalente de “manera transversal en la acción de los diversos sectores de la administración, responsables de resguardar los derechos de la niñez y adolescencia, especialmente en el diseño, gestión, monitoreo y evaluación de las políticas públicas⁵²⁹”.

En conclusión, este enfoque va dirigido tanto a las políticas públicas educacionales como también de salud que garantizan el respeto, desarrollo y las interrelaciones de diversas culturas de los NNA que viven en Ecuador, teniendo derecho al libre desenvolvimiento y sin sometimiento a discriminación alguna.

4.2.5. Enfoque de Género

Las diferencias de género y las desigualdades son una de las principales causas de disconformidad en el ejercicio de los derechos de las personas en diferentes áreas, como la salud, la educación y el empleo. En tal sentido: “los investigadores reconocen crecientemente la importancia de tomar en cuenta los temas de género en la política, la planificación, la práctica⁵³⁰”, con el fin de aumentar la igualdad, la eficiencia y la eficacia de los servicios públicos prestados.

Los programas públicos con enfoque de género contribuyen a la igualdad, al proteger los derechos humanos y lograr el acceso universal a los mismos, por ejemplo la iniciativa alemana Backup “alienta a todas las organizaciones contraparte a evaluar alternativas para desarrollar propuestas de proyectos y a examinar más detalladamente la igualdad de género en su organización⁵³¹”.

Para Hendel, la perspectiva de género analiza los patrones del feminismo con el fin de elaborar contenidos que permitan equilibrar la igualdad y la equidad entre hombres y mujeres en la sociedad, en función de sus roles específicos. En este sentido, Reeves y Baden indican que mientras el género se relaciona con los roles y vínculos

⁵²⁸ *Ibid.* p.67.

⁵²⁹ Política Nacional de la Niñez y Adolescencia. Sistema Integral de Garantías de Derechos de la Niñez y Adolescencia. 2015-2025. Chile. p. 61.

⁵³⁰ REEVES, H.; BADEN, S. (2000: 18).

⁵³¹ HENDEL, L. (2017: 12).

entre hombres y mujeres, el sexo generalmente se entiende como una definición binaria, aludiendo a sus características biológicas, fisiológicas, genéticas y hormonales, ya que “el concepto de género no implica que hombres y mujeres sean iguales o que deberían hacer las mismas cosas. Pero sí son iguales los derechos que les corresponden⁵³²”.

Hendel al respecto diferencia el termino sexo del de género, señalando que al sexo lo determina la misma naturaleza al conformar las características propias que identifican a los seres humanos, en hombre o mujer, el segundo es el “conjunto de características sociales, culturales, políticas, psicológicas, jurídicas y económicas que las diferentes sociedades asignan a las personas de forma diferenciada como propias de varones o de mujeres⁵³³”.

Para la psicología, el término género se refiere al conjunto de etapas en las cuales los individuos biológicamente diferentes se convierten en mujeres y hombres, a través de la obtención de los atributos que la sociedad identifica como feminidad y masculinidad, y con ello el género, articula tres instancias básicas:

- La asignación de género que es realizada cuando la persona nace;
- La identidad de género, en la cual el niño o la niña comienza a saber que pertenece a un sexo y no al otro, al conocerse anatómicamente; y,
- El rol de género, constituyéndolo todo lo que deben hacer las prohibiciones y expectativas relacionadas a lo que una persona tiene de conformidad a su sexo determinado⁵³⁴.

Según Bleichmar, “los roles y estereotipos de géneros, tanto femeninos como masculinos, están tan hondamente arraigados, que son considerados como la expresión de los fundamentos biológicos del género”.

A partir de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing (1995), algunos organismos internacionales han enfocado las relaciones de género para abordar los retos de los derechos igualitarios entre los hombres y las mujeres, infiriendo que el inconveniente no es la integración de las mujeres en los procesos de desarrollo, sino que esos procesos e instituciones dan lugar a las desigualdades, que al final no solo afecta a las mujeres. Por lo tanto, deben considerarse como un problema de cuestión social general y que se trata de “llevar a cabo reformas para asegurar que éstos reflejen las visiones, intereses y necesidades de las mujeres, y contribuyan al logro de la equidad de género⁵³⁵”.

En consecuencia, para erradicar la discriminación es indispensable que haya igualdad entre todos los géneros, concebir a los seres humanos con igualdad de oportunidades, como libres de “desarrollar sus habilidades personales y tomar decisiones sin verse restringidos por estereotipos, prejuicios y roles de género rígidos⁵³⁶”.

⁵³² REEVES, H.; BADEN, S. (2000: 2).

⁵³³ HENDEL, L. (2017: 13).

⁵³⁴ BLEICHMAR, D. (1985: 17).

⁵³⁵ ONU mujeres. Conferencias mundiales sobre la mujer En línea: <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women>. Fecha de consulta: 19 de febrero de 2018.

⁵³⁶ REEVES, H.; BADEN, S. (2000: 2).

Esto significa, que los diferentes “comportamientos, aspiraciones y necesidades de cada uno deben ser considerados, valorados y apoyados de la misma manera”, ya que si la equidad de género toma en cuenta los roles, las necesidades y las relaciones entre hombres y mujeres, entonces, la igualdad de género se traduce en igualdad de oportunidades. En este contexto, indudablemente la mujer como el hombre tiene “necesidades, poderes, preferencias e intereses específicos que deben identificarse y tomarse en cuenta, y por lo tanto se enfoca en lograr la ‘equivalencia en resultados de vida’”.

El enfoque de género considera las disímiles oportunidades que tienen los hombres, las mujeres y los niños y para ello se estudian sus roles, necesidades, características y la concepción que cada uno de ellos asumen de la vida, sin obviar que ambos son diferentes fisiológicamente y así asignarles igualdad de coyunturas, en cuanto al ejercicio de sus derechos se refiere al incluirlos en las políticas públicas tanto a nivel nacional como internacional.

Los derechos de los NNA son vulnerados generalmente por su condición, por las características que los definen y sus roles en la sociedad. Por eso son protegidos por diferentes instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, y en todos sus ámbitos, por ejemplo con respecto al derecho de la salud que tienen, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos los protege. Todas las personas tienen derecho a la salud, incluidos los niños, independientemente de su orientación sexual o entorno social, y en consecuencia a fin de integrar una perspectiva de género en todos los programas.

Por ende la planificación pública con este enfoque significa: “conocer y tomar en cuenta los intereses, necesidades y expectativas de todos los actores de la sociedad en el territorio en cuestión donde además se concibe que ningún grupo cultural esté por encima del otro⁵³⁷”, para ello se deben formular políticas públicas con sometimiento a las leyes respectivas respetando las diferentes culturas.

Para el CONAMU este enfoque no es una opción, sino “la única lectura que permite tomar decisiones correctas e informadas para revertir condiciones que perennizan la discriminación, la inequidad y la exclusión en las sociedades⁵³⁸”.

Para el enfoque de interculturalidad y género en la planificación de las políticas públicas, es indispensable que todas las personas puedan acceder al ejercicio pleno de sus derechos en igualdad de condiciones, de calidad, cantidad y oportunidad. Con ello las medidas del Estado deben ir direccionadas a disminuir las desigualdades y a toda clase de discriminación que pueda existir, comenzando por una campaña de gran escala sobre el respeto al derecho a la igualdad.

4.3. PRINCIPIOS

Analizado los enfoques primordiales que debe contener la política pública de protección a la infancia, corresponde examinar los principios que como ejes transversales deben existir en las políticas. Al efecto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se instituye varios principios y derechos a los niños y a los adolescentes, la

⁵³⁷ SENPLADES, CONCOPE, CONAJUPARE, AME. “Lineamiento para la Planificación del Desarrollo y Ordenamiento Territorial”. (2010: 17).

⁵³⁸ CONAMU. “Presupuestos Participativos con Enfoque de Género”. (2007: 7).

primera que se menciona es el artículo 35 de la Norma Suprema del Estado, al regular los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, indica que los NNA, “recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado”, observando de esta manera que el resto de la legislación y las acciones de gobierno van dirigidas al desarrollo de dichos principios constitucionales, así el principio de sujeto de derechos, del interés superior del niño y la niña, de la autonomía progresiva, de igualdad y no discriminación, y el de vida desarrollo y entorno adecuado.

4.3.1. Principio Sujeto de Derechos

Ser sujeto de derecho no solo implica tener una serie de facultades (de goce y de disfrute), sino que el Estado garantice su ejercicio. En este contexto, los niños y adolescentes son titulares de los derechos primordiales, establecidos en diversos instrumentos jurídicos internacionales, verbigracia, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la CDN, entre otros.

En las disposiciones internacionales de protección de los derechos de los niños y adolescentes se enumera una cantidad de parámetros no solo para reconocerlos, sino también protegerlos y garantizar su pleno ejercicio, siendo la principal la CDN con mayor aceptación a nivel mundial al combinar en un sólo tratado los “derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, considerándolos interdependientes y complementarios para asegurar la protección integral de los niños y adolescentes⁵³⁹”.

Por ende, la República del Ecuador al reconocer como sujetos de derechos a los NNA⁵⁴⁰, sus políticas públicas deben ir orientadas a garantizar el pleno ejercicio de sus derechos en todos sus niveles y ámbitos y sancionando a quienes los vulneren.

4.3.2. Principio del Interés Superior del niño

El numeral 1 del artículo 3 de la CDN concibe el interés superior del niño no solo como un derecho, sino también como un principio y disposiciones de procedimientos, y si los padres o quienes tiene la responsabilidad de proteger y cuidar a los niños no tienen la capacidad de hacerlo, el Estado tendrá la obligación de asumir dicha responsabilidad, y textualmente indica que “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”.

Este principio fundamental, no solo está establecido en el artículo 3 de la CDN, sino que se encuentra inmerso dentro de varias disposiciones⁵⁴¹, por ejemplo:

- La relativa de la separación de los padres (Artículo 9).
- La reunión de la familia (Artículo 10).

⁵³⁹ MORLACHETTI, A. (2013: 9).

⁵⁴⁰ El artículo 44 de la CRE, estipula que se garantizará el ejercicio pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

⁵⁴¹ Así en la Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño.

- Las obligaciones de los padres y de las madres (Artículo 18).
- La privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado (Artículo 20).
- La adopción (Artículo 21).
- La separación de los adultos durante la privación de libertad (Artículo 37).
- Las garantías procesales, incluida la presencia de los padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la ley (Artículo 40 párrafo 2).

En este sentido, la finalidad del concepto “es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño⁵⁴²”, y no debe concebirse como una subordinación de derechos ya que ninguno de ellos debería verse afectado. Para lo cual debe existir un apoyo de todas las personas intervinientes para lograr una verdadera garantía de la integridad “física, psicológica, moral y espiritual del niño y promover su dignidad humana”.

El Comité indica que es tripartita, ya que es un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una regla de procedimiento. El primero, se refiere al hecho de que el derecho del niño debe ser considerado primordial, y que al debatir, evaluar y decidir en relación a los diferentes intereses, no se perjudica a un niño o a un grupo de niños. El segundo, siempre interpreta las normativas jurídicas que más favorecen a los niños. El tercero, representa a las garantías procesales que deben tenerse en cuenta al momento de la evaluación y sus decisiones sobre el interés superior del niño y por ende, el Estado tiene que motivar sus decisiones y explicar cómo se ha respetado dicho derecho.

Desde el punto de vista de los niveles de su aplicación, se han realizado varias precisiones al respecto, el primero, contentiva a las medidas de cualquier índole grupal, colectivo, es decir, destinadas a los niños en grupo; y el segundo, dirigidas a situaciones o casos individuales en función de sus circunstancias particulares. Sin embargo, no se debe olvidar que independientemente de los niveles, “el principio del interés superior del niño se vincula directamente con la concepción del niño como sujeto titular de derechos, con su dignidad y sus necesidades especiales de protección⁵⁴³”.

Es fundamental agregar que las regulaciones jurídicas, programas o políticas públicas adoptadas en los Estados Partes, deben ceñirse al principio del interés superior del niño, relativas a la promoción, prevención y protección de sus derechos, en cualquier ámbito⁵⁴⁴. En relación con el interés superior del niño, la CIDH ha sentenciado lo siguiente “este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”.

⁵⁴² Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. UNICEF. p. 259

⁵⁴³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado Alternativo. Poniendo fin a la Institucionalización en las Américas. (2013: 68).

⁵⁴⁴ *Ibid.* p. 72.

En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar en la mayor medida posible la prevalencia del interés superior del niño, el Preámbulo de la CDN sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”⁵⁴⁵.

La primacía del interés superior del niño puede suponer la limitación o restricción de los derechos de otras personas, cuando éstos se contraponen con los intereses del niño, no obstante debe analizarse cuidadosamente, ya que tanto la Corte como la Comisión han sido contestes en indicar que este principio no incumbe emplearse “para intentar justificar decisiones que son discriminatorias respecto de otras personas y sus derechos, y que se basan meramente en prejuicios, preconcepciones y estereotipos sociales respecto de determinados comportamientos o grupos de personas”⁵⁴⁶.

En la República del Ecuador el principio está regulado en el artículo 44 de la CRE, entendiéndose que en el desarrollo integral del niño, siempre se tomará en cuenta el principio de su interés superior, y sus derechos van a prevalecer sobre los demás, y en este sentido debe enfocarse toda política pública adoptada por el Gobierno ecuatoriano, garantizando, el precepto del interés superior del niño.

En España en el II PENIA⁵⁴⁷ 2013-2016 se precisa que el principio del interés superior del menor “ha de continuar siendo la directriz de los poderes públicos en colaboración con las familias, los propios niños y todos los agentes e instituciones implicadas en el desempeño de políticas y actuaciones integrales y transversales”, y también se sustenta en los demás principios normativos de la CDN, así el de no discriminación, el de la vida y al desarrollo, a la educación, y participación que se encuentran insertos como ejes transversales en el Plan al desarrollar sus ocho objetivos.

4.3.3. Principio de la Autonomía Progresiva

Este principio se basa en tres postulados básicos “la autonomía progresiva, el interés superior y el derecho a ser oído”⁵⁴⁸, por cuanto se debe concebir a la niñez no como un ciclo en la cual se prepara para ser adulto, ni considerarlo menos que un adulto, sino más bien, tanto la infancia como la adolescencia tienen el mismo valor que la adultez, y no debe verse bajo una dependencia de los adultos, y es que la “infancia es una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica”⁵⁴⁹.

En este contexto, la CDN iguala los derechos humanos entre los niños y los adultos, concibiéndolos como sujetos plenos de derecho, y como titular de derechos y

⁵⁴⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Forneron e hija vs Argentina*, de 27 de abril de 2012. párr. 49.

⁵⁴⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado Alternativo. Poniendo fin a la Institucionalización en las Américas*. (2013: 73).

⁵⁴⁷ II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia de España (2013-2016). p. 6-8.

⁵⁴⁸ ZELEDÓN, M. (2015) “*La autonomía progresiva en la niñez y adolescencia*”. Publicado en la Revista Jurídica Digital “Enfoque Jurídico”. En línea: <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/2005>. Fecha de consulta: 13 de junio de 2017.

⁵⁴⁹ CILLERO BRUÑOL, M. (2015). Concibe a estas etapas de la vida como otra, y no como una preparación a la siguiente, en su trabajo “*Infancia, Autonomía y derechos: una cuestión de principios*” citado por Marcela Zeledón. “*La autonomía progresiva en la niñez y adolescencia*”.

obligaciones, comprendiendo que el ejercicio de los derechos intrínseco del ser humano es un proceso constante que construye a la ciudadanía. No obstante, es primordial tener claro que si bien los niños y los adolescentes tienen pleno derecho, están dotados de supra protección y de nuevas garantías que no le corresponden a todas las personas, y “la capacidad para hacerlos efectivos, es decir, ejercitarlos por sí, se limita en la misma ley⁵⁵⁰”.

En consecuencia, se considera que los NNA poseen autonomía como principio jurídico, en la cual tienen libertad individual de gozarlos y ejercerlos, al indicar que son progresivos. Es que al ir creciendo y adquiriendo madurez, dicha libertad se va expandiendo, y no “son sólo los padres quienes deciden por ellos, sino que el rol es de orientación y dirección propia, para que el niño ejerza sus derechos⁵⁵¹”.

El artículo 16 de la CDN señala que no podrán ser objeto de “injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”, está regulando el principio de protección y promoción de la autonomía progresiva, y en consecuencia no solo los padres y los adultos deben apoyar y protegerlos, sino también el Estado respectivo, con la finalidad de que ejerzan sus respectivos derechos, de conformidad al desarrollo de sus facultades, mediante medidas públicas efectivas.

De ahí que en la formulación de la política pública de protección se debe considerar este principio conforme el permanente desarrollo y proyección de los NNA, y no enmarcarlas en un ámbito de generalidad incierta que no permita su aplicación y progreso.

4.3.4. Principio de Igualdad y No Discriminación

El principio de igualdad está regulado en el numeral 1 del artículo 28 de la CDN, y reconoce que el derecho de educación al niño debe ser ejercido en igualdad de oportunidades. El artículo 29 numeral 1 de la CDN indica que la educación del niño deberá estar encaminada, y preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre e igualdad de los sexos.

Además, el artículo 31 numeral 2 de la CDN establece que los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida, y que se les inculquen el respeto de los derechos humanos elementales y a desarrollar el suyo, y el numeral 4 indica que los niños no estarán obligados a prestar testimonio o a declararse culpable, y que el procedimiento se llevará a cabo en condiciones de igualdad.

Con respecto al principio de no discriminación, la CDN instituye que “todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños, sin excepción alguna, y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para proteger al niño de toda forma de discriminación⁵⁵²”.

⁵⁵⁰ ZELEDÓN, M. (2015). En línea: <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/2005>. Fecha de consulta: 13 de junio de 2017.

⁵⁵¹ *Ibid.* Fecha de consulta: 13 junio de 2017.

⁵⁵² ZELEDÓN, M. (2018: 32).

El numeral 1 del artículo 2 de la CDN señala que los Estados Partes, respetarán todos los derechos de los niños garantizando el principio de igualdad y la no discriminación, indistintamente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, “la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

Aditivo, el numeral 2 de la referida disposición indica que a fin de afianzar la no discriminación, los Estados deberán tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

El interés superior del niño y el derecho a la no discriminación están regulado en el artículo 2, en el cual no solo es una obligación pasiva que prohíba todas las formas de discriminación en el disfrute de los derechos consagrados en la Convención, sino que también exige a los Estados de forma activa, que tomen las medidas apropiadas para garantizar a todos los niños la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de los derechos enunciados en la Convención, de la misma manera se encuentra precisado en la República del Ecuador.

Considerando como lo asegura el profesor Jiménez Franco que “ el menor de edad es un miembro de la sociedad, integrante de un grupo vulnerable, con una capacidad jurídica y social particulares que le conminan a un estado de singular indefensión necesitado de una protección y atención especial, aglutinadora de las medidas, oportunidades y servicios necesarios que le permitan alcanzar lo que corresponde por derecho propio como es el libre desarrollo y desenvolvimiento de su personalidad de forma integral en un ámbito de libertad y dignidad⁵⁵³”. En consecuencia a través de las políticas públicas de la infancia se tiene que protegerlo en atención a la indefensión permanente que se encuentra, dada las condiciones de vida en las que se desenvuelve especialmente en Ecuador, donde en forma incipiente se han formulado políticas de protección, no por iniciativa propia del Estado, sino por la fuerza y sinergia de los entes privados del país.

4.3.5. Principio de Vida, Desarrollo y Entorno Adecuado

Para que exista el pleno desarrollo del ser humano es necesario que los primeros años de su vida, desde la gestación hasta su crecimiento, haya sido acorde en un ambiente adecuado, con una alimentación afín, trato y cuidado amoroso, con respeto y sin maltratos. Si existe una atención integral apropiada, va a incidir indudablemente en las conexiones que se originan en el cerebro del recién nacido, estando en condiciones para un efectivo proceso de aprendizaje escolar y un desarrollo íntegro de sus capacidades⁵⁵⁴.

En consecuencia el estado ecuatoriano al asumir la obligación de garantizar el “desarrollo infantil integral, desde antes de la concepción, el nacimiento y los primeros tres años de vida, es uno de los más grandes desafíos”, debe definir una política de

⁵⁵³ JIMENEZ FRANCO, E. (1999: 691).

⁵⁵⁴ Ministerio de Inclusión Económica y Social. Subsecretaría de Desarrollo Infantil Integral (MIES). *Política Pública. Desarrollo Integral Infantil*. Ecuador. (2013).

“Desarrollo Infantil de mediano y largo plazo, por ser una manera de universalizar las acciones en favor de la infancia temprana, incluyendo a todos los actores vinculados a la oferta de servicios de calidad en Desarrollo Infantil Integral⁵⁵⁵”.

Además la Organización Panamericana de la Salud⁵⁵⁶ al indicar que la preconcepción, la gestación, el nacimiento, la lactancia, el período preescolar y de la escuela primaria son fundamentales para el desarrollo integral, y la CDN “al incorporar el enfoque de la protección integral el cual debe implementarse a través de políticas, programas y proyectos que garanticen su derecho a desarrollarse hasta el máximo de su potencial”, obligan al Estado a coordinar diferentes acciones que mejoren la calidad del cuidado de la familia, los recursos, conocimientos y sus servicios básicos.

En ese marco, en la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas a favor de la Infancia del 2002 se establecieron compromisos entre los que se concreta, “Formular y aplicar políticas y programas nacionales de desarrollo del niño en la primera infancia para promover su desarrollo integral físico, social, emocional, espiritual y cognitivo⁵⁵⁷”.

Concomitante con lo referido la CRE en el numeral 1 del artículo 69 establece que tanto “la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos”. El artículo 2 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural⁵⁵⁸ involucra a todos los servicios de desarrollo infantil integral existente a nivel nacional, a los gobiernos autónomos descentralizados, el sector privado y las organizaciones de la sociedad civil, siendo en este sentido, el gobierno responsable de la políticas públicas adoptadas, con la finalidad de garantizar el bienestar de los NNA, transformando y protegiendo el recurso más valioso de la República.

En ese sentido, el Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES) en cumplimiento del mandato constitucional y de las competencias que le confiere como organismo rector, está empeñado en el aseguramiento de servicios de calidad para la infancia temprana en general, y de manera particular para aquella infancia que se encuentra en desventajas por razones socioeconómicas, condiciones de nacimiento o cualquier otro factor excluyente, desde la gestación, el nacimiento y luego durante el proceso de crecimiento y desarrollo hasta los treinta y seis meses de edad⁵⁵⁹.

Las políticas públicas de la República del Ecuador tienen que estar encaminadas no solo a respetar los principios constitucionales y legales de los NNA, sino también garantizando su debido ejercicio, restituyendo los derechos si estos son vulnerados, sancionando a los sujetos activos del mismo y previniendo cualquier acto que atente contra la integridad física o psicológica, mediante campañas informativas. Los principios analizados de las políticas públicas de la infancia, deben obligatoriamente servir de referente primordial para el Estado a fin de generar buenas prácticas en los programas y servicios de protección integral de la niñez.

⁵⁵⁵ *Ibíd.*, p. 3.

⁵⁵⁶ NIRENBERG, O. (2006: 3)

⁵⁵⁷ *Ibíd.* p.4.

⁵⁵⁸ Artículo 2 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, publicada en el Registro Oficial N° 417 de 31 de Marzo de 2011.

⁵⁵⁹ Ministerio de Inclusión Económica y Social. Subsecretaría de Desarrollo Infantil Integral (MIES). *Política Pública. Desarrollo Integral Infantil*. Ecuador. (2013: 4).

Continuando con la línea de investigación corresponde franquear escrutinio a las políticas públicas implementadas en el Ecuador, con especial referencia a sus Planes Nacionales de Desarrollo.

4.4. PLAN NACIONAL DEL BUEN VIVIR DE 2013-2017

El Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017 se encuentra conformado por 12 objetivos nacionales, comprendidos en tres ejes: 1) cambio en las relaciones de poder para la construcción del poder popular; 2) derechos, libertades y capacidades del Buen Vivir; y 3) la transformación económica-productiva a partir del cambio de la matriz productiva, pues la región está viendo resultados concretos en el caso ecuatoriano, planteando “la equidad, el desarrollo integral, la revolución cultural, la revolución urbana, la revolución agraria y la revolución del conocimiento⁵⁶⁰”.

El objetivo 2 indica que es indispensable auspiciar la igualdad, la cohesión, la inclusión y la equidad social y territorial en la diversidad, en la cual coexistan un reconocimiento y garantía de la igualdad de los derechos de los ciudadanos, para que no exista ni exclusión, con el acceso a la “salud, educación, protección social, atención especializada y protección especial”.

En este sentido se busca erradicar la pobreza, la violencia y la discriminación, como bases fundamentales. Para el momento de la creación del mencionado Plan, se indicó que en el año 2006 la desnutrición infantil afectaba al 30% aproximadamente de los niños y niñas, con respecto al maltrato infantil en el 44% de los hogares ecuatorianos se presentaba algún rasgo del mismo, dejando en evidencia que entre el 70% y 80% de los adultos son agresores y atentan contra los derechos de los NNA y el 20,9% de jóvenes vivían en pobreza, y de 1,5 millones de niños y niñas menores de cinco años de edad, 485.000 asisten a algún programa de desarrollo infantil o de educación inicial.

En mérito de los datos referidos, se propuso como metas: garantizar la igualdad real en el acceso a servicios de salud y educación de calidad a personas y grupos que requieren especial consideración, por la persistencia de desigualdades, exclusión y discriminación, como por ejemplo a los niños; garantizar la protección especial universal y de calidad durante el ciclo de vida, a personas en situación de vulneración de derechos, como son los NNA; y garantizar el desarrollo integral de la primera infancia, a niños y niñas menores de 5 años.

En este sentido se plantearon políticas en el período 2013 al 2017 con respecto a la primera infancia, para el desarrollo integral como una prioridad de la política pública, que garantizará su inclusión y el seguimiento en los diferentes programas sociales desde el nacimiento, ya que fortalecer la estrategia de desarrollo integral de la primera infancia “tanto en el cuidado prenatal como en el desarrollo temprano (hasta los 36 meses de edad) y en la educación inicial (entre 3 y 4 años de edad), que son las etapas que condicionan el desarrollo futuro de la persona”, ha sido una prioridad⁵⁶¹.

El objetivo 3 formula “Mejorar la calidad de vida de la población”, mediante el mejoramiento de los servicios públicos de agua, luz, el acceso a la salud y vivienda adecuada, que son necesarios para tener una vida digna. Algunas políticas y

⁵⁶⁰ Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017. p.13.

⁵⁶¹ *Ibid.* p. 13.

lineamientos estratégicos a tal fin, son:

- La ampliación de los servicios de prevención y promoción de la salud para mejorar las condiciones y los hábitos de vida de las personas.
- Promover hábitos de alimentación nutritiva y saludable que permitan gozar de un nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual acorde con su edad y condiciones físicas.
- Garantizar el acceso a una vivienda adecuada, segura y digna.
- Garantizar el acceso universal, permanente, sostenible y con calidad a agua segura y a servicios básicos de saneamiento, con pertinencia territorial, ambiental, social y cultural.

Todo lo anterior con la finalidad de: Reducir la tasa de mortalidad infantil en el 41%, Erradicar la desnutrición crónica en niños/as menores de 2 años, Revertir la tendencia de la incidencia de obesidad y sobrepeso en niños/as de 5 a 11 años y alcanzar el 26%, Aumentar al 64% la prevalencia de lactancia materna exclusiva en los primeros 6 meses de vida, y Eliminar las infecciones por VIH en recién nacidos.

El cuarto objetivo estuvo orientado a: Fortalecer las capacidades y potencialidades de la ciudadanía, se enfoca en la importancia de una buena nutrición dentro de los primeros años de vida, la educación, y el efectivo disfrute de la cultura y el deporte, ya que a pesar de los logros visibles se determinó que “las brechas a nivel de etnia, género, edad, discapacidades, movilidad humana y territorio persisten”.

La nutrición es un factor relevante para el “desarrollo cognitivo de los niños y niñas. Desde la etapa de gestación, la mala nutrición de la madre puede afectar de manera irreversible la capacidad mental de sus hijos⁵⁶²”. Un niño que no está bien alimentado no puede tener la misma capacidad de comprensión, entendimiento y concentración que otro niño lo está, al respecto, en la República del Ecuador en el periodo 2000-2010 la desnutrición crónica, en base de la relación entre la talla y la edad, descendió del 30% al 23%. Con el fin de superar el problema, se propuso alcanzar la universalización en el acceso a la educación inicial, básica y bachillerato y democratizar el acceso a la educación superior, promoviendo la culminación de los estudios en todos los niveles educativos.

Con respecto a la violencia de los NNA, en el 2012, según lo indicado por el ODNA el 27,4% de los niños, niñas y adolescentes entre los 6 y los 17 años expusieron haber sido agredidos físicamente por profesores; el 40% del total de los NNA de 5 a 17 años han recibido golpes en el ambiente intrafamiliar; un 3% ha sido sujeto de insultos o burlas y un 1% ha sufrido encierro, expulsión, y privación de comida. Asimismo, dentro del hogar un 44% de los NNA han sufrido maltrato extremo, un 31% maltrato culturalmente aceptado y el 3% indiferencia.

Para contrarrestar lo anterior, se propuso prevenir y erradicar la violencia de género en todas sus formas, combatir y erradicar la violencia y el abuso contra los NNA, con la finalidad de reducir el porcentaje de personas víctimas de delitos al 2,2%.

⁵⁶² *Ibíd.* p. 15.

Sin embargo la realidad en el Ecuador es otra, conforme se demostrará en el capítulo quinto de la investigación.

El objetivo 9 prevé “Garantizar el trabajo digno en todas sus forma”, en este se observa que el Estado protege el trabajo por ser un hecho social y productor de una riqueza sostenible, ya que conjuntamente con la educación son pilares fundamentales en el desarrollo de un sociedad, en tal sentido, no solo basta crear y garantizar el trabajo, sino también que los mismos se generen en espacio sin discriminación y sean dignos.

El artículo 46 de la CRE, prohíbe el trabajo infantil y reconoce el trabajo de los adolescentes siempre que no atente a su formación y a su desarrollo integral. Si bien el trabajo adolescente es comúnmente aceptado, se considera que no debe ser obstáculo para el acceso de un adolescente a la educación formal. El Plan preveía “reducir el desempleo juvenil en 15% y erradicar el trabajo infantil de 5 a 14 años”.

En relación con los objetivos 11 y 12, ellos refieren el cambio de la matriz productiva y el aseguramiento, soberanía y eficacia de los sectores estratégicos para la transformación industrial y tecnológica del Ecuador, en estrecha concordancia con el objetivo 12 que busca profundizar la inserción estratégica del Ecuador en el mundo y la integración latinoamericana.

En toda política pública se establecen indicadores de la realidad del país, previendo disminuirlos en beneficio de la población, especialmente de la niñez, sin embargo, conforme se justificará, no se aplica en su totalidad por diversos factores, verbigracia, la falta de presupuesto, la inexistencia de un sistema articulado institucional que garantice efectivamente una verdadera protección.

4.5. PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2017-2021 “TODA UNA VIDA”

4.5.1. Consideraciones Generales

El Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021, fue creado con la finalidad de desarrollar en la práctica social, lo previsto en los artículos 280 y 293 de la CRE, cuando señala que su cumplimiento será obligatorio tanto para el sector público como el privado. Al Plan se someterán todas “las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos”.

Mediante el Plan Toda una Vida, conformado en 9 objetivos se garantiza los derechos en sus diferentes niveles, las funciones del Estado, la participación de la ciudadanía y el sector público, organizado en 3 ejes: “Los derechos para todos durante toda la vida⁵⁶³”, en la cual se garantizan los derechos individuales, colectivos y de la naturaleza; el segundo “Economía al servicio de la sociedad”, que enfatiza al ser humano por sobre el capital, y el tercero “Más sociedad, mejor Estado”, que incentiva la participación ciudadana con un Estado accesible para todas las personas.

Las políticas públicas encaminadas a lograr estos objetivos del Plan Toda una Vida, van focalizadas a mejorar la calidad de vida de los ecuatorianos en todas las

⁵⁶³ Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. Toda una Vida. pp. 47-80.

etapas de la existencia, entre las cuales se encuentran la niñez y la adolescencia, la interculturalidad y la plurinacional, mediante la protección de todos los derechos fundamentales garantizados, no solo por el ordenamiento jurídico interno, sino también por los diversos instrumentos jurídicos internacionales, así como la buena administración de los recursos naturales para un disfrute presente y futuro.

En la etapa de diagnóstico, se observó que existe un avance pero se debe profundizar tanto en la equidad como en la justicia social a los fines de erradicar la pobreza extrema, a través de la garantía de derechos, la inclusión económica y social, la redistribución equitativa de la riqueza y la democratización de los medios de producción, afianzándose con el acompañamiento de un Estado garante de derechos a lo largo del ciclo de vida, con énfasis en la atención de grupos prioritarios, entre los cuales se encuentran los NNA.

Los siguientes registros revelan en el Ecuador la situación de la niñez al 2016, “la mortalidad infantil registra valores de 9,07 muertes por cada 1 000 nacidos vivos. A nivel territorial, aún subsisten altos niveles de mortandad, sobre todo en provincias de la Sierra como Bolívar, Chimborazo y Carchi”. Para el 2014 un cuarto de la población menor de 2 años (24,8%) presentó desnutrición crónica que afectó fundamentalmente a niños y niñas indígenas y a la población que habita en zonas rurales según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (en adelante, INEC).

Esta realidad evidencia un gran desafío para articular los programas orientados a atender a las mujeres desde la gestación hasta los primeros años de vida de los niños y niñas, a través de la implementación y seguimiento de una política intersectorial integral con enfoque territorial. En Ecuador se alcanzó la universalización en la Educación General Básica, con una tasa neta de asistencia del 96%, mientras que más de dos tercios de la población (72,2%) en edad de escolarización se encontraban asistiendo a bachillerato, según datos aportados por el INEC en el año 2016.

De acuerdo con el estudio realizado por el Ministerio de Salud Pública en el 2017, sobre los costos de omisión de no invertir en acceso a servicios de salud sexual y reproductiva en Ecuador, en el 2015 el coste económico y social por la omisión de servicios de salud sexual y reproductiva llegó a USD 472,9 millones, lo que evidencia la deuda social por falta de adecuada educación sexual, reproductiva y de planificación familiar.

El embarazo adolescente también merece una atención especial, en el 2015 el porcentaje de nacimientos en mujeres entre 12 y 17 años fue de 10,2%, mientras que en 2006 fue de 8,1%, ocasionando deserción escolar y la pobreza. Según la Encuesta Nacional de Salud y Nutrición, en el 2012, 6.487 adolescentes abandonaron los estudios por esta razón, lo que conlleva situaciones de vulneración de derechos que afectan su proyecto de vida, para ello:

“El Estado deberá asegurar los entornos para el pleno ejercicio del derecho de la población a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su salud sexual y reproductiva, tomando en consideración sus contextos geográficos, sociales y culturales, sin menoscabo de los derechos garantizados constitucionalmente”.

En cuanto a la mortalidad materna, en el año 2016 se produjeron 39,7 muertes maternas por cada 100.000 nacidos vivos. Reducir la mortalidad materna ha sido un eje fundamental dentro de las políticas del sector social; sin embargo, este sigue representando un desafío para el país, sobre todo en la implementación de los programas y las políticas en el territorio.

La delincuencia organizada, el tráfico y la tenencia ilegal de drogas se han convertido en las actividades delictivas más recurrentes, según datos suministrados por el Ministerio Coordinador de Seguridad en el 2014, ratificando que es preocupante “el consumo de alcohol y sustancias estupefacientes en los adolescentes”, siendo común que de cada 8 adolescentes 2 se han embriagado. En el 2015 “el 29% de adolescentes vio a algún estudiante de su colegio usando drogas, para un 15% de esta población resulta fácil conseguir marihuana y a un 8% le sería fácil comprar heroína y un 40% del consumo se presenta en hogares del estrato socioeconómico medio-bajo y bajo”.

Los números no mienten y reflejan la realidad de la niñez en el Ecuador, corresponde verificar si en el diseño del Plan Toda una Vida se encuentran inmersos los diferentes enfoques y principios de las políticas en niñez, desde el ámbito normativo

4.5.2. Políticas Públicas de la Niñez

En el Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021, se mencionan tres objetivos específicos relativos a la protección de la infancia. El primero es “Garantizar el desarrollo infantil integral para estimular las capacidades de los niños y niñas, considerando los contextos territoriales, la interculturalidad, el género y las discapacidades⁵⁶⁴”, con la finalidad de eliminar el trabajo infantil de 5 a 14 años, y la meta de disminuir la cifra del 4,9% al 2,7% al 2021.

El Estado busca garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos para una educación que sea “equitativa e incluyente, incentivando la igualdad de oportunidades de aprendizaje permanente para las personas y lograr la igualdad de géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas⁵⁶⁵”.

Otro objetivo es el contemplado en el 1.5, que tiene como finalidad fortalecer “el sistema de inclusión y equidad social, protección integral, protección especial, atención integral y el sistema de cuidados durante el ciclo de vida de las personas, con énfasis en los grupos de atención prioritaria, considerando los contextos territoriales”, y diversidad sociocultural, que tiene como objetivo eliminar la pobreza y garantizar la salud y el bienestar de todas las personas incluyendo los niños.

El tercer objetivo “Garantizar el acceso a una vivienda adecuada y digna, con pertinencia cultural y a un entorno seguro, que incluya la provisión y calidad de los bienes y servicios públicos vinculados al hábitat, suelo, energía, movilidad, transporte, agua y saneamiento”, calidad ambiental, espacio público seguro y recreación.

⁵⁶⁴ Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. Toda una Vida. p. 58.

⁵⁶⁵ Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES). Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 “Toda una Vida” de Ecuador. En línea: <https://observatorioplanificacion.cepal.org/es/planes/plan-nacional-de-desarrollo-2017-2021-toda-una-vida-de-ecuador>. Fecha de consulta: 22 de febrero de 2018.

Con la formulación de los mencionados objetivos, el gobierno ecuatoriano pretende para el 2021⁵⁶⁶:

- Reducir la desnutrición crónica en NNA, la obesidad y el sobrepeso en niños.
- Aumentar la lactancia materna exclusiva en los primeros seis meses de vida.
- Incrementar la población mayor a 12 años que realiza más de 3,5 horas a la semana de actividad física, y del 72,25% al 80% la tasa neta de asistencia ajustada en bachillerato.
- Aumentar del 63% al 65% las personas de 18 a 29 años con bachillerato completo.
- Mejorar los servicios públicos de educación con enfoque intercultural, lograr que la proporción de estudiantes en 3ro de Bachillerato superen el nivel mínimo de competencia en la materia de Matemáticas: a) los auto identificados como indígenas, de 56,20% a un mínimo de 60%, b) los auto identificados como afroecuatorianos de 50,40% a un mínimo de 60%, c) los auto identificados como montubios de 56,9% a un mínimo de 60%.
- Mejorar los servicios públicos de salud con enfoque intercultural, incrementar el porcentaje de establecimientos de salud de la Red Pública Integral de Salud con Certificación: “Establecimientos de Salud, que atienden partos, como Amigos de la Madre y del Niño”.

Para la consecución de los objetivos que pretende el Estado a través del Plan Toda una Vida, también proyecta fortalecer e implementar acciones como “El contrato social por la educación”, concebida en un espacio sano, en la que se pueda desarrollar, sin ningún tipo de temor, maltrato o violencia, en una vivienda adecuada, con el disfrute de los servicios públicos mínimos como el agua potable, electricidad de la red pública, y la disponibilidad del espacio para el esparcimiento y la recreación. En condiciones de igualdad y justicia, así lo instituye el artículo 66 de la CRE y evitar cualquier tipo de discriminación y violencia en especial las ejercidas en contra de las mujeres, niños y adolescentes.

“El impulso joven” tiene como finalidad: “atender, motivar, fortalecer, empoderar y proteger, así como mejorar las capacidades y generar mayores oportunidades para los jóvenes ecuatorianos en su inserción en el sistema productivo del país”. El impulso al empleo y emprendimiento en la juventud se logrará con acciones coordinadas y articuladas entre: la Secretaría de la Juventud, el MIES, la Secretaría de Cualificaciones y Capacitación Profesional, el Servicio Ecuatoriano de Capacitación Profesional, la Banca Pública, la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación y el Ministerio de Industrias y Productividad.

Otra acción fundamental es la terminación del “Bachillerato acelerado rural unificado” para que existan más bachilleres en la República, y de esta forma mejorar el acceso “a una oferta de calidad con enfoque de equidad, pertinencia social, cultural y lingüística, que reduzca las brechas entre lo urbano y lo rural”. Para conseguir esta

⁵⁶⁶ Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. Toda una Vida. p. 59.

política, se necesita que la ejecución de acciones coordinadas y articuladas, se lleven a cabo, mediante el Ministerio de Educación, la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación y el MIES.

El estado Ecuatoriano pretende la “prevención y control del uso y consumo de drogas”, en base a una “educación en valores a nivel integral, fomentando así la toma de decisiones de manera consciente, corresponsable y autónoma”, como también, impulsando una formación cultural con actividades recreativas. Esta prevención integral tiene como meta “evitar, retrasar y reducir las consecuencias de carácter sanitario, económico, social y de seguridad ciudadana del consumo de drogas con un enfoque de salud pública y de derechos humanos”.

A tal efecto, se requiere las intervenciones de la Secretaría Técnica de Drogas, el Ministerio de Educación, el Ministerio de Salud Pública, el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, los Gobiernos Autónomos Descentralizados, el Ministerio del Deporte, el Instituto Nacional de Estadística y Censos y del Ministerio del Interior.

También el gobierno actual impulsa como política, la “Misión Ternura: Alimentación y Nutrición” para “instaurar y mantener una cultura de nutrición adecuada a lo largo del ciclo vital, promoviendo la implementación de hábitos saludables en la población⁵⁶⁷”. La Misión Ternura tiene como objetivo fundamental: “Impulsar el desarrollo infantil integral de niñas y niños menores de 5 años, con énfasis en los 1000 primeros días de vida, a través del diseño e implementación de mecanismos de política pública y coordinación interinstitucional, nacional y local⁵⁶⁸”.

Estas acciones de la Misión Ternura, están coordinadas y articuladas entre: el Ministerio de Salud Pública, el Ministerio de Inclusión Económica y Social, los Gobiernos Autónomos Descentralizados, el Ministerio de Educación, la Secretaría del Agua y el Ministerio de Agricultura y Ganadería, tienen como finalidad:

- Reducir la desnutrición crónica del 23,9% al 14% hasta el 2021 en niños menores a 5 años.
- Eliminar la desnutrición crónica en niños menores a 2 años (24,8%).
- Aumentar del 42,5% al 65% de niños menores a 5 años que participan en programas de desarrollo infantil o educación inicial.
- El 75% de los niños y niñas menores a 3 años que participan en programas de desarrollo infantil público corresponderán a familias pobres y vulnerables por ingresos.

Esta misión busca mejorar la condición de los niños y niñas menores de 5 años de edad en la República del Ecuador en cuanto a la alimentación, enfocándose en los niños que viven en las familias más pobres y vulnerables, con la finalidad de reducir la desnutrición infantil.

⁵⁶⁷ Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. p. 67.

⁵⁶⁸ Secretaría Técnica Plan Toda una Vida. Programa Misión Ternura. En línea: <http://www.todaunavida.gob.ec/economia-popular-y-solidaria/>. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2018.

Todas las acciones que se implementen a favor de la niñez, garantizan la protección integral de los derechos de los NNA. Así para la sensibilización y concienciación de los derechos de la infancia en Ecuador, se impulsó el “Pacto Político por la Niñez y Adolescencia”, mediante la firma de “una carta de intención, a fin de expresar el consentimiento y voluntad desde el Consejo Nacional Electoral y las instituciones participantes por los derechos de los infantes”.

Participaron en la misma instituciones públicas y privadas como: “el Consejo Nacional Electoral, Instituto de la Democracia, Defensa de los Niños, Internacional, Aldeas S.O.S, Ayuda en Acción, Childfund, Corporación Kimirina y World Vision⁵⁶⁹”, en la cual se comprometieron en conformar un comité técnico, constituido por los delegados de las instituciones firmantes para que realicen el seguimiento del cumplimiento del “Pacto por la Niñez y Adolescencia del Ecuador, en el ámbito nacional”. El Pacto contempla los siguientes compromisos que en la esfera de la investigación tienen relevancia:

- La actualización y fortalecimiento del CONA.
- El funcionamiento del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia establecido en el artículo 341 de la CRE, mismo que comprende el montaje de sistemas locales especializados para este grupo de edad, el funcionamiento de Juntas Cantonales de Protección de Derechos, la creación de redes articuladoras entre servicios de atención para restitución de derechos y activación de mecanismos de vigilancia y control social.
- Establecer una real administración de justicia especializada para la niñez y adolescencia conforme artículo 175 de la CRE.
- Elaboración en forma participativa de un nuevo Plan Decenal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia 2017-2027, asegurando que este Plan esté contenido en el Plan Nacional de Desarrollo y en los Planes de Desarrollo y Ordenamiento Territorial de provincias, cantones y parroquias, con la asignación de los recursos necesarios para su implementación⁵⁷⁰.

Este Pacto se presentó como propuesta de los colectivos privados e instituciones públicas, que trabajan en la defensa de los derechos de la niñez en Ecuador, en el marco del proceso electoral realizado en el año de 2017, a los ocho candidatos presidenciales, proceso electoral del cual resultó electo Presidente de la República, el Lic. Lenin Moreno Garcés.

La iniciativa referida se consolidó en la práctica a través de la firma de un nuevo “Pacto de la Niñez y Adolescencia 2018-2028” el 10 de mayo de 2018, en el ejercicio del Gobierno del Presidente Moreno, quienes suscriben el Pacto son la Vicepresidente de la República, María Alejandra Vicuña; la Presidenta del Comité Interinstitucional del

⁵⁶⁹ En línea: <http://cne.gob.ec/es/institucion/sala-de-prensa/noticias/3758-idd-impulsa-pacto-politico-por-la-ninez-y-adolescencia/>. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2018.

⁵⁷⁰ En línea: <http://www.elcomercio.com/actualidad/organizacioneslocales-extranjeras-pactopolitico-ninezadolescencia.html>. Fecha de consulta: 25 de febrero de 2018.

Plan Toda una Vida, Rocío González de Moreno; y la Ministra de Inclusión Económica y Social, Berenice Cordero.

En este Pacto se prioriza la búsqueda inminente de reformar el CONA, y las leyes conexas, fortalecimiento de los sistemas de protección nacional y local, la reinstitucionalización del sistema nacional de protección descentralizado de niñez y adolescencia, y el fortalecimiento de las Juntas Cantonales de protección de derechos, por la inexistencia de cobertura a nivel nacional.

De lo investigado se concluye que no existe política pública estatal fuerte que priorice la atención de la niñez en el Ecuador, y que este al vaivén de la gabela ideológica de los gobiernos de turno. La niñez no debe tener corrientes, su único horizonte permanente es su protección desde todos los ámbitos. Lo expresado se justifica al visualizar el persistente cambio de políticas públicas de la niñez, desde el 2008 hasta la actualidad.

Corresponde a continuación indagar qué sucede actualmente a nivel internacional en el ámbito de la política pública de la niñez, en la medida que las políticas públicas y pactos no pueden estar alejados del entorno mundial, y como deben aplicarse considerando las características propias de cada país, al efecto se pasa a considerar la Agenda 2030 de Naciones Unidas.

4.6. TRANSFORMAR NUESTRO MUNDO: LA AGENDA 2030 PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

4.6.1. Objetivos para el Desarrollo Sostenible (ODS)

En el 2015 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adopta la Agenda 2030⁵⁷¹ para el Desarrollo Sostenible,⁵⁷² siendo este un plan de medidas, políticas y estrategias durante 15 años, con la finalidad de contribuir al desarrollo de las personas, el mejoramiento del planeta, la prosperidad, erradicar la pobreza, garantizar una vida sana, lograr la igualdad de género, fortificar la paz natural y garantizar a todas las personas un acceso eficiente a la justicia.

La Agenda de 2030 es transformadora, coloca la igualdad y dignidad de las personas en el centro y llama a cambiar nuestro estilo de desarrollo, respetando el medio ambiente⁵⁷³, y que los Estados al adoptarlas se “comprometieron a movilizar los medios necesarios para su implementación mediante alianzas centradas especialmente en las necesidades de los más pobres y vulnerables”.

Al focalizarse en los más pobres y vulnerables, por supuesto que se refieren no solo a los adultos mayores, entre otros, sino también a los NNA. Sin olvidar que aún con la existencia de dicho compromiso común, cada Estado al ser soberano con características propias e individuales fija sus propios objetivos de conformidad con su capacidad económica y recursos naturales, pero siempre tomando en cuenta los

⁵⁷¹ Aprobada por los dirigentes mundiales en septiembre de 2015 en una cumbre histórica de las Naciones Unidas, entrando en vigor oficialmente el 1 de enero de 2016.

⁵⁷² Organización de Naciones Unidas. Objetivos para Desarrollo Sostenible. 17 objetivos para desarrollar nuestro mundo. En línea: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>. Fecha de consulta: 25 de febrero de 2018.

⁵⁷³ Naciones Unidas. Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Una oportunidad para América Latina y el Caribe. (2016: 7).

Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

La aludida Agenda dispone de 17 objetivos con 169 metas en los ámbitos económicos, sociales y ambientales, que están integrados. Los objetivos son:

1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo.
2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible.
3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades.
4. Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos.
5. Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas.
6. Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos.
7. Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos.
8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.
9. Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación.
10. Reducir la desigualdad en y entre los países.
11. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.
12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.
13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.
14. Conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible.
15. Gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad.
16. Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas.
17. Revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.

Estos objetivos (ODS) también conocidos como Objetivos Mundiales⁵⁷⁴ se constituyen en un llamamiento a nivel mundial para que los países adopten políticas públicas, con tres objetivos generales: la eliminación de la pobreza, la protección del planeta, y la garantía de paz y prosperidad a todas las personas.

Constituyen una “herramienta de planificación para los países, tanto a nivel nacional como local. Gracias a su visión a largo plazo, constituirán un apoyo para cada país en su senda hacia un desarrollo sostenido, inclusivo y en armonía con el medio ambiente”, no solo mediante políticas públicas, sino también a través de “instrumentos de presupuesto, monitoreo y evaluación”.

La Agenda 2030 sirve de marco fundamental en la obligación de los Gobiernos de implementar acciones públicas en aras de garantizar los objetivos o fines propios de los Estados correspondientes. Al respecto, afirmaron que:

⁵⁷⁴ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. ¿Qué son los Objetivos de Desarrollo Sostenible? En línea: <http://www.ec.undp.org/content/ecuador/es/home/sustainable-development-goals.html>. Fecha de consulta: 25 de febrero de 2018.

“Estamos resueltos a poner fin a la pobreza y el hambre en todo el mundo de aquí a 2030, a combatir las desigualdades dentro de los países y entre ellos, a construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas, a proteger los derechos humanos y promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, y a garantizar una protección duradera del planeta y sus recursos naturales⁵⁷⁵”.

Se observa que la protección de los derechos humanos y la promoción de la igualdad de géneros son objetivos fundamentales no solo por la ONU, sino también para los Estados que se comprometieron a planificar y ejecutar sus políticas públicas tomando en cuenta los mismos, con énfasis en niños y adolescentes como unos de los más vulnerables a las situaciones económicas de los países y a las violaciones de derechos, debido a situaciones de relación de poder.

4.6.2. Protección de la Niñez en los ODS.

En consideración que los 17 objetivos propuestos en la Agenda 2030 van encaminados de manera entrelazada a la erradicación de la pobreza, la protección del planeta y garantizar la prosperidad a las personas. Es indispensable mencionar el objetivo 5 y el 17, relacionados a la protección integral de la niñez y la adolescencia y las políticas públicas.

En efecto, el objetivo 5 tiene como finalidad “Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas”, dirigida a eliminar la discriminación y la violencia que sufren las niñas, adolescentes y mujeres a nivel mundial, con la garantía del acceso a todos los sistemas y derechos.

A pesar que se ha producido un avance con respecto al acceso a la enseñanza de niñas, según datos aportados por la ONU falta un acercamiento integral a todos los sistemas, más aún cuando todavía existe gran porcentaje de violación a los derechos humanos de igualdad entre los géneros. Es sustancial erradicarla, ya que no solo va en contra de los derechos fundamentales, sino que mientras exista esa desigualdad, no se logrará vivir en un mundo pacífico, próspero y sostenible. En este sentido:

“Si se facilita a las mujeres y niñas igualdad en el acceso a la educación, atención médica, un trabajo decente y representación en los procesos de adopción de decisiones políticas y económicas, se impulsarán las economías sostenibles y se beneficiará a las sociedades y a la humanidad en su conjunto”.

Las metas del objetivo 5 relacionadas con las menores de 18 años son las siguientes:

- Eliminar cualquier tipo de discriminación contra todas las niñas.
- Erradicar la violencia (física, psicológica, sexual) contra las niñas en los sectores públicos y privados.

⁵⁷⁵ Organización de Naciones Unidas. Objetivos desarrollo sostenible. 17 objetivos para desarrollar nuestro mundo. En línea: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>. Fecha de consulta: 25 de febrero de 2018.

- Poner fin a cualquier actividad nociva, como el matrimonio infantil, precoz y forzado, y la mutilación genital femenina.
- Aprobar y fortalecer no solo las políticas públicas eficaces, sino la aplicación de normas jurídicas que promuevan la igualdad de género y el empoderamiento de las niñas en todo nivel.

El objetivo 17 establece “Fortalecer los medios de ejecución y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible”, y se encamina a lograr una verdadera coordinación, cooperación y pacto entre los países, el sector privado y la sociedad civil con valores, principios, objetivos y misiones comunes que otorguen “prioridad a las personas y al planeta, y son necesarias a nivel mundial, regional, nacional y local”.

Para el cumplimiento del objetivo, el Gobierno debe contar con un ordenamiento jurídico adecuado apegado a la realidad social del país, infraestructura acorde a las políticas públicas planteadas, la eficiencia en la prestación de los servicios, una correcta auditoria y una fiscalización objetiva, con inversiones a largo plazo, como una “energía sostenible, la infraestructura y el transporte, así como las tecnologías de la información y las comunicaciones”.

De las 17 metas que se plantearon en este objetivo, en el ámbito de la investigación se hace referencia a las siguientes: Mejorar la adaptación de las políticas públicas de los Estados para el desarrollo sostenible, y Respetar el margen normativo y aplicar políticas para la eliminación de la pobreza y lograr un desarrollo sostenible. A continuación se analiza la implementación de la Agenda 2030 en el Ecuador.

4.6.3. Aplicación en la República del Ecuador

El 20 de julio de 2017, la Asamblea Nacional de la República de Ecuador con 126 votos a favor y una abstención, aprobó el Proyecto de Resolución sobre el cumplimiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. En este sentido, se resuelve adoptar los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) formulados en dicha agenda⁵⁷⁶, comprometiéndose mediante las distintas comisiones para el cumplimiento de las metas⁵⁷⁷.

En este sentido, con la finalidad de articular el Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 con el cumplimiento de la mencionada Agenda, el estado ecuatoriano mediante los órganos de la Función Ejecutiva en sus diferentes niveles, y la Función Legislativa, “fomentará la promulgación de leyes, la aprobación de presupuestos y la representación de los intereses de la voluntad del pueblo soberano”, considerando que la propia CRE⁵⁷⁸ asegura el desarrollo sostenible en el país mediante la formulación de políticas públicas eficaces.

⁵⁷⁶ Organización Panamericana de la Salud. Asamblea del Ecuador aprobó el Proyecto de Resolución sobre el cumplimiento de la Agenda 2030. En línea: http://www.paho.org/ecu/index.php?option=com_content&view=article&id=1945:asamblea-del-ecuador-aprobo-el-proyecto-de-resolucion-sobre-el-cumplimiento-de-la-agenda-2030&Itemid=360. Fecha de consulta: 25 de febrero de 2018.

⁵⁷⁷ Agencia Pública de Noticias del Ecuador y Suramérica. Ecuador se compromete a implementar la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible de la ONU. En línea: <https://www.andes.info.ec/es/noticias/politica/3/ecuador-compromete-implementar-agenda-2030-desarrollo-sostenible-onu>. Fecha de consulta: 25 de febrero de 2018.

⁵⁷⁸ Al efecto el artículo 3 de la CRE, determina que: Son deberes primordiales del Estado: “5. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir”.

Arnaud Peral, Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador, indicó que “Es la primera vez que tenemos un acuerdo de este alcance, integrando todas las dimensiones del desarrollo humano sostenible y si bien la Agenda no es vinculante para los países, tampoco podemos hablar de una agenda opcional⁵⁷⁹”.

Desde julio de 2017, Ecuador se comprometió a implementar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de los 17 objetivos expuestos en la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas, para ello se necesita:

- Se revise profundamente las políticas adoptadas hasta el presente, y mediante un estudio de campo en cada materia por separado se compare su efectividad.
- Se efectúe un estudio sobre la realidad ecuatoriana, sobre todo con respecto a la violencia de género y la violación de los derechos los NNA.
- Se realice una planificación y coordinación entre las instituciones públicas y privadas en diferentes materias.
- Se capacite técnica e integralmente a todos los servidores públicos encargados de la protección de la niñez.
- Se implemente una campaña informativa y permanente sobre los objetivos propuestos dirigidos a todos los ciudadanos, en lo relativo a la protección de los derechos humanos de los NNA.

No podemos argumentar ninguna excusa para no implementar en forma urgente la Agenda 2030, porque como refiere Jiménez Franco (2017), la Agenda será implementada por todos los países (ricos y pobres) y partes interesadas mediante una alianza de colaboración, a diferencia de lo que ocurría con los objetivos del milenio que estaban dirigidas únicamente a los países en desarrollo, en especial a los más pobres. “Se trata de un llamamiento a la acción para cambiar nuestro mundo, garantizando el futuro de la humanidad y el de nuestro planeta⁵⁸⁰”.

4.7. CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EXISTENTES Y FUTURIBLES

En el análisis de los derechos de los NNA en las políticas públicas se deben garantizar los compromisos que el Ecuador asumió a la hora de ratificar la CDN. Corresponde determinar si las políticas además de considerar el ámbito normativo, cumplen con sus componentes al momento de su vigencia.

Según la doctrina una política pública de excelencia corresponde a aquellos cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo político definido en forma democrática, los que son desarrollados por el sector público y frecuentemente

⁵⁷⁹ Organización Panamericana de la Salud. Asamblea del Ecuador aprobó el Proyecto de Resolución sobre el cumplimiento de la Agenda 2030. En línea: http://www.paho.org/ecu/index.php?option=com_content&view=article&id=1945:asamblea-del-ecuador-aprobo-el-proyecto-de-resolucion-sobre-el-cumplimiento-de-la-agenda-2030&Itemid=360. Fecha de consulta: 25 de febrero de 2018.

⁵⁸⁰ JIMÉNEZ FRANCO, E. (2017: 190-191).

con la participación de la comunidad y el sector privado. “Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales, y la previsión de sus resultados⁵⁸¹”.

Se puede establecer que las políticas públicas cumplen un ciclo que se divide en varias fases: “a) Origen, creación o gestación; b) formulación; c) puesta en marcha o implementación; d) evaluación; e) análisis, y f) reformulación o reestructuración⁵⁸²”. Estas fases deben constituir el hilo conductor para detallar el panorama de la política pública de infancia en Ecuador.

La discusión sobre las políticas públicas de infancia se vinculan a la necesidad de propuestas que trasciendan la focalización de prestaciones a los grupos vulnerables, y requiere la atención hacia variantes que contemplen “prestaciones universales⁵⁸³”.

Se debe diferenciar claramente tres dimensiones de las acciones públicas con los NNA, que contribuyen a repensar los contenidos de las políticas públicas en la concreción de los derechos de la infancia.

1. La centralidad del derecho como condición de posibilidad de acceder a todos los derechos.
2. La orientación de las participaciones para contribuir a aumentar la democracia y la igualdad intrafamiliar.
3. La necesidad de evitar la violencia y el sufrimiento que las complejas relaciones familiares pueden ocasionar, dando visibilidad y efectivo abordaje a las situaciones de maltrato y abuso sexual infantil⁵⁸⁴.

Lo anterior tiene que indudablemente estar enlazado a los principios de la política pública de la infancia en el que se debe considerar:

- i. La familia como eje central de la sociedad, el Estado está obligado a protegerla y generar condiciones para el ejercicio de sus derechos.
- ii. La perspectiva de derechos y protección integral, al ser sujetos titulares de derechos desde sus primeros años, está ligada al contenido de la CDN.
- iii. La inclusión social y equidad, detallados en la búsqueda permanente de oportunidades con calidad de vida.
- iv. La corresponsabilidad e integralidad, no solo el Estado está en obligación de garantizar el ejercicio de los derechos, también la familia y la sociedad tienen un papel preponderante en un marco de plena cobertura de protección.

⁵⁸¹ LAHERA, E. (2004: 1-32). También referido en el Informe Descriptivo de la Política Pública Nacional y Experiencias Internacionales Respecto a la Atención de NNA. Vulnerados en sus Derechos y sus Familias.

⁵⁸² SIMARRA T, J. (2010: 397-417).

⁵⁸³ FERNÁNDEZ, S. (2010: 12).

⁵⁸⁴ *Ibíd.* p. 11.

v. La promoción en el ámbito de universalización de la protección.

Considerando fundamental que los principios referidos contengan toda política pública de la niñez, es indispensable lograr una articulación intersectorial, interinstitucional, y comunitaria que permita “trascender las limitaciones para el desarrollo de acciones conjuntas y optimizar recursos. La destinación de recursos financieros generosos y sostenibles, especialmente en las zonas menos favorecidas del país, continúa siendo una tarea que el país debe asumir de manera urgente⁵⁸⁵”.

De las políticas públicas analizadas en el desarrollo del presente capítulo se puede criticar que se ha dejado al margen los siguientes elementos:

- La intersectorialidad formulada no solo de la obligación del Estado, sino del compromiso de la sociedad civil, academia, empresarios y familia y de todos los actores y gestores involucrados en la protección de la niñez. En esta línea la función es la de fortalecer el rol de la familia, pero de la real no desde la familia ideal o imaginaria, en urdir efectivos los derechos establecidos. Además la política debe diseñarse, evaluarse y rediseñarse mediante proceso participativos de los NNA.
- Si bien el marco normativo de la niñez en el Ecuador se respalda en los principios de la CDN y en la doctrina de la protección integral, no es lo suficiente que permita una cobertura total en el ámbito de la protección de los NNA en situaciones de normalidad y riesgo, y debe por tanto a futuro realizarse una reforma integral y global del CONA.
- No se cuenta con una verdadera arquitectura institucional fuerte y sólida que lidere, articule y coordine en territorio nacional y local la política de atención integral de la niñez. La institucionalidad ha sido devastada, el solo hecho de integrar la protección de la infancia como un apéndice en el Consejo de Igualdad Intergeneracional rompió el principio de especificidad del tratamiento de la niñez.
- Factor preponderante es que no existe sostenibilidad de la política pública de la infancia, para ello se requiere voluntad política de los gobernantes de turno, y no considerar a los NNA como objeto de servicios o beneficios públicos, al contrario deben siempre considerarlos desde cualquier estamento estatal en calidad de “SUJETOS DE DERECHOS”.
- También es de vital importancia la sostenibilidad del financiamiento⁵⁸⁶, la asignación de recursos debe ser considerada no como gasto, sino como inversión en la atención integral de la niñez.
- Otro factor es el hecho de que dada la diversidad geográfica y cultural, y la realidad nacional y local del Ecuador, en la formulación y estructura de la política pública exista flexibilidad en su adaptación para trascender

⁵⁸⁵ SIMARRA T, J. (2010: 415).

⁵⁸⁶ Que será motivo de análisis en el capítulo seis de la investigación desde el ámbito de la asistencia presupuestaria a la niñez en el Ecuador en relación con otros países, y realizar propuesta de *lege ferenda*.

de la apelación retórica de los derechos y acercarnos a una visión operativa de los mismos con carácter futurista en la aplicación de la Agenda 2030.

En consecuencia, germina la necesidad de lograr “espacios democráticos basados en la integridad, la apertura, la transparencia y el trabajo conjunto, que propicien un nuevo contrato social” y un nuevo modelo de sociedad, a partir de la denominada “*sabiduría de la multitud*” con la finalidad de modernizar la Administración Pública y prestar un servicio adecuado a la ciudadanía. Surge la oportunidad de aprovechar el nuevo modelo de gobierno abierto para la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, como están desarrollando ciertos países en la elaboración de sus Planes Nacionales de Acción. No olvidemos que el Estado de Derecho y el desarrollo sostenible tienen una interrelación significativa y se refuerzan mutuamente⁵⁸⁷.

⁵⁸⁷ JIMÉNEZ FRANCO, E. (2017: 215).

CAPÍTULO V. LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL DESCENTRALIZADA DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

5.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL FACTOR HUMANO

Pasamos a continuación a examinar la conformación de la Administración Pública en la prestación de servicios públicos y en el ámbito de los servidores públicos, se debe considerar lo que dice la doctrina respecto a la organización de la Administración Pública con especial énfasis a la prestación de servicios, y conocer todo su entramado de constitución y verificar si existe en el Ecuador el sistema descentralizado de protección o solamente es una denominación que establece la Ley y la Constitución para disfrazar la verdadera realidad de la protección a la niñez en el Ecuador.

Se inicia conceptualizando lo que es la Administración Pública, cuya definición no está “exenta de dificultades, debido a la extraordinaria variedad de entidades enclavadas en el sector público y a la diversidad de sus fines⁵⁸⁸”. En mérito que Gamero y Fernandez (2014) nos presentan una tabla con bordes descriptivos sobre el concepto de Administración Pública, textualmente se transcribe en la medida que nos permite conocer desde el ámbito de la denominación: jurisdiccional, del servicio, del poder, del funcionalismo y desde lo subjetivo, con la determinación de un concepto base y la definición de la actividad u operación.

Tabla 8. Conceptualización de Administración Pública.

Denominación de la teoría y autor principal	Concepto-base	Definición resultante
Jurisdiccional: Cormenin, Geraldo, Macarel	Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa	Son Administraciones Públicas las instituciones cuya actividad es revisada judicialmente por el Consejo de Estado.
Del servicio público: Escuela de Burdeos (DUGUIT)	Servicio público (interés general)	Son Administraciones Públicas las instituciones que actúan en persecución del interés general.
Del poder público: Escuela de Tolosa (HAURIOU)	Poder público de naturaleza imperativa	Son Administración Pública los sujetos que ejercen poder público de carácter imperativo.
Funcionalista: Oliván, Colmeiro, De Burgos, Posada De Herrera, Garrido-Falla, López Muñiz	Función administrativa	Es Administración Pública aquella parte del poder ejecutivo distinta del Gobierno y dirigida a la ejecución de las leyes.
Subjetiva: García De Enterría	Personalidad jurídica de la Administración	La Administración Pública es un conjunto de órganos dotados de personalidad jurídica, y sometidos a un Derecho estatutario propio.

Fuente: Texto de Gamero Casado, E.; Fernandez Ramos, S.

⁵⁸⁸ GAMERO CASADO, E.; FERNANDEZ RAMOS, S. (2014: 65).

Una vez conocidos los conceptos de Administración Pública, dada la vigencia actual de la noción, acojo la definición de Gamero y Fernandez, quienes consideran a la Administración Pública “una organización social dotada de personalidad jurídica y de poder público con la finalidad institucional de servir al interés general, sometiéndose plenamente al Derecho y al control social⁵⁸⁹”, el acño lo fundamento en el hecho de que el fin de toda Administración Pública es el servicio como base fundamental de mejoramiento de la sociedad.

Considerando que si la infancia se encuentra bien atendida sin duda existirá un estado de bienestar⁵⁹⁰, cuya definición⁵⁹¹ se caracteriza por la “intervención generalizada en la totalidad de los campos de la vida social y económica, siendo su expresión política y económica el denominado Estado de Bienestar o Estado Providencia de Forsthoff, y que en términos jurídicos suele conocerse como Estado social y democrático de Derecho⁵⁹²”. En el Ecuador, conocido como Estado constitucional de derechos y justicia que ya fue analizado en capítulos anteriores.

El cimiento del Estado de bienestar o Estado social en palabras de Jiménez Franco E, quien considera como referencia a los autores Muñoz Machado, S.; García Delgado, J.; González Seara, L. (1997) “se encuentra fundamentado en unos principios constitucionales esenciales y unos fines distintivos que se traducen en dos nuevas funciones de carácter teleológico como son, por un lado, la previsión de la existencia, es decir, el deber del Estado de satisfacer un nivel mínimo de bienestar a todos los ciudadanos, incapaces de conseguirlo por sí solos. Y por otro, la redistribución social entendida como el intento de conseguir una mejor y más adecuada distribución de lo producido, así como la pretensión de lograr un equilibrio entre las clases, grupos y territorios que componen una comunidad nacional”.

Por consecuencia, el Estado social debe proveer al conjunto de la sociedad de sistemas vitales y de prestaciones, constituyéndose, fundamentalmente, como un “aparato prestacional y redistribuidor⁵⁹³”, donde la trascendencia y preeminencia de la familia es trascendente, como “elemento natural y fundamental de la sociedad⁵⁹⁴”, en la cual sin lugar a dudas es de vital protección y atención a los NNA.

Si consideramos que la parte fundamental de la Administración Pública es el servicio, es vital referirse a quienes lo prestan y sin lugar a dudas, tiene vigencia permanente el factor humano, considerando como expone Jiménez Franco, E. “La Administración Pública es, ante todo, una organización dirigida a la prestación de servicios al ciudadano. Su legitimidad viene dada por su carácter servicial, en su instrumentalidad al servicio de la eficacia y la objetividad de su funcionamiento, tratando de dar cumplimiento a los fines constitucionales de eficacia, calidad, servicio y

⁵⁸⁹ *Ibid.* p. 66.

⁵⁹⁰ Para mayor abundamiento. JIMENEZ FRANCO, E. “El Estado de Bienestar: orígenes, alternativas y nuevas perspectivas”. En ESCOBAR, C.; SANCHEZ, G. (Coord.), *El Trabajo Social en la era de la incertidumbre*. Salamanca. (2000: 55-72).

⁵⁹¹ Otra definición pertinente sobre el sistema de bienestar es “un conjunto de actividades institucionalizadas que están orientadas a conseguir la generalización de recursos de bienestar indispensables a los individuos para operar como partícipes en un orden de libertad y como miembros de una comunidad cívica”. PÉREZ-DÍAZ, V.; CHULIA, E.; y ALVAREZ-MIRANDA, B., *Familia y sistema de bienestar. La experiencia española con el paro, las pensiones, la sanidad y la educación*, Fundación Argentaria. Madrid. Visor. (1998: 157).

⁵⁹² JIMÉNEZ FRANCO, E. (2000: 56).

⁵⁹³ *Ibid.* p. 61.

⁵⁹⁴ Artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

responsabilidad⁵⁹⁵”.

En la medida de que “El factor humano es pieza esencial del funcionamiento de las Administraciones Públicas, pues, por idónea que sea la legislación que rige la actividad administrativa y los medios materiales de que se las dote, ninguna Administración puede responder con eficacia a las demandas de la sociedad si no cuenta con un conjunto suficiente de funcionarios o empleados, que reúnan la capacidad profesional necesaria, se hallen debidamente motivados y actúen con sujeción a los valores esenciales del servicio público en un sistema democrático, como son los de eficiencia, imparcialidad, receptividad, honestidad, responsabilidad y respeto a la ley y a los derechos de los ciudadanos⁵⁹⁶”.

Si el factor humano es esencial en el funcionamiento de la Administración Pública, es conveniente y vital que se proceda a descifrar como es la organización de la administración y su grado de participación en dicha estructura. Considerando que una organización pública constituye Administración Pública cuando tiene personalidad jurídica propia, y se establecen competencias externas para los órganos administrativos conocidas también como unidad interna de la administración y las unidades administrativas sin competencias externas⁵⁹⁷.

A juicio de Gamero y Fernandez (2014) los criterios de estructuración de los órganos de la Administración Pública, son: El criterio material que sirve para demarcar varios órganos es decir, la “distribución de la competencia por fines o materia se trata de un reparto funcional o por especialización en un sector o subsector de las funciones asignadas a la organización”; En el criterio jerárquico las relaciones entre los órganos de la administración están moduladas en base al criterio de “competencia funcional sobre una misma materia”, en base a un reparto vertical a los órganos superiores de la estructura de mayor trascendencia; y el criterio territorial que se aplica “para distribuir la competencia entre órganos de una misma Entidad con idénticas competencias materiales y situadas a un mismo nivel jerárquico”.

Si consideramos la intervención del factor humano, observamos que aquí se encuentra la clase política sujeta a la incertidumbre de la inestabilidad de permanencia en los cargos, lo que dificulta la formulación y aplicación de los proyectos y políticas de protección a la niñez en el caso de la presente investigación, que tengan secuencia de permanente esmero, considerando además que la carga ideológica de los dirigentes de turno afecta enormemente su vigencia.

Subordinados a los órganos administrativos de la Administración Pública se encuentran las unidades internas administrativas de apoyo que no tienen capacidad de expresar externamente la voluntad y la decisión de la Administración, que están supeditados a la elaboración de trámites burocráticos o los más elementales. Las personas que encontramos en ellas es el “personal al servicio profesional de las Administraciones Públicas órganos administrativos, es decir, la burocracia administrativa-como regla general, los funcionarios públicos-; y, por lo tanto sujeto al principio de imparcialidad, y cuya selección debe obedecer, no ya a criterios de confianza política, sino a los principios de mérito y capacidad”.

⁵⁹⁵ JIMÉNEZ FRANCO, E. (2005: 107).

⁵⁹⁶ ROMÁN RIECHMANN, C.; SÁNCHEZ MORÓN, M.; VELÁZQUEZ LÓPEZ, F. (2004: 479).

⁵⁹⁷ GAMERO CASADO, E.; FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2014: 113-121).

Reviste de gran importancia la participación de los servidores públicos de carrera⁵⁹⁸ como se denomina en el Ecuador, que ingresan al servicio público a través de un concurso de méritos y oposición como lo ordena la disposición constitucional prevista en el artículo 228, sin embargo de lo cual una vez obtenido el cargo, lamentablemente el funcionario se anquilosa en su cargo y pierde la perspectiva de servicio que le debe caracterizar permanentemente, en la medida que se constituyen en factores fundamentales para la aplicación del sistema de protección de la infancia en Ecuador, que según norma legal y constitucional es descentralizado.

Corresponde por consecuencia, indagar doctrinariamente qué es la descentralización, cuál es su verdadero contenido y alcance, posteriormente confrontar con la realidad de la Administración Pública ecuatoriana en su entramado del sistema de protección de la niñez, y determinar si verdaderamente existe este sistema descentralizado o simplemente es una denominación legal para tranquilizar los embates de la exigencia de los derechos de la niñez en el Ecuador, franquear revisión de la institucionalidad a cargo de ella, comparar con el sistema de protección de España y Colombia, y sugerir profundos cambios en el sistema de protección de la niñez.

5.2. LA DESCENTRALIZACIÓN EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ: UTOPIA O REALIDAD

En el ámbito de la investigación realizada en el Ecuador, el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, se cimienta en los principios consagrados por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales y el CONA⁵⁹⁹, en el contorno de la descentralización establecida en la Constitución, se tiene que conforme el artículo 341 “El sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Serán parte del sistema las instituciones públicas, privadas y comunitarias”.

Si dentro de este sistema se establece que forman parte del mismo las instituciones públicas, es imperioso referirse a ellas en el Ecuador, al efecto el artículo 225 de la CRE precisa que lo conforman: “1. Los organismos y dependencias de las

⁵⁹⁸ “Para ocupar puestos de carrera, deberán tener una residencia en el país de al menos 5 años y haber cumplido el respectivo concurso de méritos y oposición.” Artículo 5 de la Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP. Registro Oficial. Suplemento 294 de 06 de octubre de 2010, que además especifica los requisitos para el ingreso y según el contenido del artículo se requiere: a) Ser mayor de 18 años y estar en el pleno ejercicio de los derechos previstos por la Constitución de la República y la Ley para el desempeño de una función pública; b) No encontrarse en interdicción civil, no ser el deudor al que se siga proceso de concurso de acreedores y no hallarse en estado de insolvencia fraudulenta declarada judicialmente; c) No estar comprendido en alguna de las causales de prohibición para ejercer cargos públicos; d) Cumplir con los requerimientos de preparación académica y demás competencias exigibles previstas en esta Ley y su Reglamento; e) Haber sufragado, cuando se tiene obligación de hacerlo, salvo las causas de excusa previstas en la Ley; f) No encontrarse en mora del pago de créditos establecidos a favor de entidades u organismos del sector público, a excepción de lo establecido en el Artículo 9 de la presente Ley; g) Presentar la declaración patrimonial juramentada en la que se incluirá lo siguiente: g.1.- Autorización para levantar el sigilo de sus cuentas bancarias; g.2.- Declaración de no adeudar más de dos pensiones alimenticias; y, g.3.- Declaración de no encontrarse incurso en nepotismo, inhabilidades o prohibiciones previstas en la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente. h) Haber sido declarado triunfador en el concurso de méritos y oposición, salvo en los casos de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción”.

⁵⁹⁹ En los artículos 190 y 191 del CONA, se conceptúa al sistema descentralizado de la niñez como: “ un conjunto articulado y coordinado de organismos, entidades y servicios, públicos y privados, que definen, ejecutan, controlan y evalúan las políticas, planes, programas y acciones, con el propósito de garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia; define medidas, procedimientos, sanciones y recursos, en todos los ámbitos, para asegurar la vigencia, ejercicio, exigibilidad y restitución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, establecidos en este Código, la Constitución Política y los instrumentos jurídicos internacionales”.

funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social⁶⁰⁰. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”.

Las instituciones públicas mencionadas forman parte de la Administración Pública, que en el Ecuador conforme el artículo 227 de la CRE se rigen bajo principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación, en estrecha relación con los principios rectores de construcción del sistema de protección de la niñez “participación social, la descentralización y desconcentración de sus acciones, la legalidad, la economía procesal, la motivación⁶⁰¹ de todo acto administrativo y jurisdiccional, la eficiencia y la eficacia⁶⁰²”.

De lo analizado en el Ecuador en el ámbito de la protección de la niñez tiene fuerte vinculación el principio de descentralización, por ende incluso en la propia denominación del sistema se hace mención a este término, corresponde por tanto indagar sobre lo que ha determinado la doctrina en relación al principio.

Según Gamero Casado, E.; Fernandez Ramos, S. (2014) “la doctrina española viene conceptuando la descentralización de un modo abstracto, como una transferencia de competencias entre dos Administraciones públicas, es decir, como una traslación de competencias intersubjetiva”. Considerando este concepto se aprecia que existen dos variedades de descentralización: La descentralización territorial, “Es la descentralización tradicional que opera entre Administraciones Públicas territoriales por ejemplo de la Administración del Estado a la Entidades Locales, marcado con un carácter político”. La segunda clase de descentralización es la funcional también llamada descentralización institucional o por servicios “opera entre una Administración territorial y una Administración institucional o especializada”.

A diferencia de la anterior, “esta operación obedece, a una finalidad, en principio, exclusivamente técnica: se trata de crear un instrumento al servicio de una gestión más ágil y eficaz de los servicios y funciones públicas, pues al atribuirse personalidad jurídica propia a una parte de la organización administrativa, los actos de la nueva entidad así creada se imputan jurídicamente a ella y no a la Administración matriz, lo cual permite a esta Administración una gestión especializada de los servicios y funciones públicas⁶⁰³”.

Las dos clases de descentralización referidas constan en la legislación administrativa del Ecuador, al efecto en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante, ERJAFE) dice: Mediante la

⁶⁰⁰ En el Ecuador contrario a lo que existe en varios países del mundo, donde solamente se establece la triada de las funciones Ejecutivo, Legislativo y Judicial, se ha incorporado dos funciones del Estado, como la de Transparencia y Electoral.

⁶⁰¹ Constituye una garantía del derecho al debido proceso prevista en el artículo 77.6. I de la Constitución de la República.

⁶⁰² Artículo 191 del CONA.

⁶⁰³ GAMERO CASADO, E.; FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2014: 121-122).

descentralización administrativa se transfieren de manera definitiva funciones que desempeñan órganos de la Administración Central a favor de entidades de Derecho Público de la Administración Pública Institucional (descentralización funcional) o del Régimen Seccional Autónomo (descentralización territorial)⁶⁰⁴.

La división se mantiene en el nuevo Código Orgánico Administrativo⁶⁰⁵ (en adelante, COA), que entrará en vigencia el 17 de julio de 2018 en Ecuador, al referir el artículo 83 que dice “La descentralización de la gestión del Estado consiste en la transferencia obligatoria, progresiva y definitiva de competencias, con los respectivos talentos humanos y recursos financieros, materiales y tecnológicos, desde la administración pública central hacia los Gobiernos Autónomos Descentralizados, a través del procedimiento previsto en la ley”.

Este procedimiento para la transferencia de competencias se encuentra previsto en el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial Autonomía y Descentralización (en adelante, COOTAD), que además define a la descentralización de la gestión estatal como “la transferencia obligatoria, progresiva y definitiva de competencias, con los respectivos talentos humanos y recursos financieros, materiales y tecnológicos, desde el gobierno central hacia los gobiernos autónomos descentralizados⁶⁰⁶”, diferenciándose únicamente por quienes realizan las transferencias, el uno desde la Administración Pública y el otro desde el gobierno central.

El nuevo marco administrativo en el Ecuador a posicionarse a partir de julio de 2018, regulará el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público, bajo la irradiación de diecisiete principios como: eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia, evaluación, juridicidad, responsabilidad, proporcionalidad y buena fe. En relación con el principio de descentralización, el artículo 8 del COA ordena que éste principio debe obligatoriamente implantarse al disponer que “Los organismos del Estado propenden a la instauración de la división objetiva de funciones y la división subjetiva de órganos, entre las diferentes administraciones públicas”.

La doctrina española referida deja posicionado que la descentralización es la transferencia de competencias. Corresponde pasar escrutinio a la doctrina ecuatoriana, con su propia realidad andina, al efecto sobre este principio dice “la descentralización ecuatoriana puede entenderse también como el despliegue de una estrategia de organización del Estado, que transfiere o devuelve competencias y recursos económicos, desde el gobierno central a instancias regionales o locales cercanas a la población (públicas o privadas), dotadas de independencia administrativa y legítimamente constituidas. La descentralización es un mecanismo estratégico, una argucia gubernativa para llegar con poder y medios efectivos, lo más cerca posible de la población necesitada de atención mediante los servicios y las obras públicas⁶⁰⁷”.

⁶⁰⁴ El ERJAFE surge en el Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial N° 536 de 18 de Marzo del 2002.

⁶⁰⁵ El nuevo Código Orgánico Administrativo entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial. Así se establece en la Disposición Final, publicada en Ley No. 0 del Registro Oficial Suplemento 31 de 7 de Julio del 2017.

⁶⁰⁶ Artículo 105 del COOTAD.

⁶⁰⁷ MONTAÑO GALARZA, C. (2013: 57).

Montaño Galarza, C. (2013) ratifica que el eje central de la descentralización es la transferencia de competencias que debe considerarse como un “mecanismo estratégico” del Estado, sin embargo de lo cual en el contexto ecuatoriano dada la inestabilidad política que existe no se lo considera así, en la medida que cada gobernante de turno, no prioriza esta visión estratégica, pues la Administración Pública está sujeta a permanente cambio⁶⁰⁸, dado el componente político que le irradia.

Carrión, F. (2007) lo revalida al precisar que “La descentralización es un proceso político complejo, que está vinculado a los actores sociales y políticos propios de cada una de las coyunturas; es decir, a la correlación de fuerzas y a la construcción de una hegemonía en un momento específico. Es más, todo proceso de descentralización se desarrolla sobre la base de varios proyectos que se impulsan de manera simultánea, al extremo de que se podría afirmar que no existe un proyecto único y definitivo, sino una pluralidad de ellos. Por eso es un proceso que puede ir o volver, acelerarse o detenerse así como cambiar de modelo o de proyecto; por eso se debe considerar un proceso inacabado y abierto, en permanente definición⁶⁰⁹”.

Desde una traza histórica de la descentralización se deben plantear las condiciones con las que se llega al momento actual, “las cuales están fuertemente condicionadas por las características del proceso de globalización, que conduce a la afirmación de que los estados nacionales son demasiado grandes para la diversidad local y muy pequeños para la globalización”, considerando que en el Ecuador y en América Latina la política de descentralización ha mudado en torno a tres cuestiones: “primero, al descentralizar funciones y servicios prestados por el Estado se aspira a lograr mayor eficacia; segundo, al descentralizar competencias políticas se aspira a ampliar los espacios de participación de la ciudadanía; y, tercero al descentralizar la planificación económica se aspira, por un lado, a aumentar las capacidades reguladoras del Estado, por otro, a reducir desigualdades⁶¹⁰”.

Pese a los permanentes procesos de descentralización es “difícil sostener que se ha mejorado la calidad de vida de la población en la región, porque si revisamos los informes sociales de la CEPAL se observa un incremento de la pobreza y la indigencia en América Latina. Según el Panorama Social de CEPAL (2004), América Latina ha visto incrementar el número de pobres, al extremo de que hoy hay muchos más pobres y son mucho más pobres de lo que teníamos a principio de la década de los años ochenta. En otras palabras, la descentralización no ha reducido la pobreza ni por necesidades básicas insatisfechas, ni por generación de empleo, ni por mejora de la calidad de vida. No se puede negar –tampoco- que se han incrementado las desigualdades y las inequidades sociales y económicas⁶¹¹”.

⁶⁰⁸ En el gobierno de Rafael Correa Delgado en el Ecuador durante el periodo 2007-2017, se establecieron ocho Secretarías de Estado, seis Ministerios Coordinadores y veintidós Ministerios de Estado, una estructura administrativa grande comparado con la población existente en Ecuador y el área territorial de 283.560 kilómetros cuadrados. En el gobierno del actual Presidente Lenin Moreno Garcés, a inicios de su mandato mayo 2017 se determinó la existencia de veinte y tres Ministerios y doce Secretarías de Estado, eliminado los seis Ministerio Coordinadores; dado la actual crisis económica existente a abril de 2018, el tamaño de la Administración pública empieza a reducirse drásticamente; se comenzó a unificar o absorber Ministerios, como por ejemplo el Ministerio de Educación que absorbe al Ministerio de Deportes.

⁶⁰⁹ CARRIÓN M, F. (2007: 37-52).

⁶¹⁰ MONTAÑO GALARZA, C. (2013: 59).

⁶¹¹ CARRIÓN M, F. (2007: 48).

Si este es el nuevo marco jurídico administrativo y el principio de descentralización tiene vital referencia, es necesario conocer que en la actualidad como forma de organización de la Administración Pública, la descentralización surge de la “necesidad de facilitar las condiciones de acercamiento, relación y vínculo de los ciudadanos con las autoridades, empoderando a los gobiernos locales con las transferencias de competencias desde un análisis técnico, político y social, que deben asumir estos niveles para lograr el equilibrio territorial y la equidad en la prestación de servicios públicos, aplicando los principios de subsidiariedad, solidaridad, integración, entre otros⁶¹²”.

El “cambio” parece ser la caracterización más acusada en la entrada de este milenio. Somos conscientes de una nueva transición demográfica, la innovación tecnológica, la globalización de la economía, de las comunicaciones, las transformaciones sociales, la necesaria revisión de la configuración del Estado, y entonces por qué no de la familia. En este sentido, “la gran capacidad de aclimatización de la familia a los tiempos cambiantes es donde aparece nucleada su verdadera fuerza de permanencia y su reconocimiento como mecanismo más difundido para la solidaridad, la integración y la cohesión social⁶¹³”.

Concordando con Jiménez Franco, E., en el proceso histórico de fortalecimiento y protección de la familia al integrarse en un permanente desarrollo, se han tratado de implementar distintos sistemas de protección acuñados en el Ecuador por los diversos gobiernos, muchos de estos procesos de protección se han quedado solamente en normas legales y reglamentarias, que no han tenido aplicación efectiva en el verdadero ejercicio de los derechos de los infantes. Sin embargo de ello la familia seguirá su proceso evolutivo y es hacia allá donde deben proyectarse todos los sectores de la sociedad: sector privado, academia y en especial la Administración Pública.

Para conseguir lo anterior, es necesario fortalecer el principio de descentralización conjuntamente con el respeto de principios administrativos dentro de la Administración Pública, en gran medida como contundentemente menciona Jiménez Franco, E., (2005) apoyándose en Prats Catalá, “las Administraciones Públicas a las que se aspira deben ser un reflejo coherente con la sociedad que se ambiciona. No hay buena administración con mala sociedad y no hay buena sociedad que dure sin una buena administración que la sirva. Si los valores, principios y procedimientos de una buena administración no llegan a constituir valores sociales, si no se insertan en la cultura cívica del país, si son sólo valores de buena técnica o de buena administración, fallará la demanda social y la presión política que son condición necesaria de toda reforma administrativa auténtica”.

En consecuencia las Administraciones deben ser valoradas desde la sociedad a la que sirven, y sus servidores deben reconceptualizarse como servidores civiles antes que como servidores del Estado. “El objetivo central debe ser construir una buena sociedad, y el instrumento imprescindible para ello, entre otros, es construir una buena Administración. Si aspiramos a una sociedad democrática avanzada, que alcance los niveles de libertad, bienestar, seguridad, cohesión y equidad de los países con que de verdad aspiramos a converger, tendremos que abordar decididamente la puesta a punto de nuestras Administraciones Públicas. Para ello habrá que superar la dinámica de los

⁶¹² LUNA LARA, M. (2018: 43-44).

⁶¹³ JIMÉNEZ FRANCO, E. (2005: 106).

parcheos y plantear de una vez una estrategia integral de reforma administrativa⁶¹⁴.

En este apartado concluimos que el principio de la descentralización en el Ecuador en el ámbito de su realidad, se encuentra fijado clara y abundantemente en normas constitucionales y legales. En el ámbito de la niñez solamente mencionar que preexiste un sistema descentralizado de protección, cabría pensar que impera un verdadero sistema de protección, sin embargo encontramos que esto no es así, pero antes de llegar a justificar esta hipótesis, queda realizar una reprensión de las instituciones públicas y privadas en el entramado de la protección de la niñez en el Ecuador. Posteriormente analizar los sistemas de protección de Colombia y España, y dilucidar si existe o no el sistema descentralizado de protección, y cuál sería la propuesta de un verdadero sistema de protección asumiendo una perspectiva integral.

5.3. COMPOSICIÓN DEL SISTEMA DESCENTRALIZADO DE PROTECCIÓN

El CONA señala 5 subdivisiones de las políticas dirigidas a la protección integral de los NNA que viven en Ecuador, estos son⁶¹⁵:

- Las relativas a todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes de acceso a las condiciones universales. Dichas políticas son denominadas “Las políticas sociales básicas y fundamentales”.
- Las dirigidas a los NNA que sean afectados por desastres naturales o los que se encuentran sometidos a extrema pobreza, tituladas “Las políticas de atención emergente”.
- Las destinadas a la restitución de los derechos infringidos, por ejemplo, cuando son víctimas del maltrato infantil, nombradas “Las políticas de protección especial”.
- Las adoptadas en aras de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de la niñez y adolescencia, denominadas “Las políticas de defensa, protección y exigibilidad de derechos”.
- Las diseñadas con la finalidad de mejorar la ciudadanía en la República, titulada como “Las políticas de participación”.

El Sistema Nacional Descentralizado para la Protección Integral de los NNA en Ecuador está conformado por diferentes organizaciones y entidades, tanto públicas y privadas, con el objetivo de definir y ejecutar políticas y programas públicos, medidas, procedimientos y todo lo relacionado con la garantía, la protección y el ejercicio efectivo de los derechos de los NNA en la República, establecidos en los diferentes instrumentos jurídicos internacionales y en el ordenamiento jurídico interno del país, tal y como queda previsto en el artículo 190 del CONA.

⁶¹⁴ PRATS CATALÁ, J. (2004: 32).

⁶¹⁵ MORLACHETTI, A. (2015: 47).

Además, el artículo 191 del CONA, indica que los principios rectores del sistema mencionado, no solo consisten en la: “participación social, la descentralización y desconcentración de sus acciones; la legalidad, la economía procesal, la motivación de todo acto administrativo, y jurisdiccional, la eficiencia y eficacia; y la corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad”, sino también, en los principios generales que están establecidos a lo largo y ancho de la CRE, las normas jurídicas internacionales, en el CONA, en el Código de Ética y en la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad.

En el artículo 192 del CONA se enumeran tres niveles de Organismos que forman el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, a saber los organismos de primer nivel que lo conforman los diferentes organismos encargados de la definición, planificación, control y evaluación de políticas, y son: a) El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia⁶¹⁶, y b) Los Consejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia⁶¹⁷.

Los organismos de segundo nivel, tienen como funciones la protección, la defensa y la exigibilidad de los derechos de la niñez y adolescencia. Entre otros son: a) Las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, y b) La Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia.

Los organismos de tercer nivel, lo constituyen órganos ejecutores de las políticas, los planes, los programas y los proyectos, que son: a) Las entidades públicas de atención, y b) Las entidades privadas de atención.

No obstante, en el 2014 con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad, se suprimió el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y los Consejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia⁶¹⁸. En tal sentido, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, la composición del sistema descentralizado de protección de los NNA en Ecuador es la siguiente:

- Las Instituciones Públicas Administrativas, integradas por el Ministerio de Inclusión Económica y Social, El Consejo de Igualdad Intergeneracional, Las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, Defensoría del Pueblo, Defensorías Comunitarias de la Niñez, y, Policía Especializada de los Niños, Niñas y Adolescentes (en adelante, DINAPEN).
- La Estructura Orgánica Judicial (La Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia) conformada por: Unidades Judiciales de la Niñez y la Adolescencia; Salas de Familia, Niñez y Adolescencia de las Cortes Provinciales del país; Sala de Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia; Fiscalía General del

⁶¹⁶ Quedó suprimido con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad, de fecha 7 de julio del 2014 (Registro Oficial Suplemento 283), que en su disposición tercera, derogó, entre otros, el artículo 194, del 196 al 198 del CONA, en las que se creaba dicho Consejo, modificando además el artículo 195, al señalar que le corresponde al Ministerio encargado de los asuntos de inclusión económica y social, en su calidad de rector de la política pública de protección social integral.

⁶¹⁷ Se suprimió el Consejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad, que en su disposición tercera, derogó, desde el artículo 201 al 204 del CONA, en las que se creaban dichos Consejos.

⁶¹⁸ Disposición Derogatoria Tercera de la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad.

Estado y la Corte Constitucional.

- Las Instituciones Privadas que brindan protección a la niñez y a la adolescencia.

Al respecto, Morlachetti muestra que “el Código establece que también forman parte el Sistema Nacional de Protección Integral, la Defensoría del Pueblo, las Defensorías Comunitarias de la Niñez y Adolescencia y la Policía Especializada de Niños, Niñas y Adolescentes⁶¹⁹”.

Se observa de esta manera, que el Sistema de Protección Integral de los NNA en el país fue reestructurado a partir del año 2014, mediante la modificación de normas jurídicas fundamentales para tales efectos, con la finalidad de garantizar los derechos de las personas menores de 18 años que residan en el territorio nacional, no solo mediante la ejecución de las políticas públicas para la prevención de los delitos en contra de dichos derechos, sino también a través de medidas que buscan la restitución de los mismos cuando sean infringidos.

Ahora bien, aun cuando el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (CNNA) fue suprimido, es importante analizar algunos aspectos que lo regulaban. Verbigracia, la disposición del artículo 194 del CONA señalaba que su naturaleza jurídica, era con personalidad jurídica de derecho público, con una autonomía orgánica, funcional y presupuestaria, teniendo como fin garantizar el cumplimiento de todos los derechos de los NNA establecidos en el instrumento jurídico.

Así mismo tenía como funciones⁶²⁰ entre otras, definir y evaluar el cumplimiento de las políticas a nivel nacional con respecto a la protección de la niñez y adolescencia, asegurar la correspondencia de las políticas sectoriales y seccionales con la política nacional de protección integral y exigir de los organismos responsables su cumplimiento. Se aclara que la supresión del mencionado ente del Estado, no exterioriza que las funciones que ejercía dejaron de cumplirse, más bien fueron redistribuidas entre los entes creados con la vigencia de la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad y otros ya existentes, que se analizarán adelante.

Al Sistema Nacional de Protección Integral de los NNA vigente se le suman otras entidades públicas nacionales e internacionales y privadas de atención o como las ONG, que en la etapa de ejecución se encargan de aplicar las “políticas, planes, programas, proyectos, acciones y medidas de protección y sanción, de acuerdo con las políticas y planes definidos por los organismos competentes y a las instrucciones de la autoridad que legitimó su funcionamiento⁶²¹”.

Morlachetti indica que existen varios defectos en el sistema de protección en el Ecuador, sin embargo se señalan dos: el primero es referente al presupuesto, considerando que no existen mecanismos de “articulación con otros organismos fuera del Sistema de Protección que son claves para financiar el sistema”, y el segundo es más generalizado al exponer que: “No se cuenta con una evaluación y monitoreo exhaustivo y sistemático de los alcances y resultados del sistema”.

⁶¹⁹ MORLACHETTI, A. (2013: 51).

⁶²⁰ Artículo 195 del CONA.

⁶²¹ MORLACHETTI, A. (2013: 49-52).

Desprendiéndose de lo expuesto, según el autor citado, el régimen de protección ecuatoriano tiene varias debilidades, que en primer término deben estudiarse y analizarse, para luego aplicar las medidas necesarias y mejorarlo, sea mediante la reforma de normas jurídicas sustanciales, mejoramiento de las infraestructuras, capacitaciones de los responsables y/o cualquier otra que sea necesaria, siempre y cuando permita garantizar una efectividad en la ejecución de las políticas públicas, la prevención de los delitos en contra de los NNA y la restitución eficaz de los derechos vulnerados.

Con respecto a las debilidades observadas en el sistema de protección integral de la niñez y adolescencia en Ecuador en el 2010, el Comité de los Derechos del Niño recomendó a la República del Ecuador que debe tomar en cuenta la “necesidad de que las políticas, los programas y los recursos humanos destinados a los niños sean específicos y especializados, sin perjuicio de aspirar a una mayor racionalidad institucional y presupuestaria⁶²²”, debiendo tener facultades específicas y exclusivas sobre los derechos de la niñez y adolescencia, respetando la estructura del Sistema de protección integral.

De acuerdo con el organismo de las Naciones Unidas (Comité de los Derechos del Niño), los integrantes del sistema de protección de los NNA deben estar especializados en la materia, no solo como órgano institución (un todo), sino como órgano individuo (funcionarios y personal que labora allí).

Se infiere de lo anterior que las funciones de los mismos deben girar en torno a los derechos y garantías de las personas menores de 18 años (específica y exclusivamente en el tema de los niños y adolescentes), y el personal que se encarga de ejercer dichas funciones han de tener pleno conocimiento sobre:

1. Los límites y las facultades que tienen.
2. Los derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes.
3. El trato que debe tener con ellos.
4. Las responsabilidades en el ejercicio de sus funciones.
5. La normativa nacional e internacional sobre la materia.
6. El funcionamiento integral del sistema de protección vigente.

Luego del análisis anterior, se indica que la base normativa del Sistema Integral de los NNA en Ecuador es el siguiente:

⁶²² Comité de los Derechos del Niño (2010). Observaciones finales: Ecuador. CRC/C/ECU/CO/4, de 2 de marzo de 2010.

Tabla 9. Base Normativa del Sistema Descentralizado de la Infancia y Adolescencia del Ecuador.

Base Normativa del Sistema Descentralizado de la Infancia y Adolescencia del Ecuador.
Constitución 2008.
Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia 2003.
Código Orgánico Integral Penal 2014.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización 2010.
Código Orgánico General de Procesos 2015.
Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad 2014.
El Código de Ética 2013.
Código Orgánico Administrativo 2018.
Código Civil (Codificación 2005).
Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva 1994.
Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional del MIES 2015

Fuente: Normativa Ecuatoriana. Elaboración del autor.

5.3.1. Instituciones Públicas Administrativas

Como antecedente histórico se debe considerar que desde el año 2007, la institución rectora en el ámbito social era el Ministerio Coordinador de Desarrollo Social⁶²³ en virtud que absorbió las funciones de la Secretaría Técnica de Coordinación de Desarrollo Social en el 2008⁶²⁴, y su misión era:

“Proponer políticas interministeriales de desarrollo social mediante la coordinación, articulación y monitoreo permanente de las políticas, planes y programas sociales ejecutados por los Ministerios que forman parte del Consejo Sectorial de Políticas de Desarrollo Social; generación de procesos de información, investigación, selección de beneficiarios de programas sociales, asistencia técnica y evaluación; diseño y ejecución de programas prioritarios de corto y mediano plazo en su etapa de pilotaje, que generen oportunidades para la población vulnerable o que requiera amparo del Estado, en el marco de defensa y protección de sus derechos fundamentales; y, apoyo en el diseño y monitoreo de los esquemas de subsidios e incentivos focalizados para que los mismos lleguen efectivamente a las poblaciones más necesitadas⁶²⁵”.

Esta institución tuvo vigencia hasta el 24 de mayo de 2017 mediante Decreto Ejecutivo⁶²⁶ fue remplazado por la Secretaría Técnica del Plan Toda Una Vida la cual nació como iniciativa del gobierno del Presidente Moreno Garcés, para la gestión del área social en conjunto con las demás instituciones del área.

⁶²³ Artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 242, de 2007.

⁶²⁴ Artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 378, de 2008.

⁶²⁵ En línea: http://www.siise.gob.ec/siiseweb/PageWebs/SIISE/macsii_frente.htm. Fecha de consulta: 18 de marzo de 2018.

⁶²⁶ Artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 7 de 2017.

5.3.1.1. Consejo Sectorial de lo Social.

El Consejo Sectorial de lo Social se crea mediante Decreto Ejecutivo N°. 34-2017 por disposición del Presidente de la República, a fin de tener un nuevo órgano conector entre las instituciones, su finalidad es ser:

“Una instancia de obligatoria convocatoria institucional, destinado a la revisión, articulación, coordinación, armonización y aprobación de la política ministerial e interministerial dentro de su sector y su sujeción al Plan Nacional de Desarrollo”.

Las atribuciones generales Consejos Sectoriales son las siguientes:

- a) Formular y aprobar la política intersectorial, la agenda de coordinación intersectorial y la planificación de la inversión pública intersectorial, en articulación con la política y planificación de cada sector.
- b) Coordinar el cumplimiento de la agenda de coordinación intersectorial y evaluar su desempeño, de acuerdo a los lineamientos establecidos por la Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo para su seguimiento y evaluación.
- c) Coordinar y evaluar el cumplimiento de compromisos presidenciales e intersectoriales.
- d) Evaluar el cumplimiento de las decisiones del Consejo Sectorial.
- e) Sugerir sobre temáticas que necesiten ser elevadas al Presidente de la República.
- f) Articular las acciones gubernamentales de sus miembros.
- g) Conocer los proyectos de normativa diseñados por sus miembros.
- h) Organizar las comisiones de trabajo que fueren necesarias para el cumplimiento de sus fines.
- i) Normar el funcionamiento interno del Consejo y adoptar las decisiones necesarias para el cumplimiento de sus fines⁶²⁷.

Esta nueva articulación creada permite el dinamizar el trabajo conjunto entre las distintas instituciones que forman parte del Consejo Sectorial de lo Social, que se encuentra conformado por los titulares de: La Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, Ministerio del Deporte, Ministerio de Educación, Ministerio de Inclusión Económica y Social, Ministerio de Salud Pública, Ministerio de Trabajo y la Secretaría Técnica del Plan Toda una Vida.

⁶²⁷ Artículos 1, 2, y 10.7. Decreto Ejecutivo No. 34, de 2017.

5.3.1.2. Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES)

El artículo 141 de la CRE, determina que la Función Ejecutiva es ejercida por el Presidente de la República, como jefe de Estado y de gobierno integrada también por la “Vicepresidencia de la República, los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones (...)”, concatenado con el artículo 2 del ERJAFE⁶²⁸. En este sentido, los Ministerios forman parte de la organización de la Administración Pública, subordinado jerárquicamente a ella, con personalidad jurídica, y según el artículo 3 son “órganos dependientes o adscritos que tendrán sólo las respectivas competencias asignadas”.

Los Ministerios son órganos del Estado que tienen un vínculo jurídico de subordinación con el Presidente de la República, con atribuciones propias de conformidad con una o varias materias determinadas, en este contexto, el artículo 17 del ERJAFE indica que los mismos tienen competencia para: “los asuntos inherentes a sus ministerios sin necesidad de autorización alguna del Presidente de la República, salvo los casos expresamente señalados en leyes especiales (...) podrán delegar sus atribuciones y deberes al funcionario inferior jerárquico de sus respectivos Ministerios”. De igual manera el artículo 5 de la normativa citada señala que los órganos jerárquicos de la mencionada Función, tendrán como tarea dirigir tanto la política interior del Estado como su administración.

Por su parte, el artículo 16 del ERJAFE regula la organización Ministerial, y establece en el literal l que uno de sus integrantes es el “Ministerio de Inclusión Económica y Social”, y se reglamenta mediante el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del MIES del 2015⁶²⁹.

El mencionado instrumento jurídico, dispone por una parte en el artículo 1,⁶³⁰ “que la matriz de competencias y su modelo de gestión determina su estructura

⁶²⁸ Establece que instituciones forman parte de la Función Ejecutiva: “La Presidencia de la República. La Vicepresidencia de la República. Los órganos dependientes a la Presidencia de la República; Los órganos adscritos a la Vicepresidencia de la República; Los Ministerios de Estado; Los órganos adscritos o dependientes a los Ministerios de Estado; Las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia; Las personas jurídicas del sector público adscritas a la Vicepresidencia de la República; Las personas jurídicas del sector público adscritas a los ministerios de Estado; Las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central; Los órganos que comprenden la Administración Pública Central; Las personas jurídicas del sector público que integran la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva”.

⁶²⁹ Antes de conocerse como Ministerio de Inclusión Económica Social, se denominó, el Ministerio de Bienestar Social y Trabajo creado por decreto No. 3.815 del 7 de agosto de 1979, durante el Consejo Supremo de Gobierno que presidió el Alm. Alfredo Poveda Burbano. Posteriormente con Decreto Supremo No. 3815 publicado en el Registro Oficial N° 208 de 12 de junio de 1980 se crea el Ministerio de Bienestar Social, con las atribuciones para formular, dirigir y ejecutar la política estatal en materia de seguridad social, protección de menores, cooperativismo y la promoción popular y bienestar social. Con Decreto Ejecutivo No. 1323 publicado en el Registro Oficial N° 294 de 8 de octubre de 1999 se fusionan los Ministerios de Trabajo y Recursos Humanos y de Bienestar Social en una sola entidad que se denomina Ministerio de Trabajo y Acción Social. Con Decreto Ejecutivo No. 23 publicado en el Registro Oficial N° 8 de 2 de febrero de 2000 se establece como función general del Ministerio de Bienestar Social instituir políticas de acción social para procurar, mejorar la calidad de vida de la población, especialmente en las comunidades y grupos humanos en los que se ha intensificado la situación de pobreza; mediante Decreto Ejecutivo No. 828 publicado en el Registro Oficial N° 175 de 23 de septiembre de 2003 se cambia la denominación de Ministerio de Bienestar Social por la de Ministerio de Desarrollo Humano; con Decreto Ejecutivo No. 1017 publicado en el Registro Oficial N° 199 de 28 de octubre de 2003 se deroga el Decreto Ejecutivo No. 828 publicado en el Registro Oficial N° 175 de 23 de septiembre de 2003, restituyéndose por lo tanto el nombre de Ministerio de Bienestar Social y se constituye en garante de los derechos económicos y sociales de la población ecuatoriana, con prioridad en los grupos pobres, excluidos y vulnerables; finalmente mediante Decreto Ejecutivo No. 580 de 23 de agosto de 2007, en el gobierno de Rafael Correa Delgado se denomina Ministerio de Inclusión Económica y Social.

⁶³⁰ Artículo 1 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por procesos del Ministerio de Inclusión Económica Social, expedido mediante, Acuerdo Ministerial No 000080, 09 de abril del 2015.

organizativa; y por la otra, en el artículo 2, la necesidad de estructurar los procesos gobernantes, procesos sustantivos, procesos adjetivos de asesoría y de apoyo”, para cumplir con todas las etapas que conlleva el diseño y ejecución de las políticas públicas que permitan la inclusión económica y social en la República del Ecuador, con prioridad al sector de la población en situación de vulnerabilidad, con la finalidad de desarrollarlos y cuidarlos dentro del “ciclo de vida, la movilidad social ascendente y fortaleciendo a la economía popular y solidaria”.

En este sentido, los procesos gobernantes son los que proporcionan los lineamientos que se deben seguir con el fin de direccionar y controlar la institución, los procesos sustantivos están orientados a cumplir la misión de la institución, prestando los servicios para lo cual fueron creados o suministrando sus productos, los adjetivos son los que apoyan y asesoran a los procesos gobernantes y a los sustantivos, y por último, los desconcentrados que configuran el espacio de participación tanto del sector público como los ciudadanos, en el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas, y gestión pública.

Como el MIES, es responsable de la regulación de los servicios de Desarrollo Integral Infantil dirigidos a las niñas y niños menores de 3 años de edad, a fin de prestarles un mejor servicio y atención contando con “programas de profesionalización y capacitación continua dirigidos a todo el personal responsable de la operación de las modalidades de atención infantil⁶³¹”, es decir, que el Ministerio mencionado ve la necesidad de una capacitación permanente de los funcionarios y/ o personas que de una u otra manera son responsables de la protección de los NNA en el país.

La estructura institucional del MIES es la “entidad rectora de las políticas públicas de protección especial, protección familiar y social⁶³²”. En efecto, el artículo 9 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del Ministerio de Inclusión Económica Social señala sus atribuciones, de las cuáles se pueden mencionar las siguientes:

- Diseñar, planificar, ejecutar y realizar seguimientos de las Políticas Públicas relacionadas a la protección, inclusión económica y movilidad social, para los niños, niñas, adolescencias, jóvenes, adultos mayores, personas con discapacidad, durante el ciclo de la vida, a nivel central o para las instituciones o programas vinculados a su competencia.
- Elaborar y proponer “iniciativas sectoriales para anteproyectos de leyes y proyectos de reglamentos, (...) en el marco de sus competencia”.
- Proporcionar las herramientas necesarias a los grupos más vulnerables de la sociedad, en especial a los que son objetos de exclusión, discriminación o pobreza, para que tengan igualdad en las oportunidades de acceder a las instituciones y programas económicos y sociales.
- Mejorar la prestación de los servicios en apoyo a las familias, como núcleo fundamental de la sociedad.

⁶³¹ Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES). Subsecretaría de Desarrollo Infantil Integral. En línea: <http://186.46.86.234/formacioncontinuada/>. Fecha de consulta: 28 de marzo de 2018.

⁶³² MORLACHETTI, A. (2013: 52).

- Promover el financiamiento que determinen las herramientas necesarias para que se originen programas dirigidos a mejorar las condiciones económicas de las personas y hogares destinatarios del “bono de desarrollo humano y pensiones asistenciales”.

El MIES es centralizado con personalidad jurídica propia, responsable del cumplimiento de los planes y políticas públicas del Ejecutivo Nacional en materia de inclusión económica y social de las personas más vulnerables como son los NNA, y de la implementación de los programas de acuerdo con el plan nacional relativos al mismo, coordinar y dar seguimiento para una ejecución efectiva con todo lo relacionado al tema de protección infantil.

Si bien el MIES, tiene su campo de acción en todas las etapas de la vida de la población a continuación se detalla sus principales servicios destinados a los NNA y la especificación del presupuesto asignado a ellos:

Tabla 10. Servicios prestados por el MIES para los NNA.

Servicios	Definición	Mecanismo	Población Beneficiaria	Acción del MIES
Erradicación de la Mendicidad	Proyecto para retirar de las calles a la población vulnerable y restituir sus derechos.	Acciones de sensibilización y concienciación ciudadana mediante el fortalecimiento del vínculo familiar.	NNA, adultos mayores y personas con discapacidad.	Diagnóstico territorial, Identificación del número de personas que se encuentran en situación de riesgo.
Acogimiento Familiar	Es el servicio mediante el cual se garantiza que los NNA maltratados o en condición de abandono sean acogidos a un hogar adecuado, registrado y calificado conforme los parámetros establecidos.	-Sensibilización a la familia en la que se insertará la niña, niño o adolescente. -Terapias psicológicas. -Asesoría legal.	NNA entre los 0 meses a 18 años, en situación de abandono o vulnerabilidad.	Establecer convenios con diferentes entidades públicas, privadas o sin fines de lucro para efectuar el seguimiento en los hogares de acogida mediante visitas.
Acogimiento Institucional	Son los centros de atención para niñas niños y adolescentes que han sido maltratados o abandonados.	- Ofrecer protección a niños, niñas y adolescentes que no tienen el cuidado de sus padres, familiares y que se encuentran en situación de abandono -Brindar alimentación y nutrición. -Controles de salud preventiva, curativa y saneamiento. -Procurar la educación y desarrollo integral.	NNA entre los 0 meses a 18 años, vulnerados en sus derechos y/o privados de su medio familiar.	-Prestar el servicio directamente en los centros de acogida propios del MIES. -Establecer convenios con diferentes entidades públicas, privadas o sin fines de lucro para la implementación de este tipo de centros.
Adopciones	Es el servicio mediante el cual se garantiza que las niñas, niños y adolescentes maltratados o en condición de abandono sean acogidos en un hogar adecuado, registrado y calificado previamente, de manera definitiva.	-Acompañamiento y sensibilización al grupo familiar en el que se insertará el NNA. -Brindar terapias psicológicas. -Asesoría legal y jurídica.	NNA entre los 0 meses a 18 años, en situación de abandono o vulnerabilidad	Realizar la fase administrativa en el proceso de adopción a través de las Unidades Técnicas de Adopción. El seguimiento respectivo posterior a la fase judicial.
Unidades de Apoyo Familiar	Son las unidades que buscan atender a NNA de 0 meses a 18 años que han sido víctimas de maltrato, negligencia, abuso sexual, acoso abandono y negligencia alimentaria, entre otros.	-Programas de protección y restitución de derechos a niñas, niños y adolescentes. -Atención territorial articulada al Sistema de Protección Integral del Estado. -Atención psicológica, social y familiar especializada para	NNA entre los 0 meses a 18 años y sus familias	Prestar el servicio directamente con profesionales especializados en los puntos zonales del MIES

Servicios	Definición	Mecanismo	Población Beneficiaria	Acción del MIES
		niñas, niños, adolescentes, adultos, jóvenes y adultos mayores. -Acompañamiento para que las personas denuncien cualquier tipo de maltrato y apoyo de manera puntual y pertinente en situaciones de riesgo.		
Erradicación del Trabajo Infantil	Programa con el fin de atender y proteger a NNA en situación de trabajo infantil y separarlos de esta actividad.	-Fortalecimiento del vínculo familiar e informando a niñas y niños de los programas y servicios que tiene el Estado en materia de salud, educación e inclusión económica y social, para que accedan a los mismos.	NNA, que se encuentran en situación de trabajo infantil o riesgo, en edades comprendidas entre 3 y 17 años de edad.	Diagnóstico situacional territorial a partir de cual se identifica el número de NNA en esta situación. Ejecución de planes destinados a este grupo poblacional.
Creciendo con Nuestros Hijos (CNH)	Servicio brindado a través de las visitas de educadoras/es familiares a los hogares para realizar actividades grupales demostrativas con los padres y madres con el fin de capacitar y mejorar el desarrollo infantil integral en cada etapa del crecimiento de los hijas e hijos.	-Capacitaciones y acompañamiento a las familias para promover el desarrollo de las niñas y niños en el hogar -Ejercicios o acciones de estimulación física e intelectual para las niñas y niños -Fortalecimiento del vínculo familiar.	Niñas y niños de 0 a 3 años de edad (hasta 5 años casos especiales), que permanecen en su hogar bajo el cuidado de padre o madre o un familiar adulto responsable.	Visitas de personal calificado.
Centros infantiles del buen vivir (CIBV)	Espacios físicos creados para la atención de niños y niñas de 1 a 3 años de edad, cuyos padres y madres trabajan fuera de casa y no tienen un familiar adulto que se responsabilice de su cuidado y protección adecuada.	-Ofrecer educación inicial y estimulación de acuerdo a la edad del niño o niña -Acciones de salud preventiva e higiene, en coordinación con el Ministerio de Salud Pública. -Alimentación y nutrición. -Participación activa de las familias, con estrategias de promoción del desarrollo infantil integral.	Niñas y niños entre 1 a 3 años de edad que viven en condiciones de pobreza y extrema pobreza.	Implementación de infraestructura y personal calificado.

Fuente: MIES 2017. Elaboración del autor.

5.3.1.2.1. Erradicación de la Mendicidad

La mendicidad en el Ecuador, es una problemática presente en el desarrollo del país en el transcurso de la historia, y de incidencia en todas las etapas de la vida siendo la más crítica en su tratamiento la de etapa adulta y la vejez, por la presencia de adicciones conforme lo indica el MIES.

En la siguiente tabla, se encuentra las personas atendidas por los programas establecidos para conseguir este fin, específicamente en la población de los NNA comprendidos en un rango de 0 meses a 18 años. Como información adicional se muestra el periodo (noviembre – diciembre) de cada año, ya que son estos meses donde la indigencia alcanza sus cifras más altas.

En este periodo se lleva a cabo todos los años la campaña Da Dignidad, iniciativa del MIES, orientada a evitar la migración campo ciudad de la población en situación de pobreza y extrema pobreza, para desarrollar esta actividad durante las celebraciones de fin de año, la intervención se ha dado mediante campañas de incidencia directa en la población y la centralización de las donaciones a fin de canalizarlas a los beneficiarios

Tabla 11. Atención a los NNA en la erradicación de la mendicidad.

Años	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Abordaje Total	33842	17449	8998	5528	4941	2475	2781	2533
Periodo (Noviembre - Diciembre)	8200	4228	3043	1686	2365	1030	983	850

Fuente: SIMIES. Reporte Campaña da dignidad. Elaboración del autor.

Para la erradicación de la mendicidad se ha utilizado el siguiente presupuesto:

Tabla 12. Presupuesto de atención a los NNA en el programa de erradicación de la mendicidad en dólares.

	2013	2014	2015	2016	2017
Presupuesto devengado	823.832,00	1'375.984,57	1'568.241,81	1'860.672,90	1'906.989,13

Fuente: Ministerio de Finanzas e-SIGEF, SIIMIES. Elaboración del autor.

De los datos expuestos sobre las atenciones realizadas en el programa de erradicación de la mendicidad, se evidencia una tendencia decreciente de la mendicidad de los NNA, demostrando que la iniciativa del MIES en este ámbito ha sido efectiva, este resultado se relaciona con la asignación presupuestaria en el periodo 2013 a 2017 ha tenido un incremento de más del 100%.

5.3.1.2.2. Acogimiento Familiar

El acogimiento familiar es una de las principales modalidades del sistema de protección de los NNA, a través de la familia ampliada y el programa de acogimiento para los hijos de los privados de libertad en los siguientes cuadros se presenta la oferta de este servicio y su presupuesto.

Tabla 13. Acogimiento familiar, unidades del MIES existentes para el seguimiento y usuarios atendidos.

2014		2015		2016		2017		2018	
Unidades	Usuarios	Unidades	Usuarios	Unidades	Usuarios	Unidades	Usuarios	Unidades	Usuarios
9	791	12	1054	15	1256	15	1006	14	558

Fuente: SIIMIES. Elaboración del autor.

Tabla 14. Presupuesto del acogimiento familiar

2014	2015	2016	2017	2018
154.502,32	205.872,88	253.910,78	205.674,77	113.854,32

Fuente: Ministerio de finanzas e-SYGEF. Elaboración del autor.

Sobre este programa, es importante señalar que no existe una información detallada disponible, debido a la garantía constitucional de reserva de la información de los NNA, establecida en los artículos 45 y 66 numerales, 11, 19 y 20 de la CRE, sin embargo a través del SIIMIES se logró la consulta de estos datos de manera general, en los cuales se evidencia un crecimiento en las unidades del MIES para el seguimiento, existen un decrecimiento en el número de usuarios del programa, relacionado a una asignación presupuestaria constante tendiendo al decrecimiento, lo que demuestra que no existe una política pública de repotenciación de este programa. Un mayor análisis normativo, funcional y presupuestario de este programa se realizará en el capítulo sexto.

5.3.1.2.3. Acogimiento Institucional

Esta modalidad de acogimiento se la realiza principalmente a través de convenios interinstitucionales entre instituciones públicas, y con organismos religiosos, para el funcionamiento de los centros de acogimiento.

En las siguientes matrices se muestra los centros existentes con el número de usuarios y su presupuesto.

Tabla 15. Acogimiento institucional centros existentes y usuarios atendidos.

2014		2015		2016		2017		2018	
Centros	Usuarios	Centros	Usuarios	Centros	Usuarios	Centros	Usuarios	Centros	Usuarios
49	1301	53	1681	66	2095	61	1720	68	1913

Fuente: SIIMIES. Elaboración del Autor.

Tabla 16. Presupuesto del acogimiento institucional en dólares.

2014	2015	2016	2017	2018
878.752,90	113.5421,69	1'464.557,64	1'216.024,80	1'349.774,54

Fuente: Ministerio de Finanzas e-SYGEF. Elaboración del autor.

Al contrario del acogimiento familiar con los datos expuestos, se verifica que el acogimiento institucional en la implementación de centros de acogida y de usuarios se incrementa, al igual que el presupuesto asignado del 2014 al 2018 se incrementa, lo que demuestra la prevalencia de este programa sobre el acogimiento familiar contradiciendo lo establecido en la norma, bajo el justificativo de que no existen familias calificadas para brindar acogimiento a los NNA, sin que exista una iniciativa del MIES que erradique esta justificación.

Mayor abundamiento del acogimiento institucional se realiza en el capítulo sexto.

5.3.1.2.4. Adopciones

El MIES, dentro de sus nueve coordinaciones zonales tiene establecidas las oficinas técnicas de adopción quienes son los encargados de realizar la fase administrativa del proceso necesaria para la instancia jurisdiccional.

En la siguiente tabla se muestra el total de adopciones efectuadas en el Ecuador, tanto nacionales como internacionales en el periodo del 2008 al 2009.

Tabla 17. Adopciones totales en el Ecuador.

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Nacional	81	86	349	983	152	128	118	129	108
Internacional	20	18	60	40	15	21	26	18	28
Adopciones	101	104	409	1023	167	149	144	148	136

Fuente: SIMIES. Elaboración del autor.

En relación con la adopción los datos expuestos reflejan la existencia de un crecimiento en el proceso de adopciones nacionales e internacionales en el país, el detalle y análisis se lo realiza en el siguiente capítulo, en merito que la adopción forma parte del sistema de protección de los NNA.

5.3.1.2.5. Erradicación del Trabajo Infantil

En Ecuador según las metodologías de investigación utilizadas hace varios años, se ha reducido el trabajo infantil del 12,5% en el 2007 al 5% en el 2013. Para el caso de los niños y niñas de 5 a 14 años, en el 2007 se encontraban en esta situación aproximadamente 245.000 niños y niñas y actualmente aproximadamente 100.000, y entre los adolescentes de 15 a 17 años se disminuyó del 28,6% al 15,5%.

En la República del Ecuador se ha mejorado las formas de estudiar y entender las causas del trabajo infantil, a través de los servicios prestados por el MIES. El INEC realizó en el año 2012 la Primera Encuesta Nacional de Trabajo Infantil y los resultados expresan que en esta situación se encuentran más de 350.000 niños y niñas entre 5 y 17 años, y la misma la mayoría cursa entre 5 y 14 años.

Tabla 18. Trabajo infantil en el año 2012.

Rango 5 a 17 años		Trabajo infantil total	Población total niños	Tasa de trabajo infantil
Sexo	Hombre	225,846	2,139,737	10.55%
	Mujer	133,751	2,059,559	6.49%
	Total	359,597	4,199,296	8.56%

Fuente: Encuesta Nacional de Trabajo Infantil 2012. Elaboración del autor.

Hasta el año 2012, no existía una consolidación total de los datos referentes al trabajo infantil, con la primera encuesta se define una situación real sobre este tipo de trabajo, demostrando que existe el mismo en los NNA que atraviesan los 5 a 17 años de edad, contradiciendo lo establecido en el artículo 82 del CONA que fija la edad mínima para el todo tipo de trabajo, incluido el servicio doméstico en los 15 años.

La encuesta refleja que la población total de niños en el año 2012, aproximadamente el 10% de los mismos realiza un trabajo, lo que demuestra que no existe la erradicación total del trabajo infantil en el Ecuador y que sin duda afecta los derechos de los NNA en el ámbito de su protección.

5.3.1.2.6. Creciendo con Nuestros Hijos (CNH)

Creciendo con Nuestros Hijos es un servicio de atención no institucionalizado⁶³³ prestado por el MIES de forma directa o en convenio, para niñas y niños de 0 a 36 meses de edad que permanecen en el hogar con su madre, padre o familiar adulto responsable de su desarrollo. La atención se realiza a través de salud preventiva, alimentación saludable y educación en corresponsabilidad con la familia y la comunidad, con el apoyo de profesionales que ejecutan y direccionan los procesos educativos integrales. En el siguiente cuadro se muestra la disponibilidad de este servicio.

⁶³³ Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES). Norma Técnica de Desarrollo Infantil Integral. Servicios de Desarrollo Infantil Modalidad Domiciliaria. Creciendo con nuestros Hijos (2014: 6).

Tabla 19. Centros creciendo con nuestros hijos para el año 2016.

Unidades Disponibles	Número de atenciones	Parroquias	Cobertura total de parroquias
4000	240000	917	68.60%

Fuente: Programa infancia plena MIES. Elaboración del autor.

Se considera la cobertura en base de un total de 1123 parroquias existentes en el Ecuador, ya que estos centros trabajan conjuntamente con los Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales a nivel nacional

5.3.1.2.7. Centros Infantiles del Buen Vivir (CIBV)

Los Centros infantiles del Buen Vivir⁶³⁴ son servicios de atención ejecutados por el MIES de administración directa o a través de convenios, están dirigidos a niñas y niños de 12 a 36 meses de edad, incluyen acciones de salud preventiva, alimentación saludable y educación, en corresponsabilidad con la familia y la comunidad.

Tabla 20. Centros infantiles del buen vivir para el año 2016.

Modalidad convenios	Total	Número de usuarios
Directa – MIES	64	4711
Indirecta – (otras instituciones públicas, ONG y sociedad civil)	2290	101211
TOTAL	2354	105922

Fuente: Programa infancia plena CIV. Elaboración del autor.

Estos centros de atención no están orientados únicamente a la atención de los NNA en situación de vulnerabilidad, sino especialmente a todos, la característica de estos centros es que la permanencia del usuario es momentánea, y cumplen un rol de apoyo a la Red Integral de Salud.

5.3.1.3. El Consejo de Igualdad Intergeneracional

El Consejo de Igualdad Intergeneracional (en adelante, CNII) por la disposición constitucional del artículo 156, con la finalidad de vigilar el efectivo ejercicio de los derechos humanos consagrados a nivel internacional y los establecidos en la CRE, conjuntamente con las políticas públicas adoptadas concernientes a las “temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, y de discapacidades y movilidad humana (...) se coordinarán con las entidades rectoras y ejecutoras y con los organismos especializados en la protección de derechos en todos los niveles de

⁶³⁴ Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES), Norma Técnica de Desarrollo Infantil Integral. Servicios de Desarrollo Infantil Modalidad CIBV. (2014: 8).

gobierno⁶³⁵”. Encargados de supervisar el cumplimiento del bloque jurídico de protección integral de los derechos humanos, coordinadas con las instituciones destinadas a la protección.

Del análisis del artículo 4 de la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad, se infiere: primero que son de derecho público, segundo que son dotados de personalidad jurídica, tercero que integran la Función Ejecutiva de la República de Ecuador, cuarto cuya esfera competencial es todo el territorio nacional, quinto son autónomos administrativa, técnica, operativa y financieramente, y sexta “no requerirán estructuras desconcentradas ni entidades adscritas para el ejercicio de sus atribuciones y funciones”.

Los CNII pueden ser de género, intergeneracional, de pueblos y nacionalidades, de discapacidades y de movilidad humana según el artículo 6 de la precitada norma. En este sentido, específicamente en el numeral 2 pueden ser intergeneracional definidos como lo señala el artículo 1 numeral 2 del Reglamento para los Consejos Nacionales para la Igualdad, como “Intergeneracional. Órgano responsable de velar por la plena vigencia y el ejercicio de los derechos de niñas, niños, adolescentes, jóvenes, adultas y adultos mayores, y las relaciones intergeneracionales”.

En efecto el CNII es un organismo responsable que garantiza el pleno ejercicio de los derechos, la igualdad y la no discriminación de los NNA, jóvenes y adultos mayores. Está conformado por un cuerpo colegiado de diez miembros, cinco representan las diferentes funciones del Estado, y los cinco a los sujetos de derechos ya mencionados. También tiene una Secretaría Técnica a cargo de operar las funciones del Consejo y ejecutar sus resoluciones⁶³⁶.

Esta institución se rige por el Estatuto Orgánico, el Código de Ética, la Ley Orgánica de los CNII y su Reglamento, y proviene de un esfuerzo conjunto entre el estado ecuatoriano, la comunidad y la familia, con la finalidad de lograr una sociedad integrada por una diversidad de personas de diferentes orígenes, culturas, edades, circunstancias y metas. En mérito de que el ser humano pasa por diversas etapas comenzando con la niñez, adolescencia, juventud, adultez, y adultez mayor, teniendo siempre derechos individuales dependiendo de la edad y de circunstancias específicas, y colectivos que el Estado debe garantizar.

El CNII tiene como finalidad gestionar la ejecución de las políticas públicas de igualdad generacional e intergeneracional. Se constituye en una institución descentralizada con personalidad jurídica propia, con autonomía administrativa, técnica, operativa y financiera, sobre la cual recae no un vínculo jerárquico, sino una relación de adscripción con la Función Ejecutiva mediante el MIES.

5.3.1.3.1. Agenda Nacional para la Igualdad Intergeneracional 2017-2021

En base del Plan Nacional de Desarrollo (Todo una vida 2017-2021) como eje de acción del CNII se plantea la Agenda Nacional para la Igualdad Intergeneracional, en una propuesta de política pública que pretende fortalecer el sistema de protección de la niñez y la adolescencia, fortificando la especialidad y la especificidad de la política

⁶³⁵ MORLACHETTI, A. (2013: 50).

⁶³⁶ Consejo de Igualdad Intergeneracional. En línea: <http://www.igualdad.gob.ec/quienes-somos/>: Fecha de consulta: 28 de marzo de 2018.

pública para cada grupo de edad, y reiterando la precedencia y prioridad de la niñez y adolescencia sujetos de protección.

La consigna de “Toda una vida” emplaza a articular los esfuerzos de la sociedad y el Estado en la mejora de las condiciones de vida de todas las ecuatorianas y ecuatorianos, con prioridad en la niñez, juventud y adultez mayor y en la erradicación de cualquier tipo de violencia y discriminación⁶³⁷.

La Agenda marca tres prioridades en la política pública dirigida a garantizar la igualdad y no discriminación de la niñez, la juventud y la adultez mayor:

1. El cierre de brechas de acceso y disfrute de derechos.
2. La erradicación de la violencia, con prioridad en niños, niñas y adolescentes, y el fortalecimiento de la gestión del Estado constitucional de derechos en el marco del sistema de promoción y protección de derechos, dispuesto en la Ley de los Consejos Nacionales para la Igualdad.
3. El fortalecimiento de la participación de los titulares de derechos, tanto en el ciclo de la política pública como en la observancia de la responsabilidad del Estado y la sociedad en la protección y garantía de derechos”.

5.3.1.4. Las Juntas Cantonales de Protección de Derechos

El artículo 205 del CONA establece la naturaleza jurídica de las Juntas Cantonales de Protección de Derechos refiriendo que tienen autonomía tanto administrativa como funcional, configurándose bajo la figura de un órgano que puede ser organizado a nivel cantonal o parroquial, con el fin de proteger los derechos de los niños y adolescentes, ya sea individual o colectivamente dentro del cantón respectivo.

Sus funciones se encuentran enumeradas en el artículo 206 del CONA siendo su norte principal la mediación y la conciliación de las partes y entre otras las siguientes:

- Conocer tanto de los casos en donde haya vulneración de derechos de los niños y adolescentes, como donde exista amenaza de los mismos, e implementar las medidas necesarias de protección a los fines de garantizarlo, o en su defecto restituirlos.
- Vigilar que se cumplan afectivamente sus medidas.
- Activar la Función Judicial cuando sus decisiones sean incumplidas.
- Requerir a los funcionarios de la administración pública, informaciones y documentos para cumplir con sus funciones.
- Llevar una data sobre las familias, adultos, niños, niñas y adolescentes del respectivo Municipio a quienes se hayan aplicado medidas de protección.

⁶³⁷ Agenda Nacional para la Igualdad Intergeneracional. (2018: 2).

- Denunciar la comisión de infracciones administrativas y penales en contra de los NNA.
- Velar que los reglamentos y las prácticas institucionales de las entidades de atención no violen los derechos de la niñez y adolescencia.

Además el artículo 218 del CONA dispone la facultad de las Juntas Cantonales de Protección de Derechos de adoptar medidas administrativas de protección a los NNA, de la cual el interesado puede “recurrirse ante los Jueces de la Niñez y Adolescencia, contra cuya resolución en esta materia no cabrá recurso alguno”.

La integración de las juntas mencionadas se encuentra regulada en el artículo 207 del CONA, y se constituirá por “tres miembros principales y sus respectivos suplentes, los que serán elegidos por el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de entre candidatos que acrediten formación técnica necesaria para cumplir con las responsabilidades propias del cargo”.

Las juntas cantonales son organismos operativos a nivel municipal, con autonomías administrativas y funcionales que buscan proteger los derechos de los NNA, promoviendo el acceso a la justicia, las medidas administrativas de protección y por supuesto las restituciones de los derechos infringidos.

Al respecto Morlachetti⁶³⁸ señala algunos desafíos de esta institución jurídica de protección de la infancia y de la adolescencia debe superar para su funcionamiento: la primera es que al tener una autonomía funcional, su actuación independiente sin la existencia de una debida coordinación entre ellas ni unificación en cuanto a la aplicación de las normas jurídicas, lo que deja abierta la posibilidad de que en casos similares existan medidas diferentes adoptadas. La segunda, es la ausencia de mecanismos de información sobre su gestión; y, la tercera, que para el 2013 el “86% de las Juntas Cantonales de Protección de Derecho respondieron que no cuentan con personal de apoyo suficiente”, siendo la mayoría de provincias en todo el país que presentan esta dificultad.

De lo analizado se establece que es necesaria la existencia de un apoyo articulado, con instituciones públicas y privadas y la sociedad para que se cumplan todas sus funciones y objetivos. La siguiente tabla demuestra la cobertura de las Juntas Cantonales de protección de derechos.

Tabla 21. Cobertura de las Juntas Cantonales de Protección de Derechos año 2018.

Número de Juntas Cantonales de Protección de Derechos	Número total de cantones	Cobertura total de cantones
169	221	76.47%

Fuente: Agenda Nacional para la Igualdad Intergeneracional. Elaboración del autor.

La cobertura del 76.47% demuestra que no en todos los cantones del país se han implantado estos organismos, debido a la falta de iniciativas por parte de los municipios a fin de gestionar las ordenanzas que creen este tipo de entidades, la competencia está

⁶³⁸ MORLACHETTI, A. (2013: 52).

asignada por parte del COOTAD, del CONA y del Concejo Nacional de Competencias, lo que no existe es la asignación presupuestaria desde el gobierno central para este fin.

5.3.1.5. Defensoría del Pueblo

La institución protege y promueve los derechos humanos de los ciudadanos ecuatorianos que viven dentro y fuera del país, en base a los principios del respeto al derecho a una vida digna y sana, con acceso a todos los servicios públicos donde se satisfagan las necesidades básicas fundamentales de todo ser humano. Instituida inicialmente en la Constitución de 1998 en el artículo 96 y posteriormente en el artículo 214⁶³⁹, de la CRE.

El artículo 214 de la CRE señala que esta institución es un: “órgano de derecho público con jurisdicción nacional, personalidad jurídica y autonomía administrativa y financiera. Su estructura será desconcentrada y tendrá delegados en cada provincia y en el exterior”.

Las funciones de la Defensoría del Pueblo, se encuentran establecidas en el artículo 215 de la CRE y son:

- La protección de las acciones judiciales o el acceso a la información pública, debido a la mala calidad o la prestación ilegítima de los servicios públicos.
- Dictar las medidas necesarias para que se cumplan de inmediato en materia de protección de los derechos humanos.
- Requerir que las autoridades respectivas sean enjuiciadas y sancionadas si no cumplen con las medidas ordenadas.
- Indagar y decidir tanto las acciones como las omisiones de quienes brindan servicios públicos.
- Asegurar y promover el cumplimiento efectivo del debido proceso.
- Prevenir e impedir la tortura y el trato inhumano e indigno en cualquiera de sus formas.

La Defensoría del Pueblo promueve los derechos humanos y de la naturaleza, al exigir que el Estado a través de sus diversas herramientas que evite la transgresión de los derechos humanos, proponiendo políticas públicas que garanticen el ejercicio efectivo de los derechos, con programas de capacitación y difusión para educar a las personas sobre los derechos humanos, y adquirir la información necesaria sobre la situación de los “derechos humanos y de la naturaleza, para recomendar un cambio de actitud del Estado”.

En el año 2015 con la finalidad de proteger a la niñez y a la adolescencia de la visualización de violencia que los pudieran afectar, esta institución con otras de derecho público resolvieron prohibir el ingreso de “menores de 16 años a las corridas de toros que se llevaron a cabo en Ambato por motivo de las fiestas de carnaval de la ciudad⁶⁴⁰”,

⁶³⁹ Defensoría del Pueblo del Ecuador. ¿Qué hacemos?. En línea: <http://www.dpe.gob.ec/que-hacemos/>. Fecha de consulta: 28 de marzo de 2018.

⁶⁴⁰ Defensoría del Pueblo Ecuador, coordinó acciones de protección para niños, niñas y adolescentes en corridas de toros de Ambato. En línea: <http://www.dpe.gob.ec/defensoria-del-pueblo-coordino-acciones-de-proteccion-para->

y para ello verificaron en la entrada que dicha Resolución fuera efectivamente acatada.

La Defensoría del Pueblo a través del Defensor del Pueblo adjunto tuvo relevante participación en la defensa del derecho fundamental a la identidad de la niña Satya Amani, hija de las señoras Rothon y Bicknell, al presentar una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional por la negativa de los Jueces de la entonces Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de ordenar la inscripción de la niña como ecuatoriana y el reconocimiento de la filiación como hija de dos mujeres en unión de hecho. Esta sentencia es analizada a profundidad en las propuestas de *lege ferenda* en el capítulo sexto.

En resumen, éste órgano es de derecho público con competencia a nivel nacional, con autonomía administrativa y financiera, con personalidad jurídica propia y con una estructura desconcentrada, que se encarga de velar por el efectivo goce de los derechos humanos que intrínsecamente tienen todas las personas y la difusión de los mismos para un capacitación y educación integral de todos los ciudadanos, sean que éstos ostenten o no un cargo público.

5.3.1.6. Defensorías Comunitarias de la Niñez

Las Defensorías Comunitarias de la Niñez y Adolescencia son instancias de autogestión de la comunidad, que actúan con la finalidad de promover los derechos de los NNA, fortaleciendo la aplicabilidad y el control social cuando los garantes de los derechos no cumplen plenamente con su papel establecido en las políticas del Estado, y en este sentido “podrán intervenir en los casos de violación a los derechos de la niñez y adolescencia y ejercer las acciones administrativas y judiciales que estén a su alcance cuando sea necesario, coordinarán su actuación”.

En efecto el artículo 1 de la Resolución 6 sobre las Defensorías Comunitarias de la Niñez y Adolescencia, dictada por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia publicada en el Registro Oficial N° 603 de 2 de junio de 2009 las define como:

“espacios de participación ciudadana en los que ciudadanos de comunidades barriales, parroquiales, institucionales, urbanas y rurales se organizan para realizar acciones políticas, económicas, sociales, culturales, ambientales e interponer acciones jurídicas y administrativas más adecuadas para promocionar, defender, vigilar y exigir el cumplimiento de los derechos de niñez y adolescencia”.

Algunas de las responsabilidades que tienen las defensorías comunitarias es la defensa y la exigencia del cumplimiento de los derechos de los NNA en todos sus ámbitos, sea dentro de sus hogares o sus vecinos, ante personas o instituciones sean esto de derechos individuales o colectivos, también pueden denunciar ante los órganos respectivos cuando se les vulneren algunos de sus derechos hasta que sean cabalmente restituidos, y realizar los reclamos necesarios por el efectivo cumplimiento de las políticas públicas adoptadas por el estado ecuatoriano.

La Defensoría del niño y adolescentes es “un modelo (...) Se trata de un servicio de la comunidad para defender los derechos humanos, en especial los derechos de las

niñas, niños y mujeres⁶⁴¹” y para lograr su cometido deben trabajar conjuntamente con el Estado y sus autoridades.

En este contexto en el artículo 2 de la Resolución se establecen que existen diferentes formas de organización de defensorías comunitarias, con el propósito de educar y sensibilizar a la comunidad sobre los derechos de los niños y adolescentes, cuando la comunidad decide por propia iniciativa conformarlos mediante protección y defensa de ellos, con el apoyo de organizaciones e instituciones de derecho público y social, llevando también el diagnóstico, la planificación y el control social, y para poder solventar los gastos económicos cuentan con autogestión comunitaria y también con el apoyo de instituciones públicas o privadas nacionales e internacionales.

De esta manera el artículo 208 del CONA, establece que forman parte del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la Defensoría Comunitaria de la Niñez y Adolescencia, que tiene formas de “organización de la comunidad en las parroquias, barrios y sectores rurales, para la promoción, defensa y vigilancia de los derechos de la Niñez y Adolescencia y ejercerán las acciones administrativas y judiciales que estén a su alcance”.

De lo expuesto se observa que en el ámbito normativo existe la estructura del Sistema de Protección a nivel administrativo, y opera en los espacios donde conviven día a día los sujetos de protección los NNA, con una coordinación con diversos organismos públicos, privados y de las comunidades, con la atribución de accionar la administración pública o jurisdiccional respectiva en caso de violación de derechos, y de la exigencia del efectivo goce de los derechos constitucionales de la niñez y adolescencia no solo ante los organismos públicos, privados, centro educativos sino también dentro del propio núcleo familiar. Realidad normativa que en la práctica es diferente, pues no existe la articulación referida en las normas analizadas conforme se justificara en el desarrollo de la investigación

5.3.1.7. Policía Especializada de los Niños, Niñas y Adolescentes

Originalmente en el Ecuador existía dentro de la Policía Judicial como “la Brigada de Menores⁶⁴²”, pero con la necesidad de atender a los NNA garantizarles sus derechos y protegerles de los maltratos o abandono de las personas adultas y responsables de ellos, se creó una Unidad Policial profesional en procedimientos para este grupo vulnerable. En este sentido el 3 de diciembre de 1997, mediante Decreto Ejecutivo No. 908 publicado en el Registro Oficial N° 207, se creó la Dirección Nacional de Policía Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes, denominada DINAPEN.

En el año 2015 este servicio se encontraba en 24 Sub-zonas del territorio ecuatoriano, contando con 644 servidores policiales especializados en la materia, generándose capacitaciones y charlas de sensibilización a las comunidades para crear cultura de respeto y ejercicio de los derechos de los NNA, con acciones operativas como: “recepción de denuncias, delegaciones investigativas, adolescentes intervenidos en operativos, auxilios brindados, adolescentes detenidos por delitos y contravenciones, actividades que tiene el fin de prevenir la vulneración de los derechos”, y hasta ese año

⁶⁴¹ GONZÁLEZ, S. (2002: 23).

⁶⁴² Policía Nacional de Ecuador. Director DINAPEN. En línea: <http://www.policiaecuador.gob.ec/director-dinapen/>. Fecha de consulta: 30 de marzo 2018.

se solucionaron 3.897 casos de NNA desaparecidos, perdidos y extraviados.

La DINAPEN tiene como finalidad “prevenir, investigar y vigilar el respeto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes contemplados en la CRE y convenios internacionales”, así lo dispone el artículo 124 del Reglamento a la Ley Orgánica de la Policía Nacional⁶⁴³.

Cumple funciones administrativas dentro de ese ámbito de atribuciones, subordinadas a la Jefatura del Estado Mayor de la Policía Nacional, que aún cuando tiene la posibilidad de actuar con “total independencia de criterio profesional en la toma de decisiones que le correspondan”, debe no solo informar sobre sus actuaciones y decisiones a la Jefatura mencionada, sino también de enviar cada seis meses a la Comandancia General “un informe de labores que permita evaluar su funcionamiento y administrar los correctivos que fueren necesarios”.

El artículo 208 del CONA, establece que la DINAPEN forma parte del sistema de protección integral de los NNA en la República del Ecuador, teniendo como función las mismas tareas de los agentes policiales por ley, pero exclusivamente sobre los derechos de las personas menores de 18 años de edad, para ello dichos funcionarios deben estar previamente instruidos y capacitados en la materia de protección de los mismos, para el cabal cumplimiento de sus funciones.

En este sentido, se pueden indicar algunos ejemplos sobre su intervención, que ilustran de alguna manera su apoyo como protección de la niñez y adolescencia en la República. En efecto el 24 de febrero de 2016 funcionarios de la DINAPEN, recuperaron un bebé de tres días de nacido en un hospital público, luego de una revisión de las cámaras de seguridad y otros métodos investigativos llevadas a cabo con dicha finalidad⁶⁴⁴.

El 07 de marzo de 2017, sus agentes realizaron en muelles, vertederos, basurales, centros de diversión, ferias y mercados, operativos de erradicación del trabajo infantil y mendicidad, desarrollada en conjunto con otros órganos del Estado, correspondiéndose a “un trabajo interinstitucional permanente, donde los beneficiados son los niños, ya que pueden ejercer sus derechos y dedicarse a la preparación académica⁶⁴⁵”. El 12 de julio de 2017 la DINAPEN luego de 6 años localizó un niño que el 21 de agosto de 2011 fue arrebatada de las manos de su madre, cuando la amenazaron con armas de fuego y tras un forcejeo le arrebataron⁶⁴⁶. El 29 de noviembre del 2017, presentó en la ciudad de Quito, una campaña con el objetivo de reducir la “vulneración de los derechos de los menores en unidades educativas a nivel nacional, enfocado en la prevención de delitos sexuales⁶⁴⁷”, para dar charlas y capacitación general en dos grupos, el primero de entre

⁶⁴³ Decreto Ejecutivo 845 Registro Oficial N° 187 de 10 de 1999, modificado el 17 de agosto de 2005.

⁶⁴⁴ Diario El Telégrafo. Dinapen recupera bebé plagiada de hospital público. En línea: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/dinapen-recupera-bebe-plagiada-de-hospital-publico>. Fecha de consulta: 21 de marzo de 2018.

⁶⁴⁵ Diario El Telégrafo. Dinapen lidera operativos de erradicación del trabajo infantil y mendicidad en Manabí. En línea: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/dinapen-lidera-operativos-de-erradicacion-del-trabajo-infantil-y-mendicidad-en-manabi>. Fecha de consulta: 21 de marzo de 2018.

⁶⁴⁶ Diario El Telégrafo. 'Clara' recupera a su hija robada después de seis años. En línea: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/clara-recupera-a-su-hija-robada-despues-de-seis-anos>. Fecha de consulta: 21 de marzo de 2018.

⁶⁴⁷ Diario El Telégrafo. Dinapen investiga 2.021 casos de agresiones contra menores, registrados en 2017. En línea: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/dinapen-investiga-2-021-casos-de-agresiones-contra-menores-registrados-en-2017/>. Fecha de consulta: 30 de marzo de 2018.

6 y 12 años de edad y el segundo entre 12 a 18 años de “sensibilización para motivar a denunciar y prevenir el abuso físico, psicológico y sexual”.

La campaña de capacitación es necesaria realizarla constantemente para que los sujetos de protección conozcan sus derechos, sus deberes y dónde acudir cuando se sientan amenazados en el ejercicio de sus derechos o hayan sido víctima de algún hecho punible y según lo anteriormente descrito, esta unidad especializada ha brindado ese apoyo. Así mismo, según datos suministrados en el 2018, por dicha institución, luego de una exhaustiva investigación llevada a tal efecto, se determinó que de los casos de explotación sexual registrados en el primer semestre de 2017 en la República el “64% de víctimas de esta actividad ilícita fueron niñas de entre 12 y 17 años⁶⁴⁸”.

La DINAPEN ha sido una herramienta fundamental para la protección de los derechos de los NNA en el país, teniendo solo funciones administrativas de policías en materia de personas que no hayan cumplido 18 años de edad, sin personalidad jurídica que pertenece a una estructura organizada, jerárquicamente inferior a la Jefatura del Estado Mayor de la Policía Nacional a quien tiene que informar sobre sus actuaciones.

5.3.2 Estructura Orgánica Judicial

En el Ecuador se incrementó el número de jueces especializados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia como resultado de la CRE promulgada en el año 2008, que en su artículo 186 dispone la presencia de un Juez especializado por cada cantón del Ecuador o según la necesidad de la población, con el objetivo de garantizar el derecho de acceso a la justicia, y en este caso una administración de justicia especializada.

La designación de nuevos jueces, requirió un aumento en las asignaciones presupuestarias por parte del gobierno central, para la construcción de infraestructura, dotación de tecnología y las remuneraciones del talento humano⁶⁴⁹, para implantar el nuevo modelo de gestión⁶⁵⁰ en la administración de justicia. En el siguiente cuadro se detalla el número de jueces especializados en Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Ecuador de los periodos 2012 al 2017, donde se justifica que se ha incrementado el número de jueces especializados en la niñez en unidades de primera instancia y cortes provinciales.

⁶⁴⁸Diario El Telégrafo. En seis años Pichincha registra 214 casos de trata de personas. En línea: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/en-seis-anos-pichincha-registra-214-casos-de-trata-de-personas>. Fecha de consulta: 31 de marzo de 2018.

⁶⁴⁹ Consejo de la Judicatura, (Rendición de cuentas periodo Enero 2013 – Enero 2014). p. 20.

⁶⁵⁰ El funcionamiento de las judicaturas en el Ecuador, se basaba en el modelo de juzgados de instancia conformados por un Juez y su equipo de trabajo, a partir del año 2013 se establece un nuevo modelo de gestión con la creación de las unidades judiciales que suprimían a los juzgados, priorizando al ciudadano y diferenciando los procesos.

Tabla 22. Jueces especializados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Corte Nacional	3 ⁶⁵¹	3	3	3	3	3
Cortes Provinciales	13 ⁶⁵²	108 ⁶⁵³	108	108	108	108
Primera Instancia	214	319	347	389	453	528

Fuente: Distributivos de Personal 2012 – 2017 Consejo de la Judicatura. Elaboración del autor.

Como parte de este nuevo modelo de gestión se crean los procesos de apoyo⁶⁵⁴, donde se consideran a las oficinas técnicas, como órganos auxiliares que asisten a los jueces con exámenes técnicos con valor pericial⁶⁵⁵, con el objetivo de tener una mejor atención a los usuarios a través de la atención integral, proporcionando al Juez herramientas para la toma de decisiones. A continuación se detalla el número de servidores que conforman las oficinas técnicas a nivel nacional.

Tabla 23. Personal de oficinas técnicas.

Detalle	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Psicólogo	0	0	47	119	138	143	145	145
Trabajador Social	36	34	79	147	164	169	171	171
Médico	8	8	36	95	106	111	113	109

Fuente: Distributivos de Personal 2010 – 2017 Consejo de la Judicatura Elaboración del autor.

Se demuestra que del 2010 a 2017 se ha incrementado el número de profesionales que conforman los equipos técnicos como órganos auxiliares de las unidades de familia, mujer, niñez y adolescencia en la protección de los NNA, crecimiento relacionado directamente con el aumento de jueces especializados.

5.3.2.1. Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia

El artículo 233 del COFJ refiere la competencia de los Jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, señalando que en cada cantón debe existir una judicatura de esta materia, además el artículo 234 indica las atribuciones que deben tener, al efecto:

- Las relativas en materia civil reguladas en el Código Civil ecuatoriano, comprendidas desde el título III del Matrimonio

⁶⁵¹ La Corte Nacional de Justicia, disponía de una Sala conformada por 20 Conjueces que se encargan de la admisibilidad de los recursos, y de la resolución, hasta el cambio del modelo de gestión, en el año 2014.

⁶⁵² Las Cortes Provinciales de Justicia replicaban el modelo de gestión de la Corte Nacional y disponían de una Sala de Conjueces; y la competencia en las causas referentes a la niñez y adolescencia radicaba en las Salas de lo Laboral y Niñez y Adolescencia y existían 9 a nivel nacional.

⁶⁵³ En el año 2013, se reforma el modelo de gestión de las Cortes Provinciales, dando origen a las Salas Únicas de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, en las ciudades de mayor población y en las demás las Salas Multicompetentes.

⁶⁵⁴ Consejo de la Judicatura, Resolución 003-2014 Modelo de Gestión Unidades Judiciales de Primer Nivel (2014:10).

⁶⁵⁵ Artículo 235 del COFJ.

hasta el título XXIX correspondiente a la Remoción de Tutores y Curadores incluyendo ambos.

- Las que se refieren a las uniones de hecho, cuándo por lo menos una de ellas tenga uno o más hijos menores de 18 años de edad.
- En los cantones en los que “no exista Juez o Jueza de contravenciones o de violencia contra la mujer y la familia, (...) conocer sobre las materias contempladas en la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia.
- La fijación de la pensión alimenticia que “mientras dure la medida de amparo, deberá satisfacer el agresor, tomándose en cuenta las necesidades de subsistencia de las personas perjudicadas por la agresión”.
- Lo referente a los derechos de los NNA de conformidad con el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

También el artículo 218 del CONA, señala que los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia tienen la potestad de imponer medidas de protección judiciales y administrativas, teniendo como obligación hacer un efectivo seguimiento para que se cumplan, revisarlas, evaluarlas, sustituirlas, modificarlas y revocarlas si las circunstancias los ameritan.

Según lo dispuesto inciso segundo del artículo 262 del CONA, los casos relativos a la responsabilidad del adolescente infractor en primera instancia le corresponde a los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, según lo señalado en el Libro Cuarto del Código.

5.3.2.2. Salas de Familia, Mujer, Adolescencia y Adolescentes Infractores de las Cortes Provinciales

Según lo dispuesto en el artículo 206 del COFJ en cada provincia de la República existirá una Corte Provincial, organizándose en salas especializadas entre las cuales se puede mencionar a la Sala de Familia, Mujer Adolescencia y Adolescentes Infractores de las Cortes Provinciales del país. En este sentido, el artículo 208 señala que las competencias de las Salas de las Cortes Provinciales de familia son:

- Conocer en segunda instancia los asuntos dictados por los Jueces de la Niñez y Adolescencia.
- Conocer sobre los recursos de apelación y nulidad, sobre los asuntos dictados por los Jueces de la Niñez y Adolescencia.
- Actuar como tribunal de instancia en todos aquellos casos en los que la ley así lo disponga.
- Dirimir la competencia que surja entre juezas o jueces de territorio y entre éstos.
- Recibir las dudas de las juezas de la Niñez y Adolescencia y enviarlas a la Corte Nacional de Justicia con el informe respectivo correspondiente.

- Conocer el recurso de apelación presentado en contra de la sentencia de los jueces de adolescentes infractores.

De lo expuesto se determina que las Salas de Familia, Mujer, Niñez Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Cortes Provinciales del país, fungen como órgano jurisdiccional de segunda instancia en materia de protección de los derechos de los NNA.

5.3.2.3. Sala de Familia, Niñez Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia

La sede de la Corte Nacional de Justicia está en Quito, con jurisdicción a nivel nacional⁶⁵⁶, estructurada de la siguiente manera: “1. El Pleno; 2. Las salas especializadas; 3. La Presidenta o el Presidente de la Corte Nacional; 4. La Presidenta o el Presidente de Sala; y, 5. Las conjuetas y los conjuetes”. Las Salas Especializadas según el artículo 183 del COFJ son las siguientes:

- De lo Contencioso Administrativo.
- De lo Contencioso Tributario.
- De lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.
- De lo Civil y Mercantil.
- De lo Laboral.
- De la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.

Con respecto a la Sala de Familia, tendrá además de las establecidas en la Ley que conocer sobre los recursos de revisión en los procesos seguidos contra adolescentes infractores, y sobre los recursos de casación en las siguientes materias: en los juicios por relaciones de familia, niñez y adolescencia; en los relativos al estado civil de las personas, filiación, matrimonio, unión de hecho, tutelas y curadurías, adopción y sucesiones; y en los procesos seguidos contra adolescentes infractores.

5.3.2.4. Fiscalía General del Estado

La Fiscalía General del Estado es un órgano desconcentrado, con autonomía administrativa, económica y financiera, autónomo de la Función Judicial, según lo establece el artículo 194 de la CRE, y “dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal”. Cuenta con profesionales como: médicos legales y forenses, profesionales en investigaciones civiles y policiales, entre otros, para lograr cumplir sus fines.

La función principal es la dirección de la investigación procesal penal y de encontrar elementos suficientes de convicción, acusar a los presuntos infractores ante el Juez competente e impulsar la acusación en la sustanciación, ya que durante el proceso es el titular de la acción pública. Debe sujetarse a los: “principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el Juez

⁶⁵⁶ Artículo 172 y 189 del COFJ.

competente, e impulsará la acusación en la sustanciación”.

El artículo 282 del COFJ, establece las siguientes atribuciones: dirigir, y coordinar las actuaciones de la Policía Judicial en las investigaciones previas en las etapas procesales; garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados en las investigaciones respectivas; y organizar y dirigir el sistema de protección de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal.

La Fiscalía General del Estado constituye una garantía de protección de la niñez y adolescencia en Ecuador, al respetar los derechos constitucionales del debido proceso durante todas las etapas del proceso penal. Sin embargo como se justificará en el capítulo sexto de la investigación su actuación en los casos de violencia sexual en entidades educativas, no ha sido la adecuada.

5.3.2.5. Corte Constitucional

La Corte Constitucional es el máximo Tribunal de la República, tiene su jurisdicción a nivel nacional y es el: “órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia⁶⁵⁷”. Goza de autonomía tanto administrativa como financiera, y sus decisiones son vinculantes por ser la instancia de interpretación de la Norma Suprema del Ecuador y de los “tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado”.

Al ser el órgano jurisdiccional con las atribuciones de interpretar las normas constitucionales, su alcance, sus limitaciones, la protección de la jerarquía de dichas normas sobre las de rango legal y sub-legal, ejerce el control concentrado y sus decisiones son de obligatorio cumplimiento para todos los Tribunales de la República conforme con los artículos 425 y 428 de la CRE. El artículo 436 de la Constitución señala sus atribuciones:

- Declarar la inconstitucionalidad de los actos normativos de carácter general dictados por los órganos y autoridades del Estado, por vicios de fondo o de forma.
- La Declaratoria de inconstitucionalidad de oficio, de las normas jurídicas que contravengan lo dispuesto en la Constitución.
- La Declaratoria de inconstitucionalidad de los actos administrativos de carácter general dictados por las autoridades públicas.
- Conocer las acciones por incumplimiento que son presentadas con el fin de garantizar la ejecución de los actos normativos o administrativo de efecto general, independientemente de su naturaleza o jerarquía.
- Conocer las acciones por el cumplimiento efectivo de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no puedan ser ejecutadas por las vías judiciales ordinarias.
- Dictar sentencias en materia de: “acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás

⁶⁵⁷ Artículo 429 de la Constitución de la República de Ecuador.

procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”.

- Resolver los conflictos de atribuciones o competencias entre Funciones del Estado u órganos constitucionales.
- Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales.
- Sancionar el incumplimiento de las decisiones judiciales y dictámenes constitucionales.
- Declarar la inconstitucionalidad en que cometan las autoridades públicas o las instituciones del Estado, que inobserven lo ordenado por las disposiciones constitucionales, dentro del plazo estipulado en la misma, con la facultad de dictar la norma respectiva o ejecutar el acto emitido, de conformidad con el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La Corte Constitucional es el máximo órgano de control sobre el efectivo cumplimiento de las normas constitucionales, y en consecuencia es parte integrante del Sistema de Protección Integral de los NNA en la República de Ecuador, al proteger la jerarquía normativa de la protección de los derechos de la niñez y adolescencia, al declarar por ejemplo, la nulidad de una norma de rango legal o sub-legal sí disponen lo contrario a lo establecido en la CRE.

Tabla 24. Sentencias dictadas por la Corte Constitucional por años⁶⁵⁸.

Año	Sentencias Dictadas	Sentencias de la Niñez y Adolescencia	Representación
2008	3	0	0.00%
2009	93	0	0.00%
2010	222	1	0.45%
2011	118	4	3.39%
2012	363	6	1.65%
2013	249	5	2.01%
2014	312	1	0.32%
2015	500	9	1.80%
2016	581	10	1.72%
2017	536	11	2.05%
2018	212	3	1.42%
Total	3189	50	1.57%

Fuente: Corte Constitucional del Ecuador Reporte Estadístico. Elaboración del autor.

De acuerdo a los datos expuestos, de 2008 a 2018 en el ámbito de la protección de los derechos de los NNA, y su vulneración, se encuentran 50 sentencias, de las cuales, han sido analizadas en forma prioritaria en relación los principio del interés superior del niño y el derecho a ser oído en el capítulo tercero.

⁶⁵⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Portal de Servicios Constitucionales Relatoría y Seguimiento. En línea: <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/Grafos.aspx?opcion=relatoria/>. Fecha de consulta: 26 de abril de 2018.

5.3.3. Instituciones Privadas que brindan protección a la niñez

5.3.3.1. El Plan Internacional por la Niñez en la República del Ecuador

Es necesario rescatar la influencia que tienen las instituciones privadas en el ámbito de la protección de la niñez, muchas de ellas surgieron con mayor fuerza a partir de la firma de la CDN en 1989. Los esfuerzos colectivos para visibilizar la condición de la niñez y adolescencia en el Ecuador merecen mención especial, y nos permitirá observar si dentro de sus organizaciones existen procesos de descentralización, a través de las transferencias de competencias desde su ámbito de gestión, con el fin de demostrar cómo se cumplen los derechos de la infancia en el país desde el ámbito de la gestión privada muchas veces en forma individual o en asocio con el Estado.

Así el Plan Internacional por la Niñez en Ecuador es una Organización no Gubernamental (ONG) fundada en el año 1937 por el Británico Jhon Langdon, con la finalidad de ayudar a los niños y niñas que habían quedado huérfanos durante la Guerra Civil española que actualmente, trabaja a nivel internacional en 70 países, con la finalidad de impulsar el desarrollo en África, Asia y América. Su visión es que exista un “mundo en el que todos los niños y niñas puedan desarrollarse plenamente en sociedades que respeten sus derechos y la dignidad de todas las personas⁶⁵⁹”.

Es necesario destacar que el Plan internacional defiende los derechos de los niños y niñas, mediante programas con apoyo del sector público, de las sociedades y de organizaciones privadas. Busca que los mismos tengan participación en la comunidad donde viven de forma activa, como otro ciudadano más, que se involucren en las políticas para su propia protección, en donde tomen sus propias decisiones.

Tiene la finalidad de garantizar el pleno desarrollo NNA, que se les incluyan sin ningún tipo de discriminación, asegurándoles la educación y protección en sus derechos, para que salgan de la pobreza y eliminar los riesgos de los más vulnerados y desfavorecidos, trabajando en varias áreas como: educación, cuidado de la primera infancia, participación infantil, protección de la infancia, seguridad económica, salud sexual y reproductiva, agua y saneamiento, alimentación y nutrición, ayuda humanitaria y pobreza infantil.

Mediante la colaboración de personas de diversas culturas y nacionalidades, le brindan propósitos y valores a sus vidas dándoles oportunidad de participar, colaborar y beneficiarse dentro de la comunidad donde viven, satisfaciendo a su vez sus necesidades básicas, la de su familia y la de sus comunidades. Su objetivo fundamental es cumplir con los “ODS para 2030” trabajar con los niños y niñas, especialmente con las niñas que son más vulnerables, para que puedan aprender, decidir, liderar, y prosperar. Con esta estrategia aspiran transformar las vidas de 100 millones de niñas.

Desde 1962 la Organización no Gubernamental, ha trabajado en la República de Ecuador en aras de proteger los derechos de los NNA, con las familias y las comunidades constantemente con programas integrales y a largo plazo, proporcionando igualdad de oportunidades de empleo, eliminando cualquier criterio discriminatorio. Contribuyen a la “Agenda Social para la Niñez y Adolescencia”, se alinean con los

⁶⁵⁹ Plan Internacional, Inc. Sobre Nosotros. En línea: <https://plan-international.es/sobre-plan/colaboradores/redes-y-alianzas/>. Fecha de consulta: 18 de febrero 2018.

Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con la Convención de los Derechos del Niño.

5.3.3.2. Humanium

Es una Organización No Gubernamental (ONG) fundada en Suiza el 20 de noviembre del año 2008, por Olivier Soret con ámbito internacional, compuesta por 3 asociaciones sin fines de lucro de Suiza, Francia y Alemania. Tiene la finalidad de erradicar la violación de los derechos de los niños y niñas del mundo, con la colaboración y planificación de entidades locales y comunidades, ya que “trabaja con un espíritu de cooperación y de colaboración, no crean estructuras alternativas, reforzamos y desarrollamos las estructuras locales existentes (...) La asociación es neutral, apolítica y aconfesional⁶⁶⁰”.

Su enfoque es participativo y sumó a su apoyo las instituciones locales de cada país, para garantizar la participación y el respeto de los derechos humanos de los NNA de todo el mundo, pero es especial proteger a los más vulnerables que a su concepción son las niñas y los que viven en estado de pobreza. Para Humanium la pobreza “sigue siendo la causa principal de violación de los Derechos del Niño porque la falta de fondos impide seriamente el acceso a las necesidades humanas básicas”.

Para combatir la pobreza en las familias y por ende en la etapa de la infancia, cuenta con siete programas para lograr sus objetivos: en materia de educación, salud, micro finanzas, derechos humanos, medio ambiente, ciudadanía y paz. Así como promover el apadrinamiento que consiste en la donación mensual de una cantidad para ayudar a un niño o niña.

Sobre el estado de la niñez en Ecuador, indica que aún y cuando en el país se ha progresado, existe un brecha cultural muy grande, “sobre todo en relación a la educación, salud y en las condiciones de vida en general de los niños⁶⁶¹”, reconociendo que es multiétnico. Señala que la “falta de políticas dirigidas específicamente hacia los niños en edad escolar y la ausencia de programas estatales orientados a los adolescentes es parte de las acciones urgentes para mejorar la situación”.

Advierte que uno de los principales problemas que afectan a los NNA en Ecuador son la pobreza que no les permite el acceso a los servicios básicos ni a satisfacer sus necesidades elementales de todo ser humano, encontrándose problemas de desnutrición crónica, falta de educación de las madres, existiendo regiones “sobre todo en el área rural, donde más del 50% de los niños y adolescentes, viven en hogares pobres, sin acceso a agua potable, ni servicios higiénicos, ni alcantarillado y cerca de un 35% viven en situación de hacinamiento”.

El matrimonio⁶⁶² y embarazo infantil, es otro problema en el país ya que “el 22% de las adolescentes se casan antes de los 18 años”, que trae consigo embarazos en la

⁶⁶⁰Presentación de Humanium ¿Qué es Humanium? En línea: <https://www.humanium.org/es/presentacion-humanium/>. Fecha de consulta: 18 de febrero de 2018.

⁶⁶¹Humanium. Niños de Ecuador. Descubriendo los derechos infantiles en Ecuador. En línea: <https://www.humanium.org/es/ecuador/>. Fecha de consulta: 19 de febrero de 2018.

⁶⁶²Según los artículos, 21, 83 y 95 del Código Civil del Ecuador, podrán contraer matrimonio las mujeres a partir de los 12 años y los niños a partir de los 14, con el consentimiento expreso de quien ejerza la patria potestad, a la falta de tal persona, el de los ascendientes de grado más próximo. En la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y datos Civiles de 4 de febrero de 2016, no existe ninguna referencia sobre la edad para contraer matrimonio.

adolescencia, constituyendo para la ONG una violación “de los derechos del niño, en particular de las niñas, ya que se les niega la oportunidad de disfrutar de su adolescencia, así como del tiempo en el que adquieren la madurez para entender y consentir el matrimonio”.

Humanium se respalda en los estudios del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), en relación a la discriminación, educación, trabajo infantil, violencia infantil para la aplicación de sus proyectos. Al efecto UNICEF señaló que “La edad recomendada por el comité sobre la eliminación de discriminación contra la mujeres es de 18 años⁶⁶³”, edad que permite tomar una decisión con mayor madurez conociendo las implicaciones jurídicas, sociales y familiares, que conlleva un matrimonio, que por supuesto no lo tendrá una adolescente de 12 años.

En el tema de educación para el 2014 “casi un tercio de los niños y adolescentes sufren de un trato violento o castigos como forma de disciplina” y el 42% de los mismos son indígenas o mestizos. Con respecto a la asistencia de los NNA a las escuelas y los institutos para el año 2014 se ubicaba en 97,4%, siendo un progreso en el tema de educación, no obstante se debe atacar el “abandono escolar”, particularmente de la población indígena y las adolescentes embarazadas.

El trabajo infantil⁶⁶⁴ repercute directamente en la educación de los NNA, ya que al trabajar por lo general dejan de asistir a los centros educativos. Los trabajos domésticos varias veces son los trabajos más peligrosos para la salud y la vida de ellos⁶⁶⁵. Los datos del 2014 son los siguientes “menores de 11 años, en el sector rural el 15.5%, de niñas trabajan realizando tareas domésticas, en un promedio de 14 horas semanales, mientras que en el urbano disminuye al 4.3%. Entre los indígenas, el porcentaje sube al 29%”.

UNICEF define el trabajo infantil⁶⁶⁶ como toda actividad “peligrosa o dañina para los niños y niñas, interfiere con el aprendizaje formal o provoca deserción escolar prematura, requiere de combinar la escuela con una cantidad excesiva de trabajo, o no permite su desarrollo integral⁶⁶⁷”.

En el estudio realizado por UNICEF conjuntamente con el INEC en Ecuador, indica que el alto costo en los hogares, el pago de los servicios públicos, los ingresos percibidos y otros repercuten directamente en la economía familiar, y en consecuencia las mujeres y las niñas que son las más vulnerable en el núcleo familiar dedican largas horas diarias en tareas domésticas no remuneradas “de cuidado y protección social, que en otras circunstancias proveería el Estado o el mercado”. También advierte que los

⁶⁶³ UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. Nueva York. (2006).

⁶⁶⁴ El artículo 83 del CONA, establece que el Estado y la sociedad deben elaborar y ejecutar políticas, planes, programas y medidas de protección tendientes a erradicar el trabajo de los niños, niñas y de los adolescentes que no han cumplido quince años. La familia debe contribuir al logro de este objetivo.

⁶⁶⁵ El artículo 84 del CONA, precisa que la jornada de trabajo de los adolescentes no podrá exceder de 6 horas diarias, ni 5 días semanales y que los progenitores, los patronos o sus representantes deberán garantizar la culminación de sus estudios básicos y cumplan sus deberes académicos.

⁶⁶⁶ Para UNICEF, el trabajo infantil hace referencia a la población que laboran en la siguiente jornada, entre 5 y 11 años que al menos una hora semanal en alguna actividad económica o al menos 28 horas semanales en trabajo doméstico, entre 12 y 14 años que trabajan al menos 14 horas semanales en actividades remuneradas, o al menos 28 horas semanales en actividades domésticas, y la población entre 15 y 17 años que dedica al menos 43 horas a actividades remuneradas o al trabajo doméstico.

⁶⁶⁷ Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) y El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Trabajo infantil en Ecuador: Hacia un entendimiento integral de la problemática. (2015: 15).

patronos al contratar a los NNA por estar dispuesta aceptar cualquier salario, prefieren esa mano de obra que de un adulto, y esto “permite concluir que el trabajo infantil tiende a perpetuar la pobreza, por el lado de la generación de ingresos y el mantenimiento del desempleo⁶⁶⁸”.

Con respecto a la violencia infantil, es importante indicar que aun los malos tratos que sufren los NNA “dentro del sistema educativo, la vivienda familiar o dentro del sistema judicial” es permanente dado que en el Ecuador, verbigracia el castigo corporal ha sido adoptado casi por su generalidad como una manera de disciplina, cuando lo que constituye es un tipo de violencia. En este sentido Humanium indica que “estos tipos de maltratos, tan comunes hoy día en la sociedad ecuatoriana, están firmemente enraizados a las tradiciones populares”.

El estudio de Humanium del 2014 indica que “los niños con padres indígenas o afro ecuatorianos, continúan siendo discriminados dentro de su propio país”, existiendo indudablemente una notable diferencia entre los niños indígenas y los que no son indígenas. Para los pueblos autodefinidos como indígenas “la pobreza por ingresos alcanzó el 51.1%, en los montubios el 44.2%, en los afro ecuatorianos el 35.9%, mientras que entre los blancos el indicador llegó al 14.3%”.

En relación al derecho a la identidad, para el año 2000 el 15% de los niños no estaba inscrito en el Registro Civil, creándose un problema porque de manera oficial no existían lo que se genera un obstáculo para acceder a sus derechos y ejercerlas como los demás. No obstante, el Gobierno “creo agencias de registro en las maternidades y otros establecimientos de salud, lo que permitió un considerable aumento de niños inscritos”.

La siguiente tabla que se expone refiere a la proyección de la población infantil existente en el Ecuador, en el rango de 0 a 5 años de edad, en una serie de tiempo del 2010 al 2018, de la información se concluye que la población infantil se encuentra disminuyendo dada la situación económica que vive el país y el cambio de la apreciación del componente ideológico al cambiar la visión de familia tradicional.

Tabla 25. Proyección de la población de Ecuador de 0 a 5 años.

AÑOS	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
EDADES									
0	341.045	340.137	338.879	337.546	336.328	335.228	334.222	333.325	332.505
1	339.943	339.584	338.832	337.662	336.417	335.281	334.250	333.306	332.461
2	338.971	339.438	339.122	338.397	337.255	336.032	334.920	333.902	332.979
3	337.205	338.688	339.161	338.855	338.150	337.020	335.805	334.703	333.687
4	334.973	336.969	338.464	338.940	338.649	337.953	336.822	335.614	334.516
5	332.503	334.792	336.794	338.294	338.776	338.488	337.789	336.660	335.463
TOTAL	2.024.640	2.029.608	2.031.252	2.029.694	2.025.575	2.020.002	2.013.808	2.007.510	2.001.611

Fuente: INEC 2018. Elaboración del autor.

⁶⁶⁸ Humanium. Niños de Ecuador. Descubriendo los derechos infantiles en Ecuador. En línea: <https://www.humanium.org/es/ecuador/>. Fecha de consulta: 19 de febrero de 2018.

Los datos referidos se confrontan con la siguiente tabla de inscritos vivos en la serie de tiempo de 2009 a 2017, y se concluye la existencia de una tendencia a la baja de nacimientos.

Tabla 26. Número de inscripciones según formulario nacido vivo.

Año	Hombres	Mujeres	Total
2009	172.563	164.336	336.899
2010	166.518	159.510	326.028
2011	169.240	163.402	332.642
2012	168.908	161.826	330.734
2013	154.666	148.789	303.455
2014	151.200	143.855	295.055
2015	143.100	137.650	280.750
2016	132.171	126.877	259.048
2017	132.214	127.038	259.252

Fuente: Anuario de Nacimientos INEC 2018. Elaboración del autor.

5.3.3.3. World Visión Ecuador

Es una organización humanitaria internacional de cristianos que trabaja con los NNA y las comunidades apoyando el fortalecimiento del sistema de protección integral, en coordinación con el Estado, sus líneas de trabajo están encaminadas al bienestar de la niñez, mediante programas sostenibles y de impacto nacional, emergencias y ayuda humanitaria en zonas de desastres, protección, género, participación, promoción y defensa de derechos, emprendimientos productivos de familias y comunidades en condiciones de vulnerabilidad.

La Estrategia Nacional 2013-2015 de World Visión Ecuador, se enfocó en incrementar el bienestar y la protección integral de los NNA y jóvenes, trabajando en 23 programas de desarrollo de área en 9 provincias, 27 cantones y 64 parroquias en más de 700 comunidades con un impacto directo a 56.612 NNA patrocinados y 39.628 no patrocinados. Actualmente como parte de la Mesa de Voluntariado, conformada por 22 organizaciones, están impulsando la investigación de Línea Base sobre Acoso Escolar, en asocio con el Ministerio de Educación y UNICEF y la estructuración de los Sistemas de Protección de Derechos, en convenio con el CCII.

Un ejemplo de descentralización y ampliación de la cobertura lo realizan a través del Centro de Aprendizaje de Movilización Juvenil (CDAMJ), extendiendo su trabajo a las provincias de Pichincha, Guayas, Azuay y Zamora Chinchipe, donde no tienen programas de Desarrollo de Área para trabajar con jóvenes en dos temas específicos: prevención de adicciones y bullying⁶⁶⁹.

⁶⁶⁹ En línea: <https://www.worldvision.org.ec/>. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2018.

5.3.3.4. Save the Children

Save the Children es una de las organizaciones más reconocidas en Ecuador por su trabajo a favor de la niñez, desde el 2004 ha tenido un protagonismo muy alto en la implementación de proyectos de incidencia política y pública para la construcción y fortalecimiento de los sistemas de protección a los NNA. La experticia de Save The Children en Ecuador está en la implementación de proyectos que promueven la participación, la protección, el acceso a educación y la erradicación del trabajo infantil. También se enfoca en temas de protección de los recursos naturales y la inclusión productiva de jóvenes hacia la búsqueda de mejores condiciones de vida, en especial de aquellos que están en condiciones de movilidad humana, trata, tráfico o sufren las peores formas de trabajo infantil.

Mantiene permanente coordinación y cooperación con Organismos Internacionales como el ACNUR, Programa Mundial de Alimentos (PMA), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la Unión Europea (UE), la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional (AACID), la Cooperación Europea para la Ayuda Humanitaria (ECHO), y en el ámbito nacional con el Observatorio de la Niñez y Adolescencia (ODNA). En conjunto con otras organizaciones como Plan Internacional, UNICEF y FOSE, han realizado estudios de las condiciones de la niñez en Ecuador que han servido como fuentes de información oficial y base para la incidencia política y pública.

En Ecuador ha implementado proyectos de índole nacional, regional e internacional. a través de proyectos de codesarrollo entre países donantes y países receptores, tal como los proyectos ejecutados con la Comunidad de Valencia en España y Ecuador. Además implementa los Convenios 060 y 061 financiados por la AECID y la Unión Europea, que buscan el fortalecimiento de los sistemas de protección públicos y privados a favor de la niñez y adolescencia en el Ecuador. A través de estos convenios se busca la transferencia al Estado de los Protocolos de Atención Integral a la Infancia y de los Protocolos de restitución de los derechos de los niños y niñas en condiciones de explotación sexual con fines turísticos, así como también la determinación de los Protocolos de Atención a los NNA en condiciones de movilidad humana.

También conforma la Red Antitrata en la ciudad de Quito y ejerce acciones para el fortalecimiento de la Red Nacional Antitrata y forma parte del movimiento nacional de Erradicación de Trabajo Infantil y en conjunto con el Centro de Desarrollo y Autogestión ejecuta actualmente un proyecto denominado “Ecuador sin Trabajo Infantil” financiado por la Unión Europea.

En el ámbito organizacional Save the Children tiene infraestructura institucional en 12 provincias del país Pichincha, Guayas, El Oro, Esmeraldas, Sucumbíos, Zamora Chinchipe, Cañar, Azuay, Bolívar, Manabí, Cotopaxi, Tungurahua, también cuenta con más de 25 socios locales entre los cuales destacan, gobiernos locales, centros de atención a discapacitados, Concejos Cantonales de la Niñez de varios municipios, Asociaciones de Jóvenes, entre otros. Todo lo anterior demuestra su compromiso con el país desde una óptima delegación de competencias⁶⁷⁰.

⁶⁷⁰ En línea: <https://ecuador.savethechildren.net/es/>. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2018.

5.3.3.5. CARE Ecuador

Está vigente en Ecuador desde 1962, en mérito del convenio firmado por el Presidente de la República de ese entonces Dr. Carlos Julio Arosemena Monroy y el Director Mundial de CARE, publicado en el Registro Oficial N° 65 del 25 de Enero de 1962 y ratificado mediante el Convenio Básico de Cooperación Internacional publicado en el Registro Oficial N° 139 del 27 de Febrero de 2010.

Durante el período de presencia de CARE en el Ecuador, se marcan tres etapas institucionales: La primera va desde 1962 a 1975 y la caracteriza la asistencia social. La segunda desde 1975 a 1988 y la define el acercamiento hacia el desarrollo social, y la tercera a partir 1988 hasta la actualidad. La búsqueda de la utopía de la superación de la pobreza y el desarrollo humano sostenible son las constantes que movilizan a todo el equipo técnico y administrativo de la oficina del país.

La asistencia social consiste en programas de alimentos, nutrición y huertos escolares, la provisión de suplementos alimenticios. La recuperación y educación nutricional fue realizada en forma conjunta con la Organización Panamericana de la Salud “OPS”, Fondo de las Naciones Unidas para la Agricultura “FAO”, Ministerio de Salud Pública, Ministerio de Educación y Cultura, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional “USAID”, entre otros.

A partir de 1988 la sostenibilidad y la integralidad perfilan el inicio de una estrategia clave que es la utopía de la superación de la pobreza y el desarrollo humano sostenible. CARE definió su enfoque programático que abarca temas sobre educación, salud, agua, saneamiento y salud ambiental, democracia y gobernabilidad, recursos naturales y desarrollo económico. Actualmente todos los proyectos y programas están alineados y comprometidos con los objetivos de desarrollo del milenio con el objeto de aunar esfuerzos para contribuir con la reducción de la pobreza⁶⁷¹.

5.3.3.6. El Observatorio de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia (ODNA)

El ODNA es un consejo ciudadano integrado por conocidos líderes de diversos sectores del país. Su carácter autónomo e independiente del sector gubernamental le permite incidir en la opinión pública, con ética y profesionalismo. Cuenta con dos instancias, una política y otra técnica. Es un organismo no gubernamental sin fines de lucro, que efectúa investigaciones sobre la situación social de la población ecuatoriana, con el fin de aportar en el diseño y evaluación de políticas públicas que apunten a consolidar la equidad y la justicia social. Cuenta con el apoyo de UNICEF y la Fundación Observatorio Social del Ecuador.

El ODNA nació hace diez años, cuando la Fundación Observatorio Social del Ecuador y UNICEF se unieron para diseñar un modelo novedoso de monitoreo y vigilancia de los derechos de los NNA. El reto fue encontrar una manera de visibilizar las diferencias en el cumplimiento de los derechos de la niñez que sea rigurosa y que comunique de manera potente las brechas existentes. Adicionalmente fue necesario encontrar un mecanismo de vigilancia ciudadana que asegure independencia y objetividad en esta tarea⁶⁷².

⁶⁷¹ En línea. <http://www.care.org.ec/care-ecuador/>. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2018.

⁶⁷² Observatorio de los Derechos del Niño “Estado de los derechos de la niñez y la adolescencia en Ecuador 1990-

5.3.3.7. Child Fund International

Es una organización internacional sin fines de lucro dedicada a potencializar a que los NNA, carentes, excluidos y vulnerables tengan la capacidad de convertirse en adultos, jóvenes, padres y madres de familia, que lleven cambios duraderos y positivos a sus comunidades a través de la construcción de sus capacidades. Junto a once organizaciones internacionales de Suecia, Dinamarca, Canadá, Australia, Alemania, Irlanda, Japón, Corea, Nueva Zelanda, Taiwán y Francia formaron la Alianza Child Fund, asocio que brinda oportunidades para que las voces y necesidades de los NNA sean escuchadas.

En el Ecuador desarrolla sus actividades desde 1985 en cinco provincias y seis áreas, Carchi, Imbabura, Noroccidente de Pichincha, Quito, Cotopaxi y Tungurahua beneficiando a 574 comunidades, 11.870 niños y 62.151 personas. Durante estos años de trabajo, la fundación ha impulsado constantemente el establecimiento de alianzas estratégicas y operativas con socios locales, federaciones y gobiernos locales con el fin de que basadas en sus necesidades, sean las comunidades quienes lideren el mejoramiento de sus condiciones de vida, en los aspectos más importantes para su desarrollo como Educación, Desarrollo del Niño, Salud, Nutrición, Seguridad Alimentaria, Saneamiento, Organización Social y Medio Ambiente siendo su centro de acción el bienestar de la niñez⁶⁷³.

Esta indagación de las organizaciones privadas proyecta motivar una mayor participación de otras entidades no gubernamentales dado el creciente número de NNA que existen en el país y que el Estado a través de sus diversos organismos públicos no alcanza a protegerlos.

2011 (2012: 4).

⁶⁷³ En línea: <https://www.onlinevolunteering.org/es/node/390984>. Fecha de consulta: 27 de febrero de 2018 y entrevista a Ing. Mabel Cajas. Directora Financiera Internacional de la Fundación

Tabla 27. Sistema de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en Ecuador.

Sistema de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en Ecuador		
Sector Público		Sector Privado: Internacional y /o Nacional
A nivel administrativo	A nivel Jurisdiccional	Organizaciones no Gubernamentales
Ministerio de Inclusión Económica y Social.	Corte Constitucional.	Plan Internacional por la Niñez en Ecuador.
Consejo de Igualdad Intergeneracional.	Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia.	Humanium.
Juntas Cantonales de Protección de Derechos.	Salas de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de las Cortes Provinciales del país.	World Visión Ecuador.
Defensoría del Pueblo.	Jueces de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.	Save the Children.
Defensorías Comunitarias de la Niñez.	Fiscalía General del Estado.	Observatorio de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia (ODNA).
Policía Especializada de los Niños, Niñas y Adolescentes (DINAPEN).		Child Fund International.

Fuente: Normativa Ecuatoriana vigente. Elaborado por el Autor.

5.4. DERECHO COMPARADO DE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA EN COLOMBIA Y ESPAÑA

5.4.1. Colombia

Para garantizar la protección integral de los derechos a los NNA en la República de Colombia se han creado varios sistemas encargados de gestionarlos, a saber: el Sistema de Protección Social, el de Seguridad Social en Salud, el Sistema Judicial y el del Sistema Nacional de Bienes Familiar (en adelante, SNBF)⁶⁷⁴. El artículo 12 de la Ley 7 de 1979 define el bienestar familiar como un “servicio público que debe ser prestado por el Estado a través del SNBF, entidades u organismos oficiales y privados autorizados”.

En efecto el SNBF, es un conjunto de agentes con la finalidad de coordinar e integrar a los órganos y entes públicos, privados y sociedad organizada, encargados de proteger los derechos en la niñez y adolescencia en la República de Colombia, de forma integral y pretende el fortalecimiento del núcleo familiar, siendo el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante, ICBF) el encargado de articularla.

La protección integral de las personas menores de 18 años se ejecutará mediante políticas, programas y acciones por todo el territorio de Colombia, originada del principio del interés superior del niño, y desplegada en cuatro puntos y son: “el reconocimiento como sujetos de derechos; la garantía y el cumplimiento de los mismos; la prevención de su amenaza o vulneración; y la seguridad de su restablecimiento inmediato⁶⁷⁵”.

El artículo 10 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), establece una corresponsabilidad entre el Estado, la sociedad y la familia en cuanto a la protección integral de los derechos de los NNA en Colombia. Por su parte, el artículo 7 del Decreto 936 de 2013 define los agentes del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, y determina los actores que los constituyen, a nivel nacional, departamental y municipal⁶⁷⁶.

El Comité de los Derechos del Niño en Colombia indicó como observación final (2010) que se “fortalezca la coordinación entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y otros organismos competentes nacionales, regionales y locales”. Se observa que el SNBF es integral, conformado por un conjunto de órganos y entes públicos y privados de nivel nacional e internacional que están coordinados mediante el ICBF con el fin de garantizar la protección de los NNA en Colombia.

En Ecuador, el encargado de dirigir las políticas públicas de protección de los NNA es el MIES⁶⁷⁷, y el CNII se encarga de vigilar el efectivo cumplimiento de los derechos consagrados en los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, coordinando con los órganos ejecutores el efectivo cumplimiento de las políticas

⁶⁷⁴ Gobierno de la República de Colombia. Sistema Nacional de Bienestar Familiar. En línea: <https://www.icbf.gov.co/bienestar/sistema-nacional-bienestar-familiar>. Fecha de consulta: 5 de abril de 2018.

⁶⁷⁵ Artículo 7 de la Ley 1098 de 2006, mediante la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. De Colombia. Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006.

⁶⁷⁶ Decreto publicado en el Diario Oficial No. 48.786 de 10 de mayo de 2013, por el cual se reorganiza el Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

⁶⁷⁷ Artículo 9 del Estatuto Orgánico de Gestión organizacional por procesos del MIES.

públicas adoptadas por el gobierno ecuatoriano y en las entidades rectoras y ejecutoras, y con los organismos especializados en la protección de derechos en todos los niveles de gobierno.

En Colombia el SNBF, está conformado por diversos órganos y entes encargados de la protección de los NNA en la República de Colombia, de los cuales se mencionan los siguientes:

- El Consejo Nacional de Política Social.
- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).
- Comisarías de Familia.
- Defensorías de Familia.
- La Policía de Infancia y Adolescencia.
- Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia.

El Consejo Nacional de Política Social está regulado en el artículo 206 del Código de la Infancia y la Adolescencia, señalando que tiene la responsabilidad de diseñar, planificar y dictar políticas públicas, recursos y todas las actividades para proteger y garantizar los derechos en la infancia y la adolescencia, integrado por la Función Ejecutiva en sus tres niveles, los Ministros con dicha competencia, el Director del Departamento Nacional de Planeación o el Subdirector, el Director del ICBF y “una autoridad indígena en representación de las Entidades Territoriales Indígenas”.

También es el responsable de “movilizar y apropiar los recursos para la financiación de estas políticas presidido por el Presidente de la República o su Vicepresidente, los Ministros o Viceministros de la Protección Social, Interior y de Justicia, Hacienda y Crédito Público”, siendo el Presidente de la República, los Gobernadores y los Alcaldes los que deben diseñar, ejecutar y evaluar las políticas públicas en Colombia relativas a los NNA.

El ICBF es una entidad con personalidad jurídica pública descentralizada, con autonomía administrativa y patrimonio propio, creada en la Ley 75 de 1968⁶⁷⁸ y reorganizada en 1979 en la Ley 7. Tiene como función primordial proteger de forma integral a los NNA y el bienestar familiar, así como también prevenir la infracción de los derechos de dicha población, dando mayor énfasis a las que se encuentran en situación de amenazas o vulnerabilidad en sus derechos y garantías.

Otra función es la de optimizar la calidad de la atención y la asistencia integral a la primera infancia, es decir, desde la concepción hasta los 5 años de edad, prevenir las amenazas de vulnerabilidad de los derechos en la infancia y la adolescencia, alentar a la sociedad a respetar a los NNA, fortalecer el núcleo familiar y las comunidades para que puedan brindar atención mutua a los niños menores de 18 años y prevenir cualquier acto de violencia en esas áreas, y promover la seguridad alimentaria y nutricional desde la

⁶⁷⁸ Ley 75 de 1968, por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (Colombia) Diario Oficial No. 32.682 de 31 de diciembre de 1968.

concepción hasta la adolescencia y en la familia.

Coordinar con las instancias del SNBF para garantizar la protección integral en la niñez y adolescencia es otra de sus funciones, articulando con los demás órganos y entes de Estado Colombiano, entidades privadas y la sociedad en general la correcta evaluación de las políticas públicas, el uso adecuado de los recursos destinados para ellos y la ejecución de los mismos.

Las Comisarías de Familia son entidades administrativas que integran el SNBF a nivel de Distrito, Municipio o Intermunicipal, que tiene como finalidad garantizar la paz familiar, previniendo todo acto de violencia en contra de los miembros de la familia, y en caso de que ocurriesen dichos hechos, deberá garantizar el restablecimiento y la reparación de los daños ocasionados⁶⁷⁹. Morlachetti indica que éstas son “de carácter administrativo e interdisciplinario, cuya misión es prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar⁶⁸⁰”.

Además de las ya mencionadas funciones, el artículo 86 de la Ley 1098 de 2006 indica las funciones del Comisario de la Familia, entre las cuales se mencionan las siguientes: Orientar a los integrantes del núcleo familiar sobre “el ejercicio y restablecimiento de sus derechos”; recibir las denuncias sobre los delitos cometidos en contra de los NNA y dictar las medidas de protección al respecto y sobre la violencia intrafamiliar; determinar temporalmente la “cuota de alimentos y la reglamentación de visitas, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes y fijar las cauciones de comportamiento conyugal, en las situaciones de violencia intrafamiliar”; realizar rescates de los NNA en situaciones de peligro; desarrollar programas que prevengan la “violencia intrafamiliar y delitos sexuales”; dictar medidas para la restitución de los derechos infringidos cuando exista maltrato infantil y realizar la denuncia respectiva; y aplicar las medidas que correspondan en los “conflictos familiares, conforme a las atribuciones que les confieran los Concejos Municipales”.

Las Comisarias contribuyen a la protección de los NNA en Colombia, al ser receptoras de denuncias y tener la potestad de tomar ciertas medidas en materias específicas, por ejemplo, con respecto a la violencia y el abuso infantil. Desarrollando además programas para la prevención de los delitos de los menores de 18 años y en contra de los integrantes de la familia, orientador de los mismos. En fin es un organismo de instancia administrativa en el que tiene acceso todo el grupo familiar, promoviendo la paz familiar, que es el primer espacio en donde los NNA son víctimas de violencia, maltrato y abusos.

El ICB dicta los lineamientos técnicos a las Comisarías de Familia en todo el territorio colombiano. Por otra parte se puede mencionar otras de las funciones de dicha institución jurídica, según lo dispone el artículo 86 del Código de la Infancia y la Adolescencia:

- Atender y orientar a todos los integrantes del núcleo familiar para que ejerzan sus derechos.

⁶⁷⁹ Artículo 83 de la Ley 1098 de 2006.

⁶⁸⁰ MORLACHETTI, A. (2013: 23).

- Recibir las denuncias sobre los delitos realizados en contra de las personas menores de 18 años de edad o por casos de violencia en la familia.
- Adoptar medidas de protección y de emergencia en las denuncias por delitos realizados o violencia ejercidas en contra de los NNA.
- Determinar de forma provisional lo relativo a la “custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes y fijar las cauciones de comportamiento conyugal, en las situaciones de violencia intrafamiliar.”
- Rescatar cuando por la urgencia sea necesario, “para conjurar las situaciones de peligro en que pueda encontrarse un niño, niña o adolescente”.
- Desarrollar los programas con respecto a los delitos sexuales y de violencia en el núcleo familiar, a los fines de prevenirlos.
- Denunciar los delitos por maltrato infantil.

En Ecuador, las Juntas Cantonales de Protección de Derechos son receptoras de denuncias organizadas por el Municipio, de nivel operativo según el artículo 206 del CONA, con finalidad primordial la mediación y la conciliación de las partes; dictar las medidas necesarias de protección a los fines de garantizar los derechos de los NNA, restituirlos, y accionar la Función Judicial. Así como las defensorías comunitarias tienen la potestad de exigir el cumplimiento de los derechos de los NNA en todos sus ámbitos familiar e institucional, interponer denuncias cuando exista violación de los derechos para que sean restituidos, y realizar los reclamos para el cumplimiento cabal de las políticas públicas. Tienen ciertas similitudes con las Comisarías de Familia en Colombia.

Las Defensorías de Familia en Colombia, se encuentran establecidas en el artículo 79 del Código de la Infancia y la Adolescencia, son unidades bajo dependencia del ICBF, conformadas por psicólogos, trabajadores sociales y nutricionistas, quienes emiten dictámenes periciales con naturaleza multidisciplinaria, “encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, y son de carácter interdisciplinario⁶⁸¹.

En el artículo 81 del Código de la Infancia y la Adolescencia se señala los deberes del Defensor de Familia, en los cuales se mencionan los siguientes: “Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal”; garantizar la igualdad de las partes en el procedimiento; ejercer las facultades en “materia de pruebas, siempre que estime conducente y pertinente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias”; dictar los actos administrativos dentro del lapso legal establecido; fijar los días de audiencias; asistir a las mismas, en fin realizar todas

⁶⁸¹ MORLACHETTI, A. (2013: 24).

las atribuciones y obligaciones previstas en el Código.

Con respecto a las Defensorías Comunitarias de la Niñez en Ecuador en comparación a las Defensorías de Familia en Colombia, aún cuando la finalidad de ambas figuras jurídicas es la protección de los NNA en cada país, sus funciones específicas y organización son diferentes. La primera está conformada por las comunidades en coordinación de la Defensoría del Pueblo, puede exigir el cumplimiento de los derechos tanto a nivel familiar como institucional, y realizar reclamos e interponer denuncias. La segunda es dependiente del ICBF y pueden dictar actos administrativos.

La Policía de Infancia y Adolescencia se encuentra establecida en el artículo 91 del Código de la Infancia y la Adolescencia, indicando que “dependerá directamente de la Dirección de Protección y Servicios Especiales que a su vez dependerá del Subdirector General y con presencia efectiva en los comandos de Departamento, Metropolitanos, Estaciones y Organismos Especializados”. Los integrantes de los mismos no solo serán profesionales en área policial, sino a demás en “las ciencias humanas y sociales, tener formación y capacitación en Derechos Humanos y legislación de la infancia y la adolescencia”.

Las funciones de la Policía Especializada de los Niños, Niñas y Adolescentes (DINAPEN) en la República de Ecuador y su organización⁶⁸² tienen muchas similitudes con la Policía de Infancia y Adolescencia de Colombia, son centralizadas, sus funciones son especiales en la niñez y adolescencia, y los funcionarios deben estar capacitados no solo en el área policial, sino también en materia de protección de las personas menores de 18 años, en cuanto al trato, derechos, deberes y acciones de protección.

El Ministerio Público está integrado por la “Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, y las personerías distritales y municipales⁶⁸³”, y tiene como funciones: difundir, proteger y defender los derechos de los NNA ante todos los órganos y entes públicos e instituciones privadas aplicando el principio del interés superior del niño; promoviendo la formación de los menores de 18 años de edad que les permitan ejercer responsablemente sus derechos; tramitar las quejas y peticiones referentes a la vulneración o amenaza de los derechos en la niñez y adolescencia; realizar las observaciones necesarias “en caso de amenaza o violación de los Derechos Humanos de los niños, las niñas y los adolescentes”.

En lo referente a la Estructura Orgánica Judicial, según lo señalado en el artículo 11 de la ley 1285 de 2009, concatenado con la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, se establece que la estructura orgánica judicial de protección de la niñez y adolescencia en Colombia es la siguiente:

- Corte Suprema de Justicia.
- Tribunales Superiores de Distrito Judicial.
- Juzgados de Familia.

⁶⁸² Artículo 208 del CONA.

⁶⁸³ Artículo 95 del Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia.

- Juzgados Promiscuos de Familia en materia penal.
- Juzgados Penales para adolescentes.
- Juzgados Civiles Municipales.

En relación a los Juzgados Civiles Municipales es importante indicar que según el numeral 6 del artículo 17 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, los Jueces Civiles Municipales conocerán en única instancia de “los asuntos atribuidos al Juez de familia, cuando en el municipio no haya Juez de familia o promiscuo de familia”, y como primera instancia conocerán de acuerdo con el artículo 20 literal 6, relacionado a las atribuciones de los Jueces de Familia, cuando “en el circuito no exista Juez de familia o promiscuo de familia”.

El referido Juzgado puede funcionar como una única instancia o como primera instancia dependiendo de las circunstancias, cuando por ejemplo, en el primer supuesto no exista Juez de Familia en el Municipio respectivo; y como primera instancia si en el circuito no hay Juez de Familia; es decir, que este Tribunal conocerá en materia de niño y de familia solo si hay ausencia del Juez de Familia, sea en el Municipio o en el Circuito.

El artículo 21 del Código General del Proceso de Colombia indica las competencias de los Jueces de Familia en única instancia y conocerán los siguientes asuntos: De la protección del nombre de la persona natural; el cuidado, la custodia, la patria potestad y la visitas de las personas menores de 18 años de edad, sobre las medidas de protección en los casos de violencia “cuando en el lugar no exista comisario de familia, y de los procedimientos judiciales para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes”, revisar los actos administrativos emanadas por el “defensor de familia, el comisario de familia y el inspector de policía en los casos previstos en la ley”. Solucionar sobre el “restablecimiento de derechos de la infancia cuando el defensor de familia o el comisario de familia hubiere perdido competencia”.

Con respecto al conocimiento en primera instancia del Juez de Familia, el artículo 22 del Código de la Infancia y Adolescencia dispone que conoce sobre la paternidad y maternidad, su impugnación y todo lo relacionado a la modificación o alteración del estado civil; decidir sobre la restitución, suspensión o pérdida tanto de la patria potestad como “de la administración de los bienes de los hijos”; determinar la responsabilidad de los guardadores, designarlos o removerlos; aprobar la rendición de cuentas de los curadores, consejeros o administradores de los bienes; conocer sobre “la adopción”; y la “restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y de la restitución de menores en el país”.

En la República del Ecuador las atribuciones de los Jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia se encuentran reguladas en el artículo 233 del COFJ, indicando que en cada Cantón debe existir una judicatura del mismo, debiendo estar plenamente capacitadas y conocerán entre otros asuntos sobre: la materia de violencia contra la mujer y la familia cuando en el respectivo Cantón no exista “Juez de contravenciones o de violencia contra la mujer y la familia”, y lo relativo a los derechos de la niñez y adolescencia según la norma. Según el artículo 218 del CONA tendrán la potestad de imponer medidas de protección y de hacer que se cumplan.

En ambos juzgados se tratará el tema de violencia intrafamiliar, solo cuando no exista en el lugar colombiano determinado un comisario de familia, y en el caso de Ecuador cuando en el cantón respectivo no haya Juez de Contravenciones o de Violencia contra la Mujer y la Familia. Los referidos Jueces también conocerán sobre la responsabilidad de los adolescentes, y en caso que no exista este Juzgado en el Cantón quienes conocerán del mismo será el Juez de lo Penal de acuerdo al artículo 262 del CONA, mientras que en Colombia están conformados para tales funciones los Juzgados Penales para adolescentes, Promiscuos de Familia y los Municipales.

La organización jerárquica del sistema judicial en la República de Colombia, de forma ascendente tiene a los “Jueces municipales, Jueces del circuito, Tribunales y finalmente las Altas Cortes”, y da la posibilidad a las personas que lo accionen de poder “acudir a más de una instancia cuando no se encuentren de acuerdo con la decisión⁶⁸⁴”, en “los procesos de primera instancia pueden ser controvertidas ante una segunda instancia e incluso llegar a un recurso que se conoce como de Casación”.

En los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, las Salas de Familia tienen las siguientes atribuciones⁶⁸⁵: constituirse en segunda instancia de los casos conocidos por los Jueces de Familia con relación a la familia, conocer sobre los recursos de quejas contra “los autos que nieguen apelaciones de providencias dictadas por los jueces de familia”, conocer sobre los recursos de revisión contra las decisiones emanadas por los Jueces de Familia y Civiles sobre los casos de familia, y, sobre el “levantamiento de la reserva de las diligencias administrativas o judiciales de adopción”.

La Corte Suprema de Justicia es el máximo Tribunal de la República de Colombia, siendo una corte de casación “que mediante sus decisiones unifica la jurisprudencia nacional y decide de forma definitiva los litigios de los cuales tiene conocimiento⁶⁸⁶”.

También es importante indicar que el artículo 163 del Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia, señala cómo está conformado el sistema de responsabilidad penal para los adolescentes, a saber:

- Los Fiscales Delegados ante los Jueces Penales para Adolescentes. quienes se encargan de la investigación penal cuando está involucrado un adolescente.
- Los Jueces Penales para Adolescentes, Promiscuos de Familia y los Municipales, con funciones judiciales señaladas en el Código de la Infancia y la Adolescencia.
- “Las Salas Penales y de Familia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial que integrarán la Sala de Asuntos Penales para adolescentes en los mismos tribunales, ante quienes se surtirá la segunda instancia”.
- La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de justicia, que conoce sobre el

⁶⁸⁴ Procedimientos en los juzgados de familia. En línea: <https://misabogados.com.co/blog/procedimientos-en-los-juzgados-de-familia/>. Fecha de consulta: 30 de marzo de 2018. No obstante, cuando es de única instancia, se refiere a que no existe la posibilidad de acudir a un órgano judicial jerárquico que revise la decisión emitida por el inferior.

⁶⁸⁵ Artículo 32 del Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia.

⁶⁸⁶ Artículo 19 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

“recurso extraordinario de casación, y la acción de revisión”.

- “La Policía Judicial y el Cuerpo Técnico Especializados adscritos a la Fiscalía delegada ante los Jueces Penales para Adolescentes y Promiscuos de Familia”.
- La Policía Nacional.
- Los Defensores Públicos del Sistema Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo, quienes asumen la defensa de las personas menores de 18 años de edad, cuando éstos no tengan abogados.
- Las Defensorías de Familia, las Comisarías de Familia, o los Inspectores de Policía.
- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).
- Todas aquellas que integran el “Sistema Nacional de Bienestar Familiar”.

Con respecto a ese tema en Ecuador, el artículo 178 del COFJ señala que en la Corte Nacional existirán Salas Especializadas y una de ellas es la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, que conocerán sobre los recursos de “casación y revisión en los procesos seguidos contra adolescentes infractores”, como de las materias sobre el estado civil de las personas, filiación, matrimonio, unión de hecho, tutelas y curadurías, adopción y sucesiones.

El ordenamiento jurídico colombiano garantiza el principio del interés superior del niño y la protección integral de los derechos de los NNA y por ende, las autoridades jurisdiccionales y administrativas al momento de actuar, gestionar, decidir, ejecutar y evaluar el cumplimiento de sus decisiones deberán tomarlas en cuenta, según lo dispone el artículo 192 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

En síntesis de lo señalado, se infiere que la estructura administrativa y judicial de protección de la niñez y adolescencia en Colombia es la siguiente:

Tabla 28. Estructura Administrativa y Judicial de Protección de la niñez y adolescencia de Colombia.

La Estructura Administrativa y Judicial de Protección de la niñez y adolescencia de Colombia	
Nivel administrativo	Nivel Jurisdiccional
Consejo Nacional de Política Social.	Corte Suprema de Justicia.
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)	Tribunales Superiores de Distrito Judicial.
Comisarías de Familia.	Juzgados de Familia. Juzgados Promiscuos. Juzgados Penales para Adolescentes.
Defensorías de Familia	Juzgados Civiles Municipales
Policía de Infancia y Adolescencia	Fiscales Delegados ante los Jueces Penales para Adolescentes, quienes se encargan de la investigación penal cuando está involucrado un adolescente.
Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia	En materia de Responsabilidad: Jueces Penales para Adolescentes. Jueces Promiscuos de Familia. Jueces Civiles Municipales. Salas Penales y de Familia de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Fuente: Normativa Colombiana vigente. Elaboración del autor.

5.4.2. España

La Ley vigente que regula la protección de los NNA en España es la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, que modifica a la Ley Organica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Existe un sistema público de servicios sociales entre las Comunidades Autónomas⁶⁸⁷ y el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, con la existencia de la Plataforma de Organizaciones de Infancia⁶⁸⁸ y el Observatorio de la Infancia⁶⁸⁹.

La Plataforma de Organizaciones de Infancia tiene entre sus finalidades “la promoción del asociacionismo y la participación de los niños y niñas en España”, la mencionada plataforma busca que los niños y niñas españoles expresen sus opiniones sobre los temas más trascendentales para sus vidas, así como de las propuestas sobre las políticas públicas para su protección.

⁶⁸⁷ Disposición adicional segunda de la Ley Organica 8/2015.

⁶⁸⁸ Plataforma de Infancia España. La Plataforma de Infancia tiene entre sus objetivos la promoción del asociacionismo y la participación de los niños y niñas en España. En línea: <http://plataformadeinfancia.org/>. Fecha de consulta: 29 de julio de 2017.

⁶⁸⁹ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Observatorio de la Infancia. En línea: <http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/presentacion/home.htm>. Fecha de consulta: 29 de julio de 2017.

Esta herramienta se ha convertido en una garantía del derecho de los NNA a ser escuchados y tomados en cuentas al momento de diseñar y ejecutar las políticas públicas sobre los mismos. Para ello se ha creado una estrategia que promueve la participación infantil denominada “La Infancia Opina”,⁶⁹⁰ allí cuentan con los espacios necesarios que les permite conocer sus derechos, herramientas metodológicas, intercambiar opiniones, exponer sus inquietudes y proponer programas sobre la protección de la niñez y adolescencia, para mejorar la situación de ellos en el país.

Estas propuestas de los NNA “se sistematizan por temas y se incluyen como parte de las reivindicaciones de la Plataforma de Infancia para garantizar que las demandas de los niños y niñas siempre lleguen a los responsables del diseño de sus políticas”. Es importante esta herramienta a los fines de garantizar el efectivo derecho que tienen de ser oídos y de expresar sus opiniones, garantizados por diversos convenios internacionales y por el ordenamiento jurídico español, al involucrarlos de manera activa en las decisiones que adoptará su país para protegerlos.

Con respecto al Observatorio de la Infancia “creado por Acuerdo del Consejo de Ministros en el año 1999 y adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad⁶⁹¹”, específicamente el 12 de marzo de ese año, regulado por un Reglamento Interno⁶⁹², que constituye una herramienta fundamental donde participan tanto las representaciones de Instituciones Públicas como diversos sectores de la sociedad que buscan la protección y el efectivo ejercicio de los NNA en dicho país.

Este Observatorio como grupo de trabajo se basa en un sistema de información que vela por la ejecución de las políticas públicas dirigidas a mejorar la calidad de vida de los niños, niñas y adolescentes en España, y al difundir los resultados de las labores sensibilizan a la sociedad en general sobre la necesidad de la protección de los derechos de la niñez y de la infancia en todos los niveles y ámbitos, pero especialmente de los más vulnerados, ya que es el “trabajo en red, desde una perspectiva de colaboración y coordinación intersectorial de todas las instituciones públicas y privadas, destinadas a la defensa y promoción de los derechos de la infancia”.

Tienen entre otros objetivos: conocer las condiciones de vida de los NNA en España; hacer un control y seguimiento de los programas sociales y acciones públicas que inciden a las personas menores de 18 años; formular recomendaciones sobre las políticas públicas que afecten a la niñez y a la adolescencia, sobre todo para la prevención; y difundir los avances de las políticas públicas y de las necesidades de la población infantil.

Las funciones principales del Observatorio de la Infancia son las siguientes:

- Compilar y analizar toda la información sobre diversos órganos nacionales e internacionales relativos a la infancia.
- Hacer un seguimiento de las políticas sociales sobre la niñez y

⁶⁹⁰ Plataforma de Infancia España tiene entre sus objetivos la promoción del asociacionismo y la participación de los niños y niñas en España. En línea: <http://plataformadeinfancia.org/>. Fecha de consulta: 29 de julio de 2017.

⁶⁹¹ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Observatorio de la Infancia. En línea:

<http://www.observatoriodelainfancia.mssi.gob.es/presentacion/home.htm>. Fecha de consulta: 29 de julio de 2017.

⁶⁹² Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. España. Jefatura de Estado. Boletín Oficial del Estado de 15 de Abril de 1997.

adolescencia.

- Realizar recomendaciones con la finalidad de mejorar los indicadores y las ejecuciones de las políticas públicas.
- Proponer que se realicen estudios de campo e informes técnicos que permitan obtener un diagnóstico sobre el estado de la población infantil y juvenil en España.
- Recabar las informaciones necesarias sobre las medidas, programas y actividades que realiza el Estado sobre la niñez y adolescencia.
- Valorar los efectos en el país sobre la ejecución de las políticas y medidas que incidan en los niños, niñas y adolescentes.
- Intercambiar constantemente informaciones sobre los diferentes órganos públicos y la sociedad.

El Observatorio Infantil propicia el efectivo cumplimiento de las políticas públicas y la concientización de los ciudadanos a respetar los derechos de los NNA, con el apoyo y coordinación de todos los órganos y entes involucrados en la protección de los mismos, al promover los derechos de la infancia; evaluar los avances de la ejecución de las políticas públicas y difundirlos a la sociedad, sus impactos, sugiriendo políticas públicas a las autoridades competentes e informando sobre la condición de vida de la infancia y las necesidades de los mismos.

El artículo 22 de la Ley Orgánica 8/2015 indica que las Entidades Públicas deberán ofrecer programas de capacitación dirigidas a los adolescentes que cumplan 16 años de edad “que estén bajo una medida de protección (...) acogimiento residencial o en situación de especial vulnerabilidad”, con la finalidad de prepararlos para que tengan una vida independiente, y que se comprometan a participar activamente. Dichos programas “deberán propiciar seguimiento socioeducativo, alojamiento, inserción socio-laboral, apoyo psicológico y ayudas económicas”.

Este programa busca la preparación de adolescentes que estén en circunstancias específicas, como por ejemplo sujetos a medidas de protección o de acogimiento residencial, al prepararlos para una reinserción futura tanto en la sociedad como en el campo laboral, brindándoles apoyo económico, psicológico, educativo y lo necesario para lograr dicho fin.

La Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en España⁶⁹³, exige como requisito para ejercer oficios o profesiones que requieran el contacto habitual con los niños y niñas, que no tenga como antecedente haber sido condenado por delitos contra la libertad sexual, trata y explotación infantil. Además los profesionales en ese ámbito deberán tener un registro expedido por el Ministerio de Justicia para certificar el mismo, que permite minimizar los abusos sexuales infantiles en las instituciones públicas y educativas.

⁶⁹³ La Ley 26/2015, de 28 de julio, modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. España, publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 180, de 29/07/2015.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)⁶⁹⁴ indicó que el cambio legislativo español con la Ley de Protección del año 2015, ha reforzado sin duda alguna la garantía de los derechos de los NNA en España. En efecto:

- Todos los órganos y entes del Estado antes, durante y después del proceso o procedimiento determinado, deben tener presente el interés superior del niño, determinándolo en cada caso en particular.
- Se refuerza el derecho que tienen todos los NNA a expresar su opinión en las materias que les interesa.
- Se incluye la obligación de todos aquellos profesionales que tengan contacto con niños de tener un certificado de antecedentes penales, que indique que no han sido condenados por delitos sexuales, de trata o de explotación infantil.
- Se consideran víctimas a “los hijos de víctimas de violencia de género”.
- En la materia de adopción se da la posibilidad que los NNA tengan contacto con su familia de origen, mediante algunas medidas.
- La “Administración Central refuerza su papel en las decisiones sobre cuáles son los países que reúnen las condiciones adecuadas para adoptar”.
- Expone de manera concreta las situaciones de riesgo y de desamparo.
- La “elección del acogimiento familiar frente al residencial como medida preferente cuando un niño o niña necesite protección fuera de su familia de origen, especialmente los más pequeños”.
- Se estipula en el bloque normativo español la realización de estudios previos que permiten analizar el “impacto que cualquier modificación normativa pudiera tener en los niños”.

El sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en España, mediante el sistema público de servicios sociales entre las Comunidades Autónomas y el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, con la modificación de Ley Orgánica 8/2015, ha incluido en el ordenamiento jurídico nuevos aspectos que brindan la protección de NNA, al garantizar efectivamente el derecho de expresar sus opiniones; al establecer el derecho del adoptado a mantener contacto con sus padres biológicos; que los organismos públicos al tomar una decisión deben motivar la misma al aplicar el interés superior del niño; la realización de estudios de diagnósticos sobre el impacto de la modificación legislativa sobre la niñez y adolescencia; y la garantía que las personas y funcionarios que tengan un contacto habitual con ellos por su profesión u oficio no tengan antecedentes sobre abuso o maltrato infantil, al exigirle el certificado respectivo para ingresar a dichos cargos.

⁶⁹⁴ Fondo de las Naciones Unidas. Nueva Ley de Protección de la Infancia: 6 aspectos a destacar. En línea: <https://www.unicef.es/noticia/nueva-ley-de-proteccion-de-la-infancia-6-aspectos/>. Fecha de consulta: 29 de julio de 2017.

En España algunas instituciones públicas de protección de los NNA son: Ministerio de Sanidad a través de la Secretaria de Estado de Servicios Sociales e Igualdad; El Defensor del Pueblo; La Unidad Central de Atención a la Familia y Mujer, subordinada a la Comisaría General de la Policía Judicial.

El principio que da origen a las Comunidades Autónomas se observa en los artículos 2 y 143 de la Constitución de España, mientras que el artículo 148 indica las materias en las cuales son competentes. Entre las cuales se mencionan: “El fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional”, la promoción de la cultura musical, deporte, arte, la recreación sana y moderada, los “Museos, bibliotecas y conservatorios de música”, la asistencia social, sanidad e higiene.

Algunas Comunidades Autónomas han suscrito “Pactos o Compromisos por la Infancia⁶⁹⁵”, a fin de dar cumplimiento a las políticas públicas con respecto a la protección de los derechos de los niños y niñas, en los mismos participan representantes de partidos políticos de diferentes ideologías, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, y otros Órganos o Entes que tengan la finalidad de garantizar el ejercicio de los derechos de la población mencionada.

Dicho pacto es definido por la UNICEF en España como un “documento suscrito por todos los partidos políticos con representación parlamentaria en una Comunidad Autónoma, en el que éstos se comprometen a incorporar en sus programas contenidos básicos que permitan impulsar el cumplimiento” de los instrumentos internacionales, sobre la protección de la niñez dentro del territorio respectivo, específicamente de la Convención de los Derechos del Niño.

En los mismos se realizan programas dirigidos a la protección de la infancia, la administración de los recursos propuestos para los niños y niñas, promover la participación en las diversas instituciones, y la “atención especial a aquellos que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad”.

Se puede mencionar que el primer pacto fue suscrito por la “Presidenta del PSOE Andaluz, el Presidente del PP en Andalucía, el Coordinador General de IU-LV-CA y la Secretaria General del Partido Andalucista, bajo el impulso del Defensor del Pueblo Andaluz y el Comité de UNICEF en dicha Comunidad Autónoma”. Luego se firmó el “Pacto por la infancia y la adolescencia en Cataluña”; en el 2010 el Pacto de Cantabria por la Infancia fue suscrito por los “partidos políticos con representación parlamentaria en Cantabria (PP, PRC y PSOE) (...) que cuenta con una Comisión de Seguimiento que se reunirá anualmente para analizar los pasos dados en su cumplimiento”; y en 2011 se suscribió el “Pacto Riojano por la Infancia”.

La Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad en España⁶⁹⁶ tiene como función proteger y prevenir las situaciones de necesidad en la niñez, formando

⁶⁹⁵ Unicef comité Español. Comunidades autónomas que se comprometen con los niños. En línea: <https://www.unicef.es/noticia/comunidades-autonomas-que-se-comprometen-con-los-ninos>. Fecha de consulta: 30 de julio de 2017.

⁶⁹⁶ Artículo 1 del Real Decreto 485/2017 de 12 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Publicado en el Boletín Oficial del Estado No. 114, de 13 de mayo de 2017.

parte del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad⁶⁹⁷.

En este sentido, el artículo 2 del Real Decreto 485/2017 de 12 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, indica que la Secretaría tiene como finalidad proponer políticas públicas en aras de prevenir y erradicar la discriminación de cualquier clase y forma, desarrollar las políticas y programas públicos relativos a la igualdad, proteger y promover los derechos de la infancia, y prevenir las situaciones de necesidad en las personas menores de 18 años y de las familias.

Esta figura cumple las mismas funciones que el Ministerio de Inclusión Económica y Social en Ecuador, cuando la legislación señala que es el órgano rector de las políticas relativas a la protección de los NNA.

El Defensor del Pueblo⁶⁹⁸ es una figura importante constituida para la garantía de los derechos fundamentales de los españoles, y más aún en las personas menores de 18 años de edad, señalados no solo en la Constitución Española, sino también en la Convención sobre los Derechos del Niño, y permitir dar cumplimiento de las “recomendaciones del Comité de Derechos del Niño⁶⁹⁹”, y es que en el 2000 dicha figura:

“(…) fue reconocida por las Naciones Unidas como Institución Nacional de Derechos Humanos (INDH) que cumple plenamente con los principios que se requieren para promover y proteger los derechos humanos y, como tal, debe también promover y proteger los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y dar visibilidad a los trabajos realizados en cumplimiento de este mandato”.

En la misma se atienden las⁷⁰⁰ “quejas que plantean los niños o los adultos sobre actuaciones incorrectas o irregulares de las administraciones, instituciones y autoridades públicas en las que estén afectados los derechos de los niños o adolescentes⁷⁰¹”. Entre las diversas quejas que pueden ser enunciadas, en materia de Educación están: la falta de materiales, escasez del personal profesional o no profesional y del deterioro en los Institutos Educativos; ausencia de la prestación de servicios escolares que lo complementan, verbigracia, transporte, denegación de “ayudas económicas⁷⁰²”, becas, entre otros; violencia escolar y otros temas que involucren la violación o la ausencia del ejercicio de los niños, niñas y adolescente dentro del ámbito educativo, trabajando en “favor de la educación inclusiva de los niños con discapacidad en aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y sobre la inadecuada atención a alumnos con problemas de aprendizaje”.

⁶⁹⁷ Artículo 14 del Real Decreto 415/2016 de 3 de noviembre.

⁶⁹⁸ Artículo 54 de la Constitución de España.

⁶⁹⁹ El Defensor del Pueblo. Coordinación. En línea <https://www.defensordelpueblo.es/coordinacion-de-los-asuntos-que-afectan-a-los-derechos-de-los-ninos-y-adolescentes/>. Fecha de consulta: 30 de julio de 2017.

⁷⁰⁰ Artículo 10 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero; de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil Boletín Oficial del Estado número: 15 de 17 de enero 1996.

⁷⁰¹ El Defensor del Pueblo. En Defensa de los Derechos. En línea: <https://www.defensordelpueblo.es/derechos-de-ninos-y-adolescentes/>. Fecha de consulta: 30 de julio de 2017.

⁷⁰² El Defensor del Pueblo. Actuaciones más frecuentes. En línea: <https://www.defensordelpueblo.es/cuales-son-las-actuaciones-mas-frecuentes/>. Fecha de consulta: 30 de julio de 2017.

En el ámbito de justicia, las quejas pueden ser introducidas por el retardo en los procedimientos judiciales y administrativos que afecten al menor de 18 años de edad, en todos los ámbitos, incluso en el trato en los “centros de internamiento de menores infractores; y la responsabilidad administrativa del menor en la materia de menores extranjeros⁷⁰³, que se refieren a los menores de 18 años extranjeros sin representantes, repatriación, documentos de identificación, declaración de desamparo, traslado, cuando son víctimas de trata o maltratos”.

Con respecto a las quejas sobre la política social, estas abarca desde el “trato recibido por los menores en centros de protección; la duración de los procedimientos para acoger y/o adoptar menores tanto en España como en otros países” como en la efectiva aplicación de los programas públicos, y el cuidado de los NNA con problemas determinados.

Si luego de la exhaustiva indagación del caso el Defensor del Pueblo infiere que la actuación del órgano o ente público es incorrecta dicta una “resolución recomendando a la administración responsable que modifique su actuación o que adopte medidas para evitar que dichas actuaciones vuelvan a producirse”. Esta institución también puede actuar de oficio cuando se resquebraje los derechos humanos de los NNA y en este sentido, también “formulan recomendaciones y sugerencias a las Administraciones Públicas⁷⁰⁴”.

También el Defensor del Pueblo tiene las siguientes atribuciones: Realizar visitas a las instituciones dirigidas a la atención de la niñez y adolescencia (protección, salud, educación); enviar un “informe a las Cortes Generales en el que da cuenta de su actividad y relata las irregularidades más graves y relevantes en relación con los derechos fundamentales que cometen las Administraciones Públicas”; Elaborar escritos o informes monográficos sobre sus actuaciones indicando cuales son los riesgos mayores en los derechos humanos.

Esta institución tiene similares funciones a la Defensoría del Pueblo del Ecuador, al tener como finalidad proteger y promover los derechos humanos de los ciudadanos ecuatorianos que viven fuera o dentro del país⁷⁰⁵, sin embargo sus actuaciones no se han visualizado permanentemente en defensa de la niñez, así demuestra su pobre actuación en defensa de los NNA en casos de violencia en entidades educativas.

La Unidad Central de Atención a la Familia y Mujer en España subordinada a la Comisaría General de Policía Judicial, quien a su vez depende del Ministerio del Interior⁷⁰⁶, tiene como finalidad investigar y perseguir los delitos de violencia de género, doméstica y todos los delitos sexuales. Entre las competencias contra la violencia doméstica se incluyen “violencia contra los menores, violencia filio-parental, de hijos a padres, violencia de pareja, de la mujer contra el hombre y entre personas del mismo sexo, violencia contra las personas mayores, y contra las personas con discapacidad⁷⁰⁷”.

⁷⁰³ Artículo 10 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero.

⁷⁰⁴ El Defensor del Pueblo. En Defensa de los Derechos. En línea: <https://www.defensordelpueblo.es/derechos-de-ninos-y-adolescentes/>. Fecha de consulta: 2 de agosto de 2017.

⁷⁰⁵ Artículo 215 de la Constitución de la República de Ecuador.

⁷⁰⁶ Artículo 3 del Real Decreto 770/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior. Boletín Oficial del Estado número 180, de 29 de julio de 2017.

⁷⁰⁷ Gobierno de España. Cuerpo de Policía Nacional. UFAN. En línea:

Dicha unidad es similar a la Policía Especializada de los NNA instituida en Ecuador, en cuanto a sus funciones, que generalmente es el encargo de la investigación y persecución de los delitos cometidos en contra de las personas menores de 18 años de edad; en cuanto a su organización, ya que están jerárquicamente subordinados; y en la especialización y profesionalización de los funcionarios que se encargan de los mismos, sobre los derechos de los NNA, sus obligaciones y sobre el sistema de protección.

Los Órganos jurisdiccionales de protección de los NNA en España son:

- El Tribunal Supremo
- Audiencia Nacional.
- Tribunales Superiores de Justicia.
- Audiencias Provinciales.
- Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y Juzgados de Distrito.
- Los Juzgados de Menores.
- El Ministerio Fiscal.

En cuanto a los Juzgados de Menores, en el artículo 96 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, establece que en cada provincia del país existirá por lo menos un Juzgado de Menores, pero si se amerita crear otros cuya jurisdicción se extienda a “dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma” se hará, y se le colocará el nombre de la población donde reside.

Tendrá como funciones las establecidas en las leyes de menores que “hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes”, conociendo de los hechos punibles cometidos por las personas mayores de 14 años y menores de 18 años, y también conocen lo relativo a la responsabilidad civil⁷⁰⁸. En la República del Ecuador esas atribuciones están encomendadas a los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia según el artículo 218 del CONA.

El Tribunal Supremo es el órgano de mayor jerarquía del Poder Judicial en España independientemente de la materia, con sede en Madrid, según lo dispone el artículo 123 de la Constitución de dicho país. Así mismo el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español, y tiene como finalidad, entre otras:

- Declarar o no la inconstitucionalidad de las normas jurídicas con fuerza de ley.

https://www.policia.es/org_central/judicial/ufam/ufam.html. Fecha de consulta: 2 de agosto de 2017.

⁷⁰⁸ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Boletín Oficial del Estado número 11 del 13 de enero del 2000.

- Conocer sobre el recurso de amparo “por violación de los derechos y libertades” que se encuentran establecidas desde el artículo 15 al 29 de la Constitución a saber, el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad de expresión, de culto y de ideologías, de la intimidad, inviolabilidad del hogar, el derecho a la comunicación, educación, a la seguridad, al acceso a los órganos jurisdiccionales, a una vida libre de violencia, entre otras.
- Conocer sobre las impugnaciones realizadas por el gobierno sobre las decisiones, resoluciones o medidas dictadas de las Comunidades Autónomas.
- Conocer sobre la “competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas”.

El artículo 124 de la Constitución de España, señala que el Ministerio Fiscal tiene como finalidad velar por los derechos de las partes intervinientes en los procesos judiciales, y es parte fundamental en la garantía del ejercicio de los derechos de los NNA en España.

Una vez analizada la estructura Judicial de la Niñez y Adolescencia en España y Colombia, haciendo una síntesis de lo estudiado se detalla a continuación dicha estructura, comparando con la organización y diseño ecuatoriano.

Tabla 29. Cuadro Comparativo de la Estructura Administrativa y Judicial de la Protección de la Niñez y la Adolescencia, Colombia, España y Ecuador.

Resumen Comparativo de la Estructura Administrativa y Judicial de la Protección de la Niñez y la Adolescencia			
Elementos	Colombia	España	Ecuador
Protección Normativa a Nivel Constitucional	El artículo 44, indica una protección integral a los niños que prevalece sobre los demás derechos, y son corresponsables en la protección de los mismos, la familia, la sociedad y el Estado.	El artículo 39 estipula “2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.	El artículo 35, señala que los NNA tendrán una protección especial. El artículo 44, establece el interés superior del niño prevaleciendo sobre otros derechos. El artículo 45, ordena que gozarán de los derechos humanos de todas las personas más los correspondientes a su edad.
Protección Normativa Legal	Ley 1098 de 2006, expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, de 8 de noviembre de 2006.	Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero. Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio (reforma Ley 1/1996) modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Ley Organica 26/2015 de 28 de julio.	Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Codificación N°200-100 Registro Oficial N°737 de 3 de enero de 2003. (CONA).
Principios fundamentales de protección	<i>Código de la Infancia y la Adolescencia</i> Principios del interés superior del niño (Artículo 8). Prevalencia de los Derechos (Artículo 9). Principios de corresponsabilidad y solidaridad (Artículo 10). Principios de política pública de fortalecimiento a la familia (Artículo 150). La protección integral (Artículo 192).	<i>Ley 8/2015.</i> El interés superior del niño (Artículo 2) Los derechos de los niños, niñas y adolescentes a ser informados, y escuchados, y a participar en el proceso (Artículo 9).	<i>CONA</i> El principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. (Artículos 1 y 11). La Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia. (Artículo 8). El diseño y la aplicación de las políticas públicas de la protección de la niñez y adolescencia adoptadas deben tener prioridad absoluta, y orientadas al fortalecimiento de la familia (Artículos 10 y 12). La protección integral de todos los niños, niñas y adolescentes que viven en la República del Ecuador (Artículo 1).
Instituciones Públicas Administrativas	El Consejo Nacional de Política Social. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Comisarías de Familia Defensorías de Familia.	El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad mediante la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad en España. El Defensor del Pueblo. La Unidad Central de Atención a la Familia y Mujer en España, subordinada a la	Ministerio de Inclusión Económica y Social. El Consejo de Igualdad Intergeneracional. Las Juntas Cantonales de Protección de Derechos. Defensoría del Pueblo.

Resumen Comparativo de la Estructura Administrativa y Judicial de la Protección de la Niñez y la Adolescencia			
	La Policía de Infancia y Adolescencia. Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia.	Comisaría General de Policía Judicial	Defensorías Comunitarias de la Niñez. Policía Especializada de los Niños, Niñas y Adolescentes.
Estructura orgánica Judicial	Corte Suprema de Justicia. Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Juzgados de familia. Juzgados promiscuos. Juzgados penales para adolescentes. Juzgados civiles Municipales.	El Tribunal Supremo. Audiencia Nacional. Tribunales Superiores de Justicia. Audiencias Provinciales. Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y Juzgados de Distrito. Los Juzgados de Menores. El Ministerio Fiscal.	Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. Salas de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de las Cortes Provinciales del país. Salas de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia. Fiscalía General del Estado. Corte Constitucional.
Órganos intervinientes en la Tutela Administrativa	Los órganos administrativos de tutela de protección a los derechos de la niñez y adolescencia, con la finalidad de prevenir, restituir y reparar cualquier daño ocasionado a ellos, son: Defensores de Familia. Comisarios de Familia. (Artículos 87 y 96).	Cuando se refiere a la Situación de desamparo, el artículo 172 del Código Civil del 24 de julio de 1889, indica que le corresponde asumir a la Entidad Pública, con notificación al: Ministerio Fiscal. Progenitores. Tutores o guardadores Niño afectado o cuando el Juez lo acordara.	Las Juntas Cantonales de Protección de Derechos. Deben adoptar medidas administrativas de protección a los niños, niñas y adolescentes (Artículo 218).
Tutela Judicial	El Juez de familia en única instancia (Artículo 119), previo procedimiento administrativo llevado a tal efecto, por el Defensor o el Comisario de Familia (Artículo 100).	Por situaciones de riesgo, según el artículo 780 de la Ley 1/2000 puede acudir a los órganos judiciales en vía administrativa. Si es en contra de las resoluciones administrativas en situación de desamparo, corresponde el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública respectiva.	Los Jueces de la Niñez y Adolescencia, conocen sobre la impugnación de la resolución adoptada por Las Juntas Cantonales de Protección (Artículo 218).

Fuente: Normativas Colombiana, Española y Ecuatoriana. Elaboración del autor.

Se concluye que en el ámbito constitucional y legal de los tres países analizados, existe un sistema de protección integral a los NNA, que prevalece sobre los demás derechos, prevalencia y protección que se mantiene en la legislación ordinaria de protección de la niñez, y sobre el resto de las disposiciones constitucionales y legales primando el principio del interés superior del niño como eje transversal de la legislación.

Desde el contorno de las instituciones públicas administrativas se vislumbra la existencia de organismos específicos para la protección de la niñez de manera centralizada a cargo del ejecutivo, con la diferencia específica de España donde las Comunidades Autónomas tienen sus instituciones y organismos administrativos públicos autónomos de la centralidad del gobierno.

En el entorno de la estructura orgánica judicial, se establecen órganos jurisdiccionales a través de los cuales se ejercen los derechos de protección de la infancia cuando estos han sido vulnerados en los tres países. En los Juzgados de primera instancia, Tribunales Superiores o Audiencias Provinciales, Corte Suprema, Tribunal Supremo y Corte Nacional de Justicia respectivamente como órganos de última instancia o casación incluso accediendo al ámbito constitucional.

En relación con los órganos de tutela administrativa existen los Defensores de Familia, los Comisarios de Familia con fuerte presencia en Colombia, al igual que el Ministerio Fiscal en España que ejerce verdadera protección de los niños y adolescentes españoles. A diferencia del ámbito ecuatoriano la actividad y presencia de las Juntas Cantonales de Protección de Derechos se encuentran en proceso de consolidación. Se observa la existencia de procedimientos administrativos que iniciados por los órganos administrativos son conocidos posteriormente por los Jueces de instancia.

Se afirma que existen normas jurídicas constitucionales y legales que protegen a la niñez al igual que diversas instituciones administrativas y organismos jurisdiccionales que permiten, proteger los derechos de la infancia, es decir, no podemos argumentar de que no existe toda una estructura global de protección. El problema radica en que su aplicación cubra a todos los NNA en el Ecuador de manera descentralizada y que el Estado con su visión estatista e hiperpresidencialista no permita en la praxis implementar un verdadero sistema integral de protección en el Ecuador.

5.5. PROPUESTA DE DISEÑO, IMPLEMENTACIÓN Y EVALUACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA INFANCIA EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Al inicio de este capítulo indagamos lo referente a la descentralización desde su conceptualización, concluyendo que se trata de una transferencia de competencias. En este apartado corresponde revisar cómo se viabiliza la implementación del principio de descentralización, y cuáles son los entes encargados en el ámbito de la protección de la niñez en el Ecuador.

Desde la Junta Nacional de Planificación y Coordinación Económica JUNAPLA hasta la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES, indagaremos que se establece sobre la descentralización en el ámbito de la investigación, para precisar si en territorio y el ámbito de la niñez se cumple con el proceso de descentralización que consta abundantemente mencionada en el campo normativo

constitucional y legal.

La disposición constitucional ecuatoriana del 2008, prevista en el artículo 1 precisa que el estado ecuatoriano se organiza en forma de república y se “gobierna de manera descentralizada”, es decir, estamos ante el manejo de la Administración Pública en forma descentralizada. Esta forma de denominación de la dirección de la Administración no es nueva, tiene el antecedente de la Constitución de 1998⁷⁰⁹ que establecía una “administración descentralizada”.

Los antecedentes de fijación de la administración centralizada en el marco constitucional, tiene su origen legal y la creación de la primera institución de planificación del estado ecuatoriano, a partir del Decreto Ley de Emergencia No. 19 de 28 de mayo de 1954, con la Junta Nacional de Planificación y Coordinación Económica (en adelante, JUNAPLA)⁷¹⁰ como entidad adscrita al Ministerio de Economía.

La JUNAPLA tenía como esencia prescribir los planes sistemáticos de desarrollo regionales como nacionales en el campo económico y social, con competencias de coordinación de la política económica especialmente en las inversiones de los Ministerios y organismos estatales principalmente en la contratación de deudas internas y externas, proceso en el cual jugó un papel fundamental el pensamiento de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL).

En relación al Ministerio encargado del campo social tenemos al Ministerio de Bienestar Social y Trabajo, creado por Decreto Supremo No. 3.815 de 7 de agosto de 1979, durante el gobierno del Consejo Supremo de Gobierno que presidió el Alm. Alfredo Poveda Burbano. A este Ministerio le corresponde “formular, dirigir y ejecutar la política estatal en materia de seguridad social, protección de menores, cooperativismo y la promoción popular y bienestar social”. Sin embargo la JUNAPLA no establecía ningún tipo de transferencia de competencia del Ministerio a otras instituciones encargadas de la protección de la niñez, únicamente el Ministerio referido tenía dicha competencia.

Posteriormente en 1979, la JUNAPLA es reemplazada por el Consejo Nacional de Desarrollo (CONADE), para su implementación tenía entidades adscritas al Fondo Nacional de Preinversión (FONADEP), al INEC y el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT).

En 1993 se expide la Ley de Modernización que crea el Consejo Nacional de Modernización (en adelante, CONAM), con el objetivo de promover la modernización del Estado, incrementando los niveles de eficiencia, agilidad y productividad en la administración, a través de la descentralización, privatizaciones y concesiones del Estado. Sin embargo, éste organismo adscrito a la Presidencia de la República en “los

⁷⁰⁹ Artículo 1 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

⁷¹⁰ Para mayor conocimiento sobre la planificación en el Ecuador antes de 1954 se recomienda el estudio de Vicuña, L. (1987). La planificación en el Ecuador. Estudio Introductivo y Selección. Quito. Corporación Editora Nacional. “El proceso de planificación en el Ecuador empieza en 1933, con el llamado “Plan Estrada” el cual no próspero y que pretendió en el primer gobierno del Dr. José María Velasco Ibarra a “Racionalizar el proceso económico para un mejor rendimiento”. Luego en 1935, por decreto ejecutivo se crea el Consejo Nacional de Economía de muy corta existencia, que debía encargarse del estudio de asuntos económicos y de la coordinación de iniciativas y procedimientos del Ejecutivo.

procesos de modernización y las tareas cumplidas hasta ahora no han contribuido a una real transformación del Estado y menos ha permitido que sus instituciones puedan cumplir cabalmente con la misión institucional para las que fueron creadas, contribuyendo únicamente a los intereses de ciertos grupos económicos y afectando y empobreciendo a la mayoría de los ecuatorianos⁷¹¹”.

Mediante Decreto Ejecutivo N° 120 de 16 de septiembre de 1998, surge Oficina de Planificación de la Presidencia de la República (ODEPLAN), que reemplaza al CONADE como ente de planificación social y económica del país a cargo de la descentralización. No obstante que la Constitución Política de la República promulgada el 10 de agosto de 1998, extinguió tácitamente al Consejo Nacional de Desarrollo, y señaló respecto de la planificación económica y social del país que será el “Sistema Nacional de Planificación el que establezca los objetivos nacionales permanentes en materia económica y social, fije metas de desarrollo de corto, mediano y largo plazo, que deberán alcanzarse en forma descentralizada, y oriente la inversión con carácter obligatorio para el sector público y referencial para el sector privado”.

Posteriormente, mediante Decreto Ejecutivo No. 294 de 1 de julio de 2005 publicado en el Registro Oficial N° 59 de 13 de julio del mismo año, se crea la Secretaría Nacional de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (en adelante, SODEM) como una Institución Técnica, adscrita a la Presidencia de la República descentralizada administrativa y financieramente, responsable de coordinar con otras instituciones del Estado a fin de articular las políticas públicas para dar cumplimiento a las dieciocho metas y ocho objetivos del milenio concretados por la Organización de las Naciones Unidas, a las que Ecuador se comprometió hasta el 2015. Organismo que no cumple con los objetivos para los que fue creado, “por lo que su mantenimiento dentro de la estructura institucional del estado ecuatoriano no se justifica y ocasiona gastos innecesarios de recursos, los cuales deben ser preferiblemente invertidos en atender las principales necesidades de la población ecuatoriana⁷¹²”.

Finalmente mediante Decreto Ejecutivo No. 1372 del 20 de febrero del 2004 se creó la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (en adelante, SENPLADES) como organismo técnico responsable de la planificación nacional, incluido en el proceso de descentralización administrativa, fusionándose con la ODEPLAN y la Secretaría de Diálogo Social y Planificación.

También mediante Decreto Ejecutivo No. 103 del 22 de febrero de 2007, se fusionó la SENPLADES, el CONAM y la SODEM, constituyendo un organismo técnico dependiente de la Presidencia de la República con participación de los gobiernos seccionales autónomos y de las organizaciones sociales, conforme el artículo 255 de la Constitución de la República de 1998 vigente a la creación de la SENPLADES. A partir del Decreto referido “La Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo ejercerá sus funciones y competencias técnicas, operativas, administrativas y financieras de manera descentralizada⁷¹³”.

⁷¹¹ Lo afirma el Presidente de la República del Ecuador Rafael Correa Delgado 2007-2017, en los considerandos del Decreto Ejecutivo No. 103, publicado en el Registro Oficial Suplemento 26 de 22-feb.-2007, que fusiona al CONAM y SODEM al SENPLADES, organismo actual encargado del proceso de descentralización en el Ecuador.

⁷¹² Decreto Ejecutivo No. 103 Registro Oficial Suplemento 26 de 22 de febrero de 2007.

⁷¹³ Artículo 9 del Decreto Ejecutivo No. 103, de 22 de febrero de 2007.

En conclusión, históricamente se justifica que se han creado diversos organismos descentralizados con distintas denominaciones que en la realidad no han contribuido a implementar un verdadero proceso de descentralización de la administración pública. Corresponde en esta etapa de la investigación verificar actualmente si desde la creación de la SENPLADES organismo actual y vigente de planificación del Estado, se ha implementado ciertamente el sistema descentralizado de protección de la niñez en Ecuador, en conjunto con las instituciones públicas encargadas de dicha protección.

La base legal en el cual se respalda la SENPLADES para su funcionamiento en lo tiene el artículo 1 de la CRE al considerarse un gobierno descentralizado, y en el artículo 105 del COOTAD⁷¹⁴, se define la descentralización de la gestión estatal como “la transferencia obligatoria, progresiva y definitiva de competencias, con los respectivos talentos humanos y recursos financieros, materiales y tecnológicos, desde el gobierno central hacia los gobiernos autónomos descentralizados”.

En relación con las competencias se establece un Sistema Nacional de Competencias que el artículo 18 del COOTAD, lo define como “Es el conjunto de instituciones, planes, políticas, programas y actividades relacionados con el ejercicio de las competencias que corresponden a cada nivel de gobierno, guardando los principios de autonomía, coordinación, complementariedad y subsidiariedad, a fin de alcanzar los objetivos relacionados con la construcción de un país democrático, solidario e incluyente”.

Se discute si el funcionamiento del Sistema Nacional de Competencias en la actualidad “garantiza la implementación de un gobierno descentralizado, que a través de la transferencia de competencias del gobierno central a los gobiernos subnacionales permita mejorar la prestación de servicios público⁷¹⁵”.

Sin embargo, pese a la fundamentación constitucional y legal mencionada, la doctrina ecuatoriana en descentralización ha ratificado que “La descentralización no puede ser entendida sólo como la transferencia de competencias y recursos, o de mejorar las formas de representación política sino del rediseño del conjunto de la estructura del Estado para crear un nuevo Estado que potencie la democracia, auspicie el desarrollo y mejore la calidad de vida de sus habitantes; lo cual requiere de un nuevo estado de derecho. El nuevo Estado debe contar con el equilibrio de poderes bajo una óptica democrática; esto es, asumir los tres tipos de descentralización (horizontal, vertical y territorial), acercar el poder a la población (autonomía política, participación y representación) y redistribuir atribuciones y recursos económicos (autonomía administrativa y financiera)⁷¹⁶”.

En consecuencia es vital el rediseño de un nuevo Estado en el Ecuador, con un verdadero equilibrio de las cinco funciones con una visión extremadamente

⁷¹⁴ Cuerpo normativo ecuatoriano que surge de la disposición constitucional prevista en la Disposición Transitoria Primera: “La ley que regule la descentralización territorial de los distintos niveles de gobierno y el sistema de competencias, que incorporará los procedimientos para el cálculo y distribución anual de los fondos que recibirán los gobiernos autónomos descentralizados del Presupuesto General del Estado. Esta ley fijará el plazo para la conformación de regiones autónomas, que en ningún caso excederá de ocho años”.

⁷¹⁵ LUNA LARA, M. (2018: 106).

⁷¹⁶ CARRION, F., “Estado de derecho en el marco de la descentralización en Ecuador” en el Seminario “Estado de Derecho en el marco de la Descentralización en los Países Andinos” (2009). En línea: https://works.bepress.com/fernando_carrion/295/. Fecha de consulta: 13 de febrero 2018.

democrática, en la medida que “El estatismo y el hiperpresidencialismo que caracterizan a la Constitución del 2008, demuestran en la práctica, que la autonomía de la descentralización solo puede existir en el texto abstracto de la Constitución de la República, puesto que es inaplicable en la práctica ya que la descentralización y sus objetivos, especialmente lograr la eficacia, la participación ciudadanía y la democracia, ceden cuando se acumula el poder en una función o en una persona con la complicidad del diseño constitucional, pero sobre todo institucional⁷¹⁷”.

El mayor desafío para todo el país, es contar con el sistema de protección de derechos articulado y en funcionamiento con todas sus instancias, conectadas y anteponiendo el interés general al institucional particular. Sin embargo justificamos que no existe esta articulación conforme se desprende del informe de Asamblea Nacional de la República del Ecuador, Comisión Especializada Ocasional “AAMPETRA⁷¹⁸” de 15 de marzo de 2018, sobre el control político realizado al Ministerio de Educación respecto a su actuación para combatir la violencia sexual contra los NNA en unidades educativas⁷¹⁹, y como muestra, lo reflejamos en dos circunstancias o problemáticas.

La problemática 5.9 del informe referente al incumplimiento de los objetivos del Convenio Marco Interinstitucional entre la Fiscalía General del Estado, el Consejo de la Judicatura y el Ministerio de Educación para la investigación y sanción de los delitos sexuales contra los NNA en el ámbito educativo, concluyó que “Pese a la suscripción de este compromiso de coordinación en el año 2012, no se estructuraron mecanismos eficaces de coordinación entre el Ministerio de Educación, Fiscalía General del Estado y el Consejo de la Judicatura, es así que no se construyó un registro único de casos identificados en el sistema educativo. Las cifras que maneja el Ministerio de Educación distan en gran medida de las cifras que manejan la Fiscalía y el Consejo de la Judicatura, lo que evidencia una falta de coordinación al respecto. Al no existir esos niveles de articulación entre las instituciones que suscribieron el Convenio, ni un registro de casos conjunto, la instancia técnica conformada a raíz del Convenio, no puedo ejercer procesos de monitoreo de estos casos”.

Tampoco se cumplió el objetivo de brindar una adecuada protección y asistencia a las víctimas, como se evidenció en el informe de la investigación de los casos conocidos por la Comisión, además que ninguna de las tres instancias que suscribieron el Convenio, tienen entre sus competencias principales la asistencia de víctimas.

En el punto 7.18 del informe referente a la problemática entre las instituciones públicas se concluye que “La falta de trabajo articulado entre los Ministerios de Educación, de Salud, de Justicia, la Fiscalía General del Estado, el Consejo de la Judicatura, la Defensoría Pública y las demás instituciones directamente involucradas en la prevención, detección y sanción, es uno de los problemas que no han permitido combatir de manera eficaz y efectiva los delitos de violencia sexual. Así mismo, se evidenció una falta de coordinación entre las instituciones anteriormente señaladas, lo que llevó a analizar si los planes que existían eran lo suficientemente eficaces y sobre todo si los mismos contemplaban la problemática desde un eje transversal

⁷¹⁷ LUNA LARA, M. (2018: 102-103).

⁷¹⁸ Denominado así, por cuanto en esta Unidad Educativa privada se presentaron un sin número de agresiones sexuales contra niños, niñas y adolescentes del establecimiento educativo.

⁷¹⁹ Este informe será analizado a profundidad en el capítulo sexto de la investigación en lo referente a la violencia sexual contra los niños, niñas y adolescentes.

institucional”.

Sin embargo, Luna Lara (2018) precisa que no es apto únicamente establecer mecanismos de articulación entre instituciones, sino que “es necesario promover la interacción con la ciudadanía, que en su calidad de mandantes están en la obligación de ejercer un efectivo control social que vigile las actuaciones de las autoridades y funcionarios públicos, que se les exija rendir cuentas y transparentar su gestión⁷²⁰”, de lo expuesto discrepo que en la realidad el involucramiento de la sociedad ecuatoriana se limita por dos razones fundamentales, la conformidad del ecuatoriano a que el Estado sea el que le solucione todos sus problemas, y en el hecho de que el propio Estado limita su participación para evitar ejercer el control social.

No existe un verdadero sistema descentralizado de protección a la niñez en el Ecuador, en mérito de que los responsables y garantes de la protección y de construir un mundo seguro para la niñez y la adolescencia son el Estado a través de la Administración Pública, la sociedad en especial los organismos privados de atención a la niñez, y principalmente las familias base estructural de toda protección.

En el desarrollo de la presente investigación con el objetivo de tener un punto de vista sobre la percepción de funcionamiento del Sistema de Protección de los NNA en el Ecuador, se recopiló información mediante la aplicación de un cuestionario con la modalidad de encuesta, que permite tener un sondeo de lo que está sucediendo y la opinión que tiene la población del sistema. El cuestionario fue diseñado con 9 preguntas de opción múltiple simples y de valoración, 5 preguntas abiertas y 4 de variables generales, a continuación se presentan los resultados generales obtenidos, en las 124 aplicaciones dirigidas a personas responsables del funcionamiento, relacionadas las instituciones de protección de los NNA, así como a los Jueces y Juristas especializados en la materia de niñez y adolescencia.

Los resultados se muestran en la siguiente tabla:

⁷²⁰ LUNA LARA, M. (2018: 108). Este es un estudio actualizado profundo del proceso de descentralización en el Ecuador para los Gobiernos Autónomos Descentralizados en el ámbito de tránsito, que refleja la realidad de la descentralización en el país.

Tabla 30. Resultados encuesta de opinión.

N°		Pregunta	Resultado		
1	-	¿Conoce usted el sistema de protección de los niños, niñas y adolescentes que tiene el Ecuador?	Opciones	Respuestas	Porcentaje
			Si conoce	53	42.74%
			No conoce	71	57.26%
			<i>Total</i>	<i>124</i>	<i>100.00%</i>
2	-	A su criterio ¿Qué tan completo es el sistema de protección de los niños, niñas y adolescentes que tiene el Ecuador?	Opciones	Respuestas	Porcentaje
			Completo	15	12.10%
			Incompleto	42	33.87%
			Deficiente	30	24.19%
			Desconoce	37	29.84%
<i>Total</i>	<i>124</i>	<i>100.00%</i>			
3	-	¿Conoce usted los servicios que presta el sistema de protección de los niños, niñas y adolescentes que tiene el Ecuador?	Opciones	Respuestas	Porcentaje
			Si	53	42.74%
			No	71	57.26%
			<i>Total</i>	<i>124</i>	<i>100.00%</i>
3.1		Enumere 3 servicios de protección: (39 respuestas validas de 124)	Respuesta 1	Respuesta 2	Respuesta 3
			Acogimiento	Adopción	Erradicación de trabajo infantil y mendicidad
4	-	¿Conoce usted sobre la existencia de los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes?	Opciones	Respuestas	Porcentaje
			Si	90	72.58%
			No	34	27.42%
			<i>Total</i>	<i>124</i>	<i>100.00%</i>
4.1		Enumere 3 derechos de los niños: (90 respuestas validas de 124)	Respuesta 1	Respuesta 2	Respuesta 3
			A la vida	A la educación	A vivir en familia
5	-	¿Cómo califica la cobertura de los servicios ofrecidos por el sistema de protección de los niños, niñas y adolescentes?	Opciones	Respuestas	Porcentaje
			Alta	5	4.03%
			Media	67	54.03%
			Baja	38	30.65%
			Insuficiente	14	11.29%
<i>Total</i>	<i>124</i>	<i>100.00%</i>			
6	-	Considera usted que ¿Se deben hacer cambios al sistema de protección de los niños, niñas y adolescentes?	Opciones	Respuestas	Porcentaje
			Si	96	77.42%
			No	28	22.58%
			<i>Total</i>	<i>124</i>	<i>100.00%</i>
6.1		Enumere la razón por la que se deben realizar cambios en el sistema de protección (90 respuestas)	Respuesta		
			Las opiniones concuerdan en que el sistema de protección es poco conocido en el Ecuador, y que debe existir un cambio total y una socialización de los servicios y beneficios brindados		
7	-	De los siguientes elementos expuestos ¿Cuál sería el nivel de importancia en el sistema de protección de los niños,	Opciones	Sumatoria de Votos	Importancia
			Normativo (Judicial y Administrativo)	420	5

N°	Pregunta	Resultado		
	niñas y adolescentes a fin de optimizarlo?	Presupuestario (Disponibilidad de recursos)	389	3
		Social Cultural (Cambio en la Educación)	410	4
		Planificación (Diagnostico, Plan, Programa, Proyecto)	347	2
		Comunicación (Sensibilización y Sociabilización)	294	1
8	- Considera usted, que las normas que rigen el sistema de protección de los niños, niñas y adolescentes, a fin de mejorar el sistema y tener mayor rigidez en las sanciones deben ser:	Opciones	Respuestas	Porcentaje
		Derogadas y Replanteadas	12	9.68%
		Reformuladas y Repotenciadas	104	83.87%
		Ninguna de las anteriores	8	6.45%
		<i>Total</i>	<i>124</i>	<i>93.55%</i>
9	- En referencia al aspecto normativo ¿Considera usted que las leyes, reglamentos, resoluciones, acuerdos y normas técnicas son suficientes para frenar el abuso contra este grupo poblacional?	Opciones	Respuestas	Porcentaje
		Si	24	19.35%
		No	100	80.65%
		<i>Total</i>	<i>124</i>	<i>100.00%</i>
9.1	Indique la razón de su respuesta en la pregunta (9) (124 respuestas validas)	Respuesta		
		<ul style="list-style-type: none"> Las normas existentes tienen un enfoque basado en la doctrina de la protección integral, no obstante, es la falta de legislación complementaria, y la insuficiencia de recursos lo que no permite hacerlas efectivas, así como la ignorancia de la población que omite denunciar estos hechos. El problema no es la normativa sino la ejecución. Se tiene que materializar los derechos que establecen las leyes existentes, y se realiza un seguimiento. Se necesita la decisión política de ejecutar lo legislado y reformar la normativa legal vigente, a fin de hacer efectiva la tutela a los NNA. 		
10	- Tomando en cuenta la situación política del Ecuador, Considera usted ¿Que las acciones tomadas por el gobierno central (Programas de erradicación de la desnutrición infantil, Misión Ternura, entre otros) son suficientes para contar con un programa de protección de niños, niñas y adolescentes?	Opciones	Respuestas	Porcentaje
		Si	15	12.10%
		No	109	87.90%
		<i>Total</i>	<i>124</i>	<i>100.00%</i>
10.1	Indique la razón de su respuesta en la pregunta (10)	Respuesta		
		<ul style="list-style-type: none"> Son iniciativas basadas en el Plan Nacional de Desarrollo, que no tienen la cobertura suficiente en toda la población, ya que el 		

N°	Pregunta	Resultado
		desarrollo de las mismas se da en las cabeceras provinciales, y se relegan a las cabeceras cantonales donde se encuentra la población rural. <ul style="list-style-type: none"> • No existen los recursos suficientes para mejorar o diversificar estos programas, por lo tanto no son suficientes. • El gobierno debe implementar programas de educación y capacitación integral con la familia y la sociedad en general • Debe existir una difusión eficiente de estos programas especialmente a las poblaciones más vulnerables, para que así las políticas cumplan con sus objetivos.
11	En base de su experiencia y tomando en cuenta los parámetros de esta encuesta ¿Cuál sería un sistema de protección de los niños, niñas y adolescentes que debería funcionar en el Ecuador?	Respuesta <ul style="list-style-type: none"> • El sistema debe contar con el planteamiento de políticas públicas desde la Función Ejecutiva, y generar herramientas legislativas para tratar los problemas de violencia y violación de derechos, que permitan otorgar mayor celeridad procesal en el ámbito judicial, para el tratamiento de estas causas. • La judicatura debe reformar los procesos de selección de jueces para la materia de niñez y adolescencia, ya que los criterios de postulación son permitidos únicamente para ámbitos penal y no penal, debiendo existir, Jueces Especializados en la materia. • El sistema debe contar con un mejor control y seguimiento de los presupuestos de los gobiernos locales en la protección de derechos de los NNA. • A fin de cumplir con la descentralización se debe fortalecer las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, contando con una mejor articulación entre las instituciones locales y nacionales. • Es necesario un sistema que involucre la familia y la sociedad en general, a fin de generar un cambio en las relaciones de los sujetos, infundiendo el buen trato y la lucha contra la violencia, con participación de los medios de comunicación. • Es necesario un sistema descentralizado de protección de los NNA con mayor cobertura, y especializado. • Un sistema de protección a nivel institucional, normativo y de políticas públicas enfocado al interés superior del niño.

Fuente: Encuesta de opinión, Elaboración del autor.

Esta encuesta fue resuelta por una población comprendida entre los 20 a 63 años de edad, entre ellos 70 mujeres, 53 hombres y 1 que prefiere no decirlo, la cobertura de la presente son las ciudades de Quito, Guayaquil, Cuenca, Ibarra, Santo Domingo, pertenecientes a instituciones públicas y privadas, en distintas actividades.

La aplicación de la encuesta permitió dilucidar la situación del sistema de protección de los niños, niñas y adolescentes, de los resultados se evidencia que el conocimiento sobre el sistema supera la mayoría con un 57.3% aproximadamente, pero es preocupante que un 42.7% de la población encuestada desconoce sobre la existencia del sistema y los servicios de protección que presta, inclusive se califica al mismo en su mayoría como incompleto, deficiente y desconocido.

La situación sobre los derechos de los NNA, muestra que un 72.6% conoce sobre la existencia de los mismos, pero desconoce cuáles son específicamente de acuerdo a la Declaración de los Derechos del Niño, confundidos muchas veces con los Derechos Humanos.

La cobertura de los servicios que brinda el servicio de protección de niños, niñas y adolescentes, es catalogada en su mayoría como media, baja e insuficiente, reafirmando que el 77.4% de los encuestados indica que se debe realizar un cambio en este sistema al ser desconocido; para lo cual se debe tomar en cuenta como aspecto importante el normativo tanto en el ámbito administrativo como judicial.

En lo referente al cambio de normativa que rige el sistema, la opinión en su mayoría menciona que se debe realizar una reformulación y replanteamiento de la normativa legal existente. Específicamente sobre el abuso contra los niños, niñas y adolescentes, los encuestados en un 80.6% mencionan que los mismos no son suficientes, porque se debe considerar la legislación complementaria para hacerla efectiva, así como la insuficiencia de recursos que no permite llevarla a cabo, a esto se suma la ignorancia de la población que omite denunciar estos hechos.

Las iniciativas del gobierno se consideran en un 87.9% como insuficientes, debido a que estas surgieron del Plan Nacional de Desarrollo, pero no tienen una apta cobertura, ni tampoco tienen la asignación presupuestaria necesaria como para abordar a toda la población de NNA en condición de vulnerabilidad.

Para el planteamiento de un nuevo sistema de protección existen opiniones concordantes y también contradictorias, pero en su mayoría sugieren aplicar la descentralización como punto central del sistema, ya que el gobierno no puede abarcar todo y, en especial un sistema dirigido a un sector de la población que requiere más atención y rapidez, y no puede verse afectada por situaciones políticas, siendo necesario generar cambios en todos los aspectos que componen dicho sistema, con un enfoque global desde la concepción en el núcleo familiar, de la mano con una normativa específica.

En definitiva, si bien existe normativa adecuada de protección respaldada en principios fijados en los diferentes instrumentos internacionales de protección, e implementada en la normativa constitucional y legal del Ecuador, y la estructura institucional de protección se demuestra que esta no es funcional pues no existe la articulación administrativa necesaria para un verdadero sistema descentralizado de protección.

La verdadera protección de la niñez a través de un sistema articulado no requiere ningún tipo de posicionamiento ideológico, si la verdad nos hace libres, el conocimiento del verdadero entorno de la niñez del Ecuador es al que todos debemos aspirar, por la marcada brecha existente entre la forma como se vive y la manera en la que se conoce la realidad, por ende la encuesta se valida.

CAPÍTULO VI. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

En el presente capítulo se indagará las medidas de protección administrativas y judiciales para los NNA del Ecuador, en circunstancia de eminente riesgo de que se produzca una violación de sus derechos. Por consecuencia es vital dejar establecido qué se considera en situación de riesgo, en mérito que la investigación que se plantea se refiere exclusivamente a los NNA en riesgo.

La doctrina establece que riesgo no es un concepto legal preciso, “lo que deja gran margen de interpretación en los procedimientos judiciales, conllevando gran incertidumbre en cuanto a poder establecer normas precisas de responsabilidad social, lo que complica la toma de decisiones en trabajo social⁷²¹”.

Pese a la indefinición del concepto en mérito de su multiplicidad de contextos, el artículo 17.1 de la LOPJM de España considera al riesgo en el ámbito de la infancia como “aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por el ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir, o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar⁷²²”.

Martínez García (2014) estipula que se concibe por situación de riesgo “toda aquella situación de desprotección de un menor que no llegue a constituir situación de desamparo. Abarca, pues, un espectro de situaciones muy amplio, solo delimitado en sus límites inferior (prevención general) y superior (desamparo)⁷²³”.

En España la “protección de menores” es gradual pues abarca desde la prevención de los entornos de protección y las posteriores medidas integrales buscando permanentemente la integración total del menor cuando estas han desaparecido, y que conforme el artículo 12.1 de la LOPJM se lo realiza: “i. mediante la prevención, detención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin”. La prevención entendida como “medida de protección, en tanto comprende, más allá de las competencias normativas, programáticas o de planificación, la adopción de medidas de tipo técnico o económico sobre el menor o sobre su familia con el fin de evitar una eventual situación de desprotección total⁷²⁴”.

En relación con la definición de desamparo, el artículo 18.1 de la LOPJM establece que “en particular se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad,

⁷²¹DONOVAN, P.; OÑATE, X.; BRAVO, M.; RIVERA, M. (2008: 57-78).

⁷²²Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil (BOE No. 15, de 17 de enero de 1996).

⁷²³MARTÍNEZ GARCÍA, C. (2016: 391).

⁷²⁴MARTÍNEZ GARCÍA, C. (2016: 389).

supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor⁷²⁵”. Por lo referido se concluye que en España se diferencia claramente la situación de prevención de los riesgos a los que están sometidos los NNA, luego la situación propia del riesgo al que está sometido y el desamparo, es decir, existe normativamente una protección integral enfocada en los tres aspectos considerando al menor como sujeto de derechos y no como objeto de asistencia.

En la legislación colombiana se verifica que el artículo 41 del Código de la Infancia y Adolescencia⁷²⁶, como obligación del Estado en el contexto institucional en el desarrollo integral de los NNA establece “27. Prestar especial atención a los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentren en situación de riesgo, vulneración o emergencia”. Las disposiciones legales que se refieren al riesgo son los artículos: 51; 52.5; 89.5; 89.13, sin que exista en el ordenamiento colombiano una definición de riesgo.

Con la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia nos aclara el panorama de la protección de la niñez en Colombia desde el ámbito del riesgo al expresar que “en este punto, precisa la Sala que si bien es un derecho fundamental de los niños, entre otros, crecer en el seno de una familia y no ser separado de ella, (artículos 5, 42 y 44 Constitución Política). 2, que en principio debe ser la familia biológica, es de verse que en casos de riesgo o quebranto de sus derechos y con la única finalidad de protegerlo, pueden ser apartados de ella cuando ésta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos; situación que en el caso particular converge en la medida que el deseo de recuperar a sus hijos manifestado por la tutelante en la demanda, luce contrario a lo que reflejan las pruebas que sirvieron de soporte a las autoridades accionadas para dictar su respectivo fallo⁷²⁷”.

La Corte Constitucional de Colombia ratifica lo anterior al puntualizar que “lo ideal es que las familias se integren con responsabilidad y que en su interior las relaciones se rijan bajo parámetros de igualdad y mutuo respeto, pues de esa manera se garantiza la armonía familiar y se propicia un espacio adecuado para el cumplimiento correlativo de los roles de esposos, padres e hijos. Sin embargo, esto no siempre es así pues muchas veces las familias no se conforman con sentido de responsabilidad y por ello sobreviene la desarmonía familiar entre los cónyuges y el incumplimiento de los deberes de asistencia y protección que aquellos tienen respecto de sus hijos. En estas situaciones, existe el alto riesgo de que los niños habidos en el seno de una familia sean privados de la asistencia y protección que demandan para su formación integral. Y en casos extremos, tal privación se traduce en un verdadero estado de abandono. Surge, entonces, el deber correlativo de la sociedad y del Estado de superar ese déficit de asistencia y protección y de rodear a los niños de un entorno que permita el reconocimiento de sus derechos. Y esto se hace ateniéndose al régimen legal que regula

⁷²⁵ Las circunstancias que establece la disposición legal son de manera somera: “El abandono del menor; el transcurso del plazo de la guarda voluntaria; el riesgo para la vida, salud e integridad del menor, en particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias; el riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico; el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de la guarda; la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución; la ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada; y, cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa de incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia”.

⁷²⁶ Ley 1098/2006 de 8 noviembre.

⁷²⁷ Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil. Proceso 54001-22-13-000-2010-00112-01.

las situaciones irregulares en que pueden encontrarse los NNA y los mecanismos de protección encaminados a superar tales situaciones⁷²⁸.

En Colombia desde el ámbito legal y jurisprudencial en relación al riesgo se establece que el eje transversal de la protección de la niñez, se presenta cuando los NNA se encuentran en situación de riesgo.

En la República del Ecuador el CONA instituye que la protección a la niñez se la realizará desde el ámbito o esfera del riesgo en que se encuentre, no existe por consecuencia una definición de riesgo en el entramado legal ecuatoriano, sin embargo el artículo 215 del CONA al conceptualizar las medidas de protección se refiere al riesgo tangencialmente al precisar que “las acciones que adopta la autoridad competente, mediante resolución judicial o administrativa, en favor del niño, niña o adolescente, cuando se ha producido o existe el riesgo inminente de que se produzca una violación de sus derechos por acción u omisión del Estado, la sociedad, sus progenitores o responsables o del propio niño o adolescente”.

Otra referencia en el ámbito del riesgo se ubica en los artículos: 78.3 en el uso de armas, explosivos y sustancias que pongan en riesgo su vida o su integridad personal; 79.7 en relación a la orden de salida del agresor de la vivienda, si su convivencia con la víctima implica un riesgo para el menor; 87 inciso final sobre el riesgo del trabajo de adolescentes; y en el 417.1 en el contorno de las faltas leves del régimen disciplinario de los adolescentes infractores.

En consecuencia, en la línea de la investigación en este capítulo se abordará el análisis de las medidas de protección administrativas y judiciales desde la situación de riesgo en que se encuentran sometidos los NNA en el ejercicio pleno de sus derechos.

6.1. MEDIDAS DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

En el contexto de la legislación ecuatoriana, deberán existir normas legales que contemplen reglas en las cuales exista la posibilidad de enmendar o corregir omisiones y abusos desarrollados dentro de la propia sociedad. Este tipo de acciones negativas pueden amenazar o violar los derechos de los NNA en los diversos entornos a los que están expuestos, como la familia, la escuela, la comunidad, los servicios públicos, entre otros. Es por ello que para establecer un claro conocimiento de cuáles son las situaciones o circunstancias en las que los derechos de los NNA son lesionados, la norma legal llega a describir aquellas situaciones donde estos derechos logran ser garantizados.

Las medidas surgen a partir de diversos factores, en primer lugar el compromiso adoptado por el estado ecuatoriano para efectivizar los derechos reflejados en la CDN de 1989. Es así que se evidencia la definición de un rumbo jurídicamente exigible de derechos y deberes, con el fin de que puedan ser caracterizados los posibles desvíos, para alcanzar la efectividad de dichos derechos en materia de niñez y adolescencia. De tal forma que el compromiso adquirido por el país se manifiesta en educar y movilizar comunidades, y la adopción de providencias administrativas y judiciales adecuadas.

⁷²⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-543 de 2004.

En la legislación ecuatoriana se señalan disposiciones jurídicas que contemplan reglas que permiten identificar, enmendar y/o corregir las actuaciones negativas que amenazan o violan los derechos en la niñez y adolescencia, en los escenarios en los que se desenvuelven (familia, comunidad, escuela). En tal sentido, es necesario que se describan en ella las diversas circunstancias o situaciones para que los derechos sean garantizados. Este sistema establece la manera de cómo se exigirá y garantizará los derechos que le asisten a los NNA, mediante las medidas que los restablezcan.⁷²⁹

Para poder efectivizar estos derechos en la protección y cuidado de los NNA ante situaciones que perjudiquen su bienestar, la ley ha establecido una serie de medidas y acciones, principalmente de índole administrativo y judicial. En el caso del Ecuador se pone de manifiesto en el artículo 217 del CONA, donde se contemplan las siguientes medidas administrativas y judiciales de protección.

Tabla 31. Medidas de Protección en la República del Ecuador.

Medidas de Protección en Ecuador para los NNA	
A nivel administrativo	A nivel Jurisdiccional
Acciones educativas, terapéuticas, psicológicas	Allanamiento
Órdenes de Cuidado	Acogimiento Familiar
Reinserción Familiar o retorno	
Inserción del niño y adolescente a programas de protección	Acogimiento Institucional
Alejamiento personal	La adopción
Custodia de emergencia	

Fuente: Artículo 217 del CONA. Elaboración del autor.

Las medidas de protección jurídica establecidas en la normativa ecuatoriana se encuentran sujetas a la política orientada a lograr la cohesión, e inclusión social en el ciclo de vida y las relaciones intergeneracionales, con un énfasis especial en aquellos grupos catalogados como atención prioritaria⁷³⁰ de los que forman parte los NNA.

Estas medidas constituyen órdenes de obligatorio cumplimiento, impuestas por la autoridad competente a favor de los niños de manera individual, en el caso que existan amenazas y violación de sus derechos e intereses legítimos, las autoridades competentes se dividen en administrativas y judiciales. La actuación de la autoridad jurisdiccional se materializa ante la afectación directa de un derecho, por lo que solo un Juez puede determinar la medida debido a su naturaleza y las implicaciones jurídicas que conlleva. A continuación, las medidas de protección serán analizadas acorde al tratamiento brindado en la legislación del Ecuador.

⁷²⁹ ALEMÁN, B. (2014: 97 y 134).

⁷³⁰ Artículo 35 de la CRE “Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”.

6.2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN ADMINISTRATIVAS

6.2.1. Acciones educativas, terapéuticas, psicológicas, órdenes de cuidado

Las acciones descritas con relación a la educación, ayuda terapéutica, psicológica y órdenes de cuidado se orientan a compensar el riesgo psicosocial al que están expuestos los NNA, definido como:

“Un conjunto de circunstancias, hechos y factores personales, familiares o sociales, relacionados con una problemática determinada (abandono, maltrato, violencia, baja escolaridad, explotación económica, vínculos familiares precarios, necesidades básicas insatisfechas, entre otros) que aumentan la probabilidad de que un sujeto inicie o se mantenga en situaciones críticas que afectan a su desarrollo integral (deserción escolar, bajo desempeño académico, timidez o agresividad, entre otros), o que sea víctima o autor de la violencia u otras situaciones mencionadas afectando sus derechos esenciales⁷³¹”.

Se analizó anteriormente que el riesgo comprende todos aquellos actos o circunstancias que inciden en el aumento de la posibilidad de que los NNA, no tengan un completo desarrollo, sean víctimas de violencia o resquebrajamiento de sus derechos humanos, o sujetos activos de los mismos. La respuesta a esta problemática que ocasiona perjuicios a los NNA, recae en el desarrollo de un conocimiento y sensibilidad hacia este tema, y que ello brinde la posibilidad de identificar y percibir aquellas circunstancias sociales que se manifiestan en el hogar, en la escuela, y en las comunidades. Por medio de esta identificación se puede llegar a controlar las afecciones que se desarrollen en el crecimiento psicosocial de los NNA, y con ello propiciar su tratamiento oportuno.

Esas acciones que permiten identificar una medida correcta de protección de índole administrativo, se relacionan con los indicadores psicosociales que muestran las condiciones que se experimentan en la niñez y adolescencia en los escenarios necesarios para su socialización. Dichos indicadores se involucran íntimamente con las acciones que emprenden los padres, educadores y las personas de la comunidad, ya que la conducta que materializan respecto al niño permite identificar el riesgo psicosocial y cómo enfrentarlo, en ello juega un papel importante las medidas de protección. En la siguiente tabla se evidencian algunos de los principales indicadores de riesgo psicosocial presentes en el ámbito de niñez y adolescencia en el Ecuador, y su respectiva caracterización:

⁷³¹ Fundación de Ayuda contra la Drogadicción, CIDE ÑARI WALAC, Asociación KALLPA y Tierra de Niños. (2015: 12).

Tabla 32. Indicadores de riesgo psicosocial.

En la Familia	
Indicador de Riesgo Psicosocial	Caracterización
Maltrato psicológico del padre o la madre	Padres que gritan a su hijo de manera constante o por cualquier motivo. Padres que pelean continuamente con su hijo.
Maltrato físico de los padres	Padres que golpean al hijo. Padres que castigan y hacen sentir mal a su hijo, humillándolos constantemente.
Consumo de alcohol y otras drogas por parte del progenitor	Padres que consumen drogas u otras sustancias estupefacientes delante de sus hijos. Padres que llegan al hogar bajo los efectos del consumo del alcohol y otras drogas.
Ausencia emocional del padre o de la madre	Padres que no se interesan por las actividades del niño. Padres que no le dedican tiempo al juego con su hijo. Padres que no reconocen los esfuerzos de sus hijos, ni sus preocupaciones. Padres que se olvidan de su hijo. Los niños, niñas y adolescentes que no confían en sus padres. Padres que no asisten a las reuniones escolares.
Diferencias entre padres	Padres que demuestran abiertamente a sus hijos desunión, falta de entendimiento o de comprensión. Pelea y gritos entre los padres. Padres que reclaman y exigen cosas al otro, en presencia de sus hijos.
Embarazo adolescente	Padres adolescentes que no saben cómo cumplir con su rol, o jóvenes sin esa responsabilidad.
Situación económica: precaria o inestable	Padres sin empleo o con trabajos ocasionales. La constante rotación de un empleo a otro. Remuneraciones insuficientes o bajas.
El menor de edad que muestra agresividad con los miembros del grupo familiar	El niño, niña y adolescente que pelea frecuentemente. El menor de edad que se irrita fácilmente.

En la Educación	
Indicador de Riesgo Psicosocial	Identificación
El trabajo infantil	El niño, niña o adolescente que por cansancio se duerme en el salón de clase. El menor de edad que en lugar de estudiar y / o jugar, realiza tareas domésticas o trabaja en la calle.
Ausentismo escolar frecuente	Por lo menos el niño, la niña y el adolescente, deja de asistir a los salones de clases, una vez por semana sin ninguna justificación.
Los menores de edad con habilidades distintas	El menor de edad que tiene capacidades o habilidades distintas y con necesidades de educación especiales, que no recibe la atención debida.
Niño, niña y adolescente víctima	El menor de edad que sufre acoso, burlas o faltas de respeto entre otros, por sus compañeros. El niño, niña o adolescente que demuestra timidez, aislamiento, miedo, tristeza, sentimientos de culpabilidad y frustración.
Malas Influencias	El niño, niña o adolescente que se relacione frecuentemente con personas delincuentes o adictas a droga, bebidas alcohólicas, entre otras. El menor de edad que tiene cercanía constante con personas adultas que no forman parte del núcleo familiar. El niño, niña o adolescente que por falta de capacidades no soporta la presión de determinados grupos sociales.
El menor de edad que presenta limitaciones para estudiar	El niño, niña o adolescente que no tienen el apoyo suficiente para estudiar. El menor de edad que siente que no tiene capacidades, es decir, tiene baja autoestima. El menor de edad que no realiza sus deberes escolares de manera constante.
Falta de cuidado personal	El niño, niña o adolescente que asiste desaseado o desaliñado. El menor de edad en el que se observa manifestación de mala alimentación y problemas de salud.

En la Sociedad	
Indicador de Riesgo Psicosocial	Identificación
Presencia dentro de la comunidad de actos delictivos frecuentes u organizaciones a tales fines	Presencia de pandillas. Presencia de personas que distribuyen o consumen drogas. Presencia de personas que ejercen la prostitución. Presencia de personas dedicadas a la delincuencia de manera cotidiana.
Contaminación en el medio ambiente	Acumulación de basura en las calles que ocasionan mal olor y la presencia de insectos y plagas que son dañinas a la salud.
Redes sociales precarias	La ausencia de redes de apoyo que ayuden a los niños, niñas y adolescentes y al familiar, como son organizaciones y sociedades organizadas.

Fuente: Guía para una Intervención Integral en Prevención de los Riesgos Psicosociales en Niños, Niñas y Adolescentes. Elaboración del autor.

De conformidad con los indicadores señalados se aplicarán las medidas de protección correspondientes, es decir, acciones educativas, terapéuticas, psicológicas y órdenes de cuidado, siendo estas también especificadas en la norma como preventiva para el cuidado y protección a los NNA⁷³². Las acciones reconocidas en la normativa legal pueden ser identificadas además como una labor preventiva para garantizar el bienestar, cuidado y protección del niño.

6.2.2. Reinserción familiar

Esta medida de protección lo que busca es crear un ambiente en el núcleo familiar que sea acorde con un espacio de bienestar, cuidado y protección de los NNA, que le permitan desarrollar todo su potencial como ser humano, fortaleciendo los vínculos familiares que hayan sido lesionados. Para ello, es necesario la realización de un proceso de ayuda e intervención psicosocial a la familia⁷³³.

En el artículo 217 numeral 3 del CONA se establece la reinserción familiar o el retorno del menor a su familia biológica, como una medida de protección de carácter administrativo. En este sentido, el MIES al ejercer la atribución como rector de las políticas públicas de protección integral de los niños, debe garantizar que los profesionales que forman parte del desarrollo de la reinserción familiar realicen una investigación previa del entorno familiar.

La medida es aplicada de manera unánime a los NNA que han sido víctimas de maltrato por aquellos que tenían la obligación de cuidarlos, verbigracia, padres, abuelos, tíos. Antes de la materialización de estos casos de abusos, cuando el niño no tiene ningún medio para recurrir a otro lugar, el Estado implementa medidas de protección transitorias, mediante ciertas instituciones pertenecientes a la maquinaria estatal.

Uno de los retos de la reinserción familiar es su dilación, ya que previo al mismo existe un proceso judicial en el cual se separa temporalmente de su familia, por motivo del maltrato, ya que por lo general, cuando se determina que los NNA son víctimas de

⁷³² Artículo 217, numeral 1 del CONA: Las acciones de carácter educativo, terapéutico, psicológico o material de apoyo al núcleo familiar, para preservar, fortalecer o restablecer sus vínculos en beneficio del interés del niño, niña o adolescente.

⁷³³ MIES. Modelo de Atención de Entidades de Acogimiento de administración directa.(2016:13 y14).

esos actos en su hogar, son acogidos en centro estatales que se encargan de su cuidado. La reinserción familiar en estos casos se tiene en cuenta como una posible acción para restaurar el equilibrio en la vida del niño, que se ha visto afectado, por las manifestaciones de abuso intrafamiliar.

Tabla 33. Reinserción Familiar.

Años	Reinserciones directas DINAPEN	Reinserciones posterior a proceso acogimiento familiar o institucional MIES	Reinserciones Totales
2013	498	189	687
2014	584	212	796
2015	692	336	1028
2016	594	208	938

Fuente: Estadísticas Policía Nacional DINAPEN. Elaboración del autor.

Las estadísticas referidas del 2003 al 2016⁷³⁴ reflejan la realidad de esta medida administrativa llegándose a determinar que en el 2015 se incrementa la reinserción familiar lo que devela la existencia del incremento de controversias familiares. Se aclara que es necesario señalar que en la práctica de la ejecución de esta medida, la DINAPEN procede a la localización del niño o niña considerando la edad, y si posee la información familiar, realiza la reinserción directa a su entorno familiar primigenio, y si este no es el caso, continua con el procedimiento remitiéndoles a un hogar de acogimiento institucional, para que posteriormente se realice la inserción familiar o la adopción.

6.2.3. Inserción del niño y adolescente a programas de protección

Esta medida consiste en que la autoridad competente (Juntas Cantonales o los Jueces de la Niñez y Adolescencia) dicte una orden para que los NNA sean insertados en programas de protección⁷³⁵, con la finalidad de implementar las acciones respectivas que ayuden a compensar el perjuicio o daño ocasionado por la violación de los derechos del niño.

Esas acciones que intentan restablecer un derecho infringido, no afectan a terceros por aplicar el cumplimiento adecuado del principio del interés superior del niño, y además son mecanismos que nacen de la actuación de las autoridades competentes⁷³⁶, que pueden ser la inscripción del niño por parte de los padres en el registro civil, o la matriculación del menor en el colegio, acorde al acto violatorio. El MIES es el responsable de marcar las pautas y lineamientos a seguir para la conformación de dichos programas, por ser el rector de las políticas públicas en

⁷³⁴ Datos obtenidos de los informes mensuales de los sistemas de protección especial del MIES.

⁷³⁵ El Artículo 217, numeral 4 del CONA establece que: La orden de inserción del niño, niña o adolescente o de la persona comprometidos en la amenaza o violación del derecho; en alguno de los programas de protección que contempla el sistema y que, a juicio de la autoridad competente, sea el más adecuado según el tipo de acto violatorio, verbigracia, la orden de realizar las investigaciones necesarias para la identificación y ubicación del menor o de sus familiares y el esclarecimiento de la situación social, familiar y legal del niño, niña o adolescente, la orden de ejecutar una acción determinada para la restitución del derecho conculcado, tal como: imponer a los progenitores la inscripción del niño, niña o adolescente en el Registro Civil o disponer que un establecimiento de salud le brinde la atención de urgencia o que un establecimiento educativo proceda a matricularlo, etc.

⁷³⁶ Las medidas administrativas pueden ser dispuestas indistintamente, por los Jueces de la Niñez y Adolescencia y las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, según quien haya prevenido en el conocimiento de los hechos que las justifican.

Ecuador.

6.2.4. Alejamiento personal

El alejamiento personal como medida de protección administrativa tiene como finalidad brindarle al niño un entorno adecuado, donde pueda desarrollar todas sus capacidades⁷³⁷. Esta orden de alejamiento que la ley lo determina como temporal, va dirigida a la persona que le ocasione un perjuicio o viole los derechos del niño de edad, teniendo como propósito apartar o alejar del hogar de los NNA a la persona que infringe ese daño, garantizando que el mismo sea estable, prevaleciendo su cuidado y protección.

Esta medida está establecida no solo en el artículo 217 del CONA⁷³⁸, sino también en la CRE, que reconoce procedimientos de atención especializada en materia de familia⁷³⁹. El alejamiento personal está sujeto a la actuación de una unidad de atención que ejecuta este servicio de protección, consagrándose además que aquellas personas que han sufrido un perjuicio, se les brinde protección ante cualquier amenaza o forma de intimidación. Es por ello que el alejamiento personal se establece en principio con carácter temporal.

6.2.5. Custodia de emergencia

La custodia de emergencia es una medida provisional que es ejecutada con el fin de separar al niño o adolescente afectado de un entorno perjudicial, y trasladarlo a un hogar de familia o una entidad o institución de atención al niño⁷⁴⁰. Su denominación de emergencia se relaciona con la temporalidad en la aplicación de esta custodia. Al respecto vale señalar que la unidad de atención que detenta la potestad de ejecutar esta medida de protección responde directamente a un programa anual institucional, además de la presencia de una planificación individual para cada niño que requiere ser atendido. La custodia de emergencia nace de la ejecución de las facultades del Juez que la impondrá dentro de las setenta y dos horas como un mecanismo necesario para la protección del niño.

También contribuye a determinar y esclarecer mediante una investigación la situación que el niño mantuvo en su hogar, y las condiciones que influyeron en la vulneración de sus derechos fundamentales. Establecerá el período de permanencia del niño en la institución o casa familiar que lo recibe (provisional). En términos generales, la custodia de emergencia es una medida preliminar y provisional que permite la adopción por el Juez de una medida de protección definitiva.

Esta institución tiene similitudes con las figuras de la guarda provisional, la

⁷³⁷ Artículo 217, numeral 5 del CONA: El alejamiento temporal de la persona que ha amenazado o violado un derecho o garantía, del lugar en que convive con el niño, niña o adolescente afectada.

⁷³⁸ Artículo 217 numeral 5. CONA.

⁷³⁹ Artículo 81 CRE.2008: La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley.

⁷⁴⁰ Artículo 217, numeral 6 CONA: La custodia de emergencia del niño, niña o adolescente afectado, en un hogar de familia o una entidad de atención, hasta por setenta y dos horas, tiempo en el cual el Juez dispondrá la medida de protección que corresponda.

figura de desamparo y de riesgo adoptadas en España. En este sentido, con la reforma realizada en el año 2015⁷⁴¹, se incluye la figura de la atención inmediata⁷⁴² (por la necesidad de urgencia de atención y cuidado del menor) en dicho país. La guarda provisional se aplica sin dilación alguna y sin que este haya sido dictada o solicitada por los progenitores de manera formal, mientras se hagan las investigaciones respectivas se protege a los NNA.

Es una medida administrativa dictada por la Entidad Pública notificada a los progenitores y tutores, quienes podrán interponer los recursos correspondientes dentro de dos meses a partir de su notificación. También se le notificará al Ministerio Fiscal, y dicha Entidad solo asume la guarda mediante el acogimiento familiar o residencial y no la tutela del mismo⁷⁴³.

Esta institución finaliza por las mismas causas que cesan las tutelas⁷⁴⁴, por la reinserción al seno familiar de sus padres o progenitores, desaparición de las causas que lo motivaron, declaración de la situación de desamparo y por el nombramiento del tutor.

La figura de desamparo en España está orientada en brindar protección en los derechos esenciales a los NNA, al separarlos de su seno familiar o de sus tutores dependiendo del caso, cuando éstos se encuentren en imposibilidad física, económica o moral de garantizarles el cuidado y protección necesaria. Con esta decisión administrativa⁷⁴⁵ la Entidad Pública suspende la patria potestad o la tutela ordinaria⁷⁴⁶, notificando a los padres, tutores, guardadores, al menor si tuviere suficiente madurez o más de 12 años, al Ministerio Fiscal, y al Juez que acordó la tutela ordinaria⁷⁴⁷.

También se tiene la figura de situación de riesgo contemplada en el artículo 17 numeral 1 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, (LOPJM) reformada con la Ley 26/2015 de 28 de julio. Esta es una medida de protección cuando el núcleo familiar por diversos factores o circunstancias se constituye en un lugar no seguro para el niño, niña o adolescente para su desarrollo físico, social y emocional, pero que dichos elementos no son tan graves para una declaratoria del desamparo, permitiendo adoptar las medidas necesarias para eliminar o compensar la situación de riesgo y que los mismos permanezcan en sus hogares, mediante una intervención administrativa⁷⁴⁸.

⁷⁴¹ Artículo 172, del Código Civil de España, modificada con la Ley 26/2015, de 28 de julio, que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁷⁴² Es de carácter temporal, y por ello tanto las Entidades Públicas como el Ministerio Fiscal, deben cumplir su obligación de garantizar su cumplimiento y el control de la actuación administrativa respectivamente.

⁷⁴³ MORENO, J. (2015:32)

⁷⁴⁴ Artículo 172 numeral 5, modificado con la Ley 26/2015, de 28 de julio a) Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país. b) Que el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma cuya Entidad Pública hubiere dictado resolución sobre declaración de situación de desamparo y asumido su tutela o medida de protección correspondiente, o entendiere que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor. c) Que hayan transcurrido seis meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido.

⁷⁴⁵ Los progenitores y tutores en un lapso de dos años podrán solicitar el cese del desamparo, la suspensión y quede revocada su declaración por cambio de las circunstancias que la motivaron, según el artículo 172 numeral 2 del Código Civil Español.

⁷⁴⁶ Los actos en materia económico o patrimonial que ejecuten los progenitores o tutores en representación de los menores serán válidos. El artículo 172 del Código Civil Español numeral 1 señala que: (...) La Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela (...).

⁷⁴⁷ Artículo 172 numeral 1 Código Civil de España.

⁷⁴⁸ MORENO, J. (2015: 24).

La intervención deberá llevarse a cabo con la coordinación y colaboración de los “centros escolares y servicios sociales y sanitarios y, en su caso, con las entidades colaboradoras del respectivo ámbito territorial o cualesquier otra⁷⁴⁹”. También podrá realizarse mediante un consenso ente los progenitores y el menor de edad, y si ésta no es posible por falta de colaboración, se realizará mediante un proyecto de intervención y declaración de situación de riesgo a través de un acto administrativo⁷⁵⁰. En este sentido, se garantiza que el proyecto debe estar elaborado por la Administración Pública conjuntamente con los progenitores, y se comunicará al menor si tiene la madurez o edad suficiente para ello, pero si no hay colaboración se hará de forma unilateral, dictándose la declaratoria de riesgo⁷⁵¹. Esta decisión admitirá recurso en su contra.

En la misma se establecerá las medidas necesarias con el fin de eliminar, corregir o disminuir la situación de riesgo del niño, niña o adolescente y además indicará todas las obligaciones que deben asumir los padres, tutores, guardadores o acogedores. Sí luego del desarrollo del proyecto o del convenio y del tiempo allí señalado se observa que no hay mejoría en el desenvolvimiento de los deberes de la guarda, o que se haya determinado que el menor está en desprotección, informará a la Entidad Pública correspondiente y al Ministerio Fiscal a los fines de que se evalué la situación de desamparo.

La ley señala dos situaciones específicas de riesgo, a saber: 1.- En la etapa prenatal, cuando no existe un cuidado físico de la futura madre o que consuma sustancias adictivas, u otros actos o circunstancias provenientes de la mujer o de tercero que pueden afectar al recién nacido, desarrollándose medidas de protección en colaboración con las autoridades en materia de salud, y 2.- En asuntos médicos del niño, niña o adolescentes, cuando exista “La negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica⁷⁵²”. En este caso la administración sanitaria informará a los tribunales directamente o mediante el Ministerio Fiscal.

Es importante agregar que tres indicadores de riesgo son: Que el menor tenga un hermano que haya sido declarado en situación de riesgo o de desamparo; la pobreza y la discapacidad⁷⁵³.

Finalmente esta institución administrativa está diseñada para eliminar o disminuir las dificultades, circunstancias o hechos que afecten el desarrollo del niño, niña y adolescentes dentro de su ámbito familiar sin que sea separado del mismo, mediante una intervención con la colaboración de la familia, los menores si tienen la capacidad para ello, las autoridades sanitarias cuanto corresponda y centros escolares.

En España la figura de guarda de hecho está regulada en el artículo 303 del Código Civil y ocurre cuando los NNA han quedado bajo el cuidado de quienes no tienen la tutela o patria potestad “Los supuestos de guarda de hecho que deben motivar la declaración de desamparo y los supuestos ante los que ha de procederse a la privación

⁷⁴⁹ MORENO, J. (2015: 25).

⁷⁵⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, C.(2016: 393).

⁷⁵¹ Artículo 17 numeral 5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, reformada con la Ley 26/2015.

⁷⁵² *Ibid.*, Artículo 17 numeral 10.

⁷⁵³ MORENO, J. (2015: 26).

de la patria potestad y nombramiento de tutor⁷⁵⁴».

La guarda voluntaria se dicta mediante acto administrativo dictado por la Entidad Pública, y opera siempre y cuando los progenitores o los tutores lo soliciten por situaciones transitorias y graves, que no le permitan ejercer la responsabilidad del cuidado de los menores. La guarda voluntaria también denominada administrativa no podrá ser superior a dos años, salvo en ciertas excepciones⁷⁵⁵.

La guarda judicial por su parte, en el artículo 172 bis 2 del Código Español indica que es una medida de protección en los procesos penales o civiles para la protección del niño, y en consecuencia su cuidado lo realizarán por lo general sus familiares o la Entidad Pública respectiva hasta que se dicten soluciones definitivas.

La custodia de emergencia en Ecuador tiene similitud con las figuras de situación de desamparo en España, que es la separación temporal de su familia por un periodo de tiempo con la finalidad de cuidar y proteger a los NNA de violaciones en sus derechos o por falta de cuidados en su propio hogar, y con la figura de situación de riesgo en donde la autoridad administrativa pueda dictar las medidas necesarias para la eliminación de los riesgos, o en todo caso disminuirla.

Según lo plasmado en la legislación española y en las diversas instituciones que buscan el cuidado de los NNA, es necesario que en Ecuador se implemente otra medida de protección relativa a este caso en particular. La situación de riesgo constituida en España al tratar de disminuir o eliminar las circunstancias que no permiten considerar el núcleo familiar seguro para los niños, con la facultad de tomar las medidas necesarias a tal efecto, mediante una intervención administrativa con la colaboración de los progenitores, los centros educativos y los hijos si tienen la suficiente madurez, guiados por el proyecto de intervención social y educativo, que permite hacer un seguimiento de lo acordado o dictado. Dependiendo del caso sería una herramienta que podría ser agregado conjuntamente con la situación de riesgo en el sistema de protección integral en Ecuador.

6.3. MEDIDAS DE PROTECCIÓN JUDICIAL

6.3.1. Allanamiento

El Allanamiento es una acción o medida de protección que se aplica cuando existe una situación negativa que pueden afectar los derechos y garantía de los NNA.

En la legislación comparada como en la de Perú, en el Código de los Niños y Adolescentes de 1993⁷⁵⁶ en el capítulo II del proceso único se establece en el artículo 201 como medidas temporales de protección que “...El Juez adoptará las medidas necesarias para el cese inmediato de actos que produzcan violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al niño o adolescente. El Juez estará facultado en estos casos, incluso para disponer el allanamiento del domicilio”, también el artículo 204 al tratar el asunto de protección de los intereses individuales, difusos y colectivos, para protegerlos el Juez puede imponer el siguientes apercibimientos “b. Allanamiento

⁷⁵⁴ MORENO, J. (2015: 26).

⁷⁵⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, C. (2016:395).

⁷⁵⁶ Decreto Ley N° 26102, promulgado: 24/12/92, con vigencia: 28/06/93.

del lugar”.

En Colombia el artículo 106 del Código de la Infancia y la Adolescencia⁷⁵⁷ del capítulo IV del procedimiento administrativo, en el relación al allanamiento y rescate establece “Siempre que el defensor o el comisario de familia tengan indicios de que un niño, una niña o un adolescente se halla en situación de peligro, que comprometa su vida o integridad personal procederá a su rescate con el fin de prestarle la protección necesaria. Cuando las circunstancias lo aconsejen practicará allanamiento al sitio donde el niño, niña o adolescente se encuentre, siempre que le sea negado el ingreso después de haber informado sobre su propósito, o no haya quien se lo facilite. Es obligación de la fuerza pública prestarle el apoyo que para ello solicite. De lo ocurrido en la diligencia deberá levantarse acta.”

En España de la revisión de la “normativa de menores” como la Ley 26/2015 de 28 de julio, y la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denominada también Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, adyacente a las normas del Código Civil en relación a menores, que constituyen el ámbito normativo de los derechos de los menores de edad, en relación al allanamiento no encontramos una referencia específica, únicamente de modo general en el Código Civil en el TÍTULO VII de las relaciones paterno-filiales el artículo 158 ordena que “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 6.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses”.

Considero que sin lugar a dudas en caso de que se encuentre en riesgo la integridad del niño, el Juez puede ordenar la medida de allanamiento para recuperar al menor e integrarlo en el sistema de protección, sea a través del acogimiento familiar o residencial. En consideración que conforme el artículo 12 de la Ley 26/2015 de 28 de julio, en las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas.

En Ecuador el allanamiento se encuentra regulado en el numeral 1 del artículo 79 del CONA⁷⁵⁸, no establece formalidad alguna, solo reconoce la inmediata ejecución de las medidas por la autoridad competente, cuando exista un peligro real o estado de vulnerabilidad al niño en determinado seno familiar. Se menciona que el allanamiento del sitio donde se: “(...) encuentre el niño, niña o adolescente, víctima de la práctica ilícita, para su inmediata recuperación. Esta medida sólo podrá ser decretada por el Juez de la Niñez y Adolescencia, quien la dispondrá de inmediato y sin formalidad alguna”.

También el artículo 118 y siguientes del CONA instaura la figura de la tenencia, señalando que el Juez le otorgará a uno de los progenitores la crianza de sus hijos cuando sea necesaria para su desarrollo integral. El juzgador podrá modificar la decisión sobre la tenencia tomando en cuenta el interés del niño⁷⁵⁹ en todo caso, la ejecución de

⁷⁵⁷ Ley 1098/2006 de 8 de noviembre.

⁷⁵⁸ Artículo 79 del CONA.

⁷⁵⁹ Artículo 119.CONA.

las resoluciones se realizará de forma inmediata, a tales efecto se realizará el apremio personal y el allanamiento, si fuese necesario, del domicilio en la que se suponga que se encuentre el niño.

Lo anterior es ratificado por la Jurisprudencia del Ecuador en dos Resoluciones de la Corte Nacional de Justicia de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia No. 33-2009 de 17 de febrero de 2009 y la No. 123-2009, juicio No. 145-2009, de 14 de abril de 2009⁷⁶⁰, que dispone obligatoriamente Las resoluciones dictadas en los juicios de tenencia no causan ejecutoria; así lo dispone el Art. 119, inciso primero, del CONA que establece: “Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos de hijo o hija de familia”.

Finalmente el artículo 121 CONA indica que si un niño, niña o adolescente con medidas sobre el ejercicio de la tenencia y patria potestad, fuese llevado a un país extranjero con infracción a las normativas jurídicas al respecto y decisiones judiciales, los órganos del Estado tomarán todas las medidas necesarias para que sea devuelto a Ecuador, exhortando a los jueces especiales en materia de niñez del lugar donde éste se encuentre.

La Resolución No. 043-2014, en el juicio No. 158-2013 de 28 de febrero de 2014 de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores⁷⁶¹ de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en un proceso de restitución internacional, ratifica lo expresado al sentenciar que “El Derecho de custodia, se identifica plenamente, con el concepto de cuidado, porque su ejercicio comprende las decisiones de las madres y los padres en torno a la formación integral de los y las hijas. La Convención precisa el significado de custodia en el artículo 3: “Para los efectos de esta Convención: a. El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia...” y enfatiza que en el Ecuador “existe prohibición expresa, de limitar o privar la patria potestad por causa de la *“migración motivada* necesidades económicas, el padre, la madre o ambos deban dejar temporalmente al hijo o hija bajo el cuidado de un pariente consanguíneo en toda la línea recta o hasta el cuarto grado de la línea colateral. En este caso sólo podrá suspenderse la patria potestad para efectos de confiar la tutela al pariente que recibió el encargo”.

El artículo 125 del CONA señala que la persona que retenga indebidamente al hijo de la cual la patria potestad, tenencia o tutela le corresponda a otro o dificulte el régimen de visita, podrá ser obligada para que lo entregue de forma inmediata a quien le corresponda su cuidado. En todo caso si no cumple con la decisión, en su contra se dictará el apremio personal y el allanamiento si es necesario del lugar en donde se presume que se encuentra el hijo para recuperarlo. Además deberá indemnizar por todos los daños y perjuicios ocasionados durante el procedimiento de recuperación.

⁷⁶⁰ Resoluciones que surgen en mérito de plantearse recurso de casación contra las decisiones de los Jueces de instancia y de la Corte Provincial, en los incidentes de tenencia de NNA en el Ecuador. La denominación de las Salas que conocían asuntos de familia, eran denominadas de esa manera en el año 2009, que posteriormente cambia por la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.

⁷⁶¹ En este proceso la Sala determina que la retención de la niña, no constituye sustracción ilícita ya que la niña, nunca adquirió su residencia habitual en Alemania.

También es fundamental referirnos a la Ley de Violencia a la Mujer y a la Familia⁷⁶² del Ecuador, que tiene por esencia proteger la integridad física, psíquica y libertad sexual de la mujer y los miembros de su familia, mediante la prevención y sanción de la violencia intrafamiliar y los demás atentados contra sus derechos y los de su familia, entre los cuales sin lugar a dudas están inmersos los NNA.

En el capítulo II de la Ley sobre las medidas de amparo para precautelar los derechos de la mujer y su familia se establece la facultad del Juez de Violencia contra la Mujer y la Familia, de ordenar el Allanamiento de oficio⁷⁶³ cuando deba recuperarse a la agredida o a familiares, y el agresor los mantenga intimidados o para sacar al agresor de la vivienda, cuando se encuentre armando o bajo los efectos del alcohol, o sustancias estupefacientes o drogas psicotrópicas, cuando esté agrediendo a la mujer o poniendo en riesgo la integridad física, psicológica o sexual de la familia de la víctima⁷⁶⁴.

En conclusión, el eje transversal de la adopción de la medida judicial de Allanamiento cuando exista un peligro real o estado de vulnerabilidad al NNA en su entorno familiar o ante terceras personas, únicamente lo toma un Juez para precautelar su integridad. Paso a justificar si esta orden judicial, en la realidad social, es efectiva y se hace uso de ella por parte de las autoridades jurisdiccionales en el Ecuador en materia de niñez, con las correspondientes estadísticas que se ha indagado.

En el Ecuador las operaciones de allanamientos son ejecutadas por la Policía Nacional específicamente por la DINAPEN⁷⁶⁵, este tipo de operativos han sido encaminados a la recuperación de los niños y niñas en estado de riesgo, y reinsertarlos directamente en sus familias en caso de poseer la información de la misma, y si no es posible trasladarlos a las hogares de acogida, para que cumplan el procedimiento legal para su reinserción o adopción.

Tablas 34. Allanamientos.

Años	Allanamientos
2013	2586
2014	1265
2015	600
2016	826
2017	797

Fuente: Estadísticas Policía Nacional DINAPEN. Elaboración del autor.

⁷⁶² Ley publicada en el Registro Oficial N° 839 de 11 de diciembre de 1995, que se encuentra vigente actualmente a excepción del Título I que trata sobre Competencia y Jurisdicción, que fue derogado por la disposición derogatoria vigésima tercera del COIP. Sin embargo en agosto del 2017, el Presidente de la República Lenin Moreno, presentó un proyecto de Ley Orgánica para la Prevención y Erradicación de Violencia de Género contra las Mujeres, ante la Asamblea Nacional, que se encuentra en estudio y de cuyo contenido observamos, que en la disposición derogatoria primera se aspira la derogatoria total de esta ley, pero sin embargo al cierre de esta investigación se encuentra vigente por tanto cabe su análisis.

⁷⁶³ Artículo 14 de la Ley de Violencia a la Mujer y a la Familia.

⁷⁶⁴ En el capítulo V de la Ley contra la violencia de género contra las mujeres y su entorno familiar, si bien no establece la figura del allanamiento, se precisa un eje de protección y se dispone que las medidas de protección que tome la autoridad competente son de aplicación inmediata para salvaguardar la integridad física, psicológica y sexual de la mujer y su familia.

⁷⁶⁵ Dirección interna de la Policía creada mediante Decreto Ejecutivo 908, emitido por Dr. Fabián Alarcón Rivera, Presidente de la República el 3 de diciembre de 1997

Se observa que en el 2013 se presenta la mayor cantidad de allanamientos realizados por la DINAPEN, y posteriormente un decrecimiento a partir del año 2014, ello tiene una justificación y se da en la medida que entra en vigencia el COIP a partir del julio del 2014, donde se establece procesalmente los actos urgentes para este tipo de diligencias.

6.3.2. Acogimiento Familiar

6.3.2.1. Orígenes

En relación con su surgimiento en el ámbito normativo, tenemos que en España se implanta en forma inicial⁷⁶⁶ en la legislación civil en la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, al efecto el artículo 173.1 dice “El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien le recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral”.

En España el acogimiento familiar en mérito de la modificación legal reviste importancia por la “administrativización del acogimiento familiar, dado el mayor protagonismo adquirido por la Entidad Pública en su constitución desarrollo y seguimiento⁷⁶⁷”.

En Ecuador la medida de protección del acogimiento familiar tiene su antecedente normativo en el primer Código de Menores de 1938 en el artículo 7, conocido como colocación familiar, que forma parte como establecimiento de menores y que en su organización “tendrá las características del hogar”. En el Código de Menores de 1944 se ratifica la permanencia de institución con el mismo nombre de colocación familiar, reiterándose en el artículo 9 que “En todos los establecimiento de menores se procurará no desvirtuar las características de hogar familiar”.

Posteriormente en el tercer Código de Menores de 1969 en el artículo 124 se conceptúa a la colocación familiar en “la entrega de un menor a un hogar ajeno, con la obligación de alimentarlo y educarlo como si fuera un miembro más de él...”, y se determina tres clases de colocación familiar: “en custodia, en servicio y remunerada⁷⁶⁸”.

El Código de Menores de 1976 considera a la colocación familiar como una institución de protección de menores, por la cual “un hogar admite un menor con la

⁷⁶⁶ El acogimiento familiar en España una evaluación de resultados. Ministerio de Educación Política Social y Deporte- Observatorio Infancia n°. 6. (2008:21).”No obstante, el uso del acogimiento familiar no comienza con esta disposición legal sino que puede ser rastreado hasta varios siglos antes, con distintas disposiciones legales que permiten e incluso alientan que los niños en instituciones sean acogidos por familias para su cuidado, estableciendo figuras como el prohijamiento (Amorós y Palacios, 2004). Aunque el decreto de 1948 que regula la facultad protectora de los Tribunales Tutelares de Menores establece también que los menores protegidos puedan ser colocados en familias, lo cierto es que esta alternativa fue muy poco impulsada. Cabe hacer la honrosa excepción de la labor de iniciativa privada del Movimiento de Atención a Cierta Infancia (MACI), fundado por Luis Sanz en Barcelona en 1975, que utilizando la figura de “guarda y custodia” y previo acuerdo con el Tribunal Tutelar de Menores de cada provincia, llegó a realizar numerosos acogimientos de niños y niñas en varias provincias españolas, en una época donde la institucionalización seguía siendo la respuesta casi exclusiva. Puede decirse que el inmediato antecedente de la figura de acogimiento familiar es la “colocación familiar” que la normativa del Tribunal Tutelar de Menores, en su función protectora, había establecido.

⁷⁶⁷ MARTINEZ GARCIA, C. (2016:411).

⁷⁶⁸ Del artículo 126 a 131 del Código de Menores de 1969, se desarrolla en que consiste cada una de ellas y como se regulan.

obligación de alimentarle, educarle y asistirle como si fuera su propio hijo” y según el artículo 73 será preferida a la colocación en instituciones de tipo cerrado o internados⁷⁶⁹.

En el Código de Menores de 1992 la colocación familiar se le da el carácter de transitorio, y conforme el artículo 91 se ejecuta mediante una resolución judicial a una familia, que ejerce sobre él las funciones de tutela y tenencia, y siempre que los “menores” han sido declarados en estado de abandono provisional o definitivo. Se ratifica su preferencia por la de una institución de protección o rehabilitación. Recientemente con el CONA surge la denominación actual de acogimiento familiar, institución de protección que se encuentra reglada desde el artículo 220 al 231.

6.3.2.2. Conceptualización

En cuanto a su conceptualización, Caparrós, N.; Jiménez, I., (2001) plantean una definición amplia de acogimiento familiar “es un instrumento legal de protección del menor desamparado o –en general- de aquél cuyos padres no pueden dispensarle los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo como persona, mediante el cual es insertado plenamente de forma transitoria, permanente, o con vistas a una posible adopción dentro de un ambiente familiar sustitutivo o complementario del propio, que le asegure la asistencia moral y material adecuada a sus necesidades, teniendo presente en todo momento que siempre que sea posible y así lo aconseje el interés superior del menor deberá orientarse toda actuación a la reinserción dentro de la propia familia”.

En esta línea Martínez García (2016) precisa que es “una medida de protección para el ejercicio de la guarda de menores por parte de una Entidad Pública que consiste en la integración del menor en una familia distinta de la suya de origen, bien sea familia extensa de éste o familia ajena o distinta de la de origen”. Díez García (2004) rotula que el acogimiento familiar no es sino una forma por medio de la cual el correspondiente ente público ejerce la guarda de un menor de la que es titular como consecuencia de haber asumido su tutela o no⁷⁷⁰.

En Ecuador se precisa en el artículo 220 del CONA, que el acogimiento familiar es una medida temporal de protección dispuesta por la autoridad judicial que tiene como finalidad brindar a un niño, niña, o adolescente privado de su medio familiar, una familia idónea y adecuada a sus necesidades, características y condiciones.

A pesar de su reconocimiento en la disposición jurídica, su materialización en la práctica está dotada de visibles equivocaciones al ser priorizado el acogimiento institucional⁷⁷¹. Según investigaciones ejecutadas en el campo de la psicología y sociología, un ejemplo de ello es el estudio realizado en Rumania en el año 2000, denominado “Proyecto de Intervención Temprana de Bucarest⁷⁷²”, el cual se basó en los efectos de la institucionalización en el desarrollo psicológico y emocional de los menores de edad, su impacto del acogimiento familiar sobre el menor, que previamente es institucionalizado.

Los investigadores de la Universidad de Tulane, la Universidad de Maryland y el Hospital de Niños de Boston, iniciaron el Proyecto de Intervención Temprana de

⁷⁶⁹ Es necesario referir que en cuerpo normativo, surge la incipiente custodia institucional o residencial.

⁷⁷⁰ DIEZ GARCIA, H. (2004:460).

⁷⁷¹ FUNDACION DANIELLE CHILDREN FOUND. (2014:11).

⁷⁷² Mejorando Vidas. En línea: <https://blogs.iadb.org/desarrollo-infantil/2013/05/20/oliver-twist-hoy-en-dia>. Fecha de consulta: 15 de abril de 2018.

Bucarest (BEIP, por sus siglas en inglés). El objetivo principal del BEIP es entender cómo afecta la atención institucional tanto al desarrollo cerebral como al desarrollo del comportamiento infantil, y determinar si sacar a los niños abandonados de las instituciones y colocarlos en familias ayuda a revertir los efectos negativos de los orfanatos en el desarrollo del niño.

Para el estudio seleccionaron a 136 niños de seis instituciones en la ciudad de Bucarest, Rumania. Estos niños fueron abandonados en las instituciones durante las primeras semanas o meses de vida. La mitad de los niños fueron aleatoriamente destinados a formar parte de un hogar familiar de acogida con una intervención desarrollada, mantenida y financiada por el proyecto investigativo. La otra mitad permaneció en la institución. Un tercer grupo de niños fue incluido en el estudio. Estos niños han vivido siempre con su familia y nunca han estado en instituciones.

Los tres grupos fueron estudiados por más de una década, las conclusiones sobre el efecto de la crianza de los niños en las instituciones son notables, y a la vez preocupantes. En primer lugar se encontró que el desarrollo de los niños en instituciones se encuentra muy por detrás de los niños que nunca han estado en una. En segundo lugar, los niños en instituciones muestran una dramática reducción en su coeficiente intelectual, su rendimiento en lenguaje y en la actividad eléctrica del cerebro (EEG). También muestran una alta prevalencia de problemas de apego y de salud mental. En cuanto a la intervención se observó de forma consistente que los niños previamente institucionalizados que fueron colocados en hogares familiares de acogida o adopción muestran un aumento en su coeficiente intelectual, lenguaje y apego, particularmente en los casos en que fueron acogidos antes de los dos años de edad.

El estudio también revela que existen ámbitos en los que los niños no se benefician de la intervención de hogares de acogida. Por ejemplo, la prevalencia del trastorno de hiperactividad con déficit de atención es muy alta (aproximadamente del 20%) tanto entre los niños en instituciones, como en los niños ya en los hogares de acogida. Del mismo modo ambos grupos muestran alteraciones a nivel de sus funciones ejecutivas (denominadas funciones cognitivas superiores, como es la capacidad de planificación). El BEIP proporciona evidencia científica sólida en favor de la crianza de niños en el seno de familias y contra la crianza de niños en instituciones.

En conclusión se pueden destacar algunos resultados del mencionado proyecto, que refleja que los niños institucionalizados enfrentan más problemas en su desarrollo. Ejemplo “el retraso en el crecimiento, problemas de salud física y mental, problemas cognitivos, afectaciones en el desarrollo del lenguaje, en lo social y en lo emocional (...) por la ausencia de una figura significativa de apego”. Por otro lado, el acogimiento familiar demostró un impacto positivo en el desarrollo del menor de edad, ya que influye en el grado de su recuperación. Esta medida lo que busca es la desinstitucionalización de los NNA con acogimiento institucional, con la finalidad que el acogimiento familiar sea la regla, y el institucional la excepción.

Es necesario destacar algunos de los principales objetivos que se han establecido desde el acogimiento familiar y son: disminuir el tiempo de institucionalización del menor de edad; proporcionar un entorno seguro y emocional que le permita satisfacer sus necesidades, mientras que la familia biológica intenta desarrollar y mejorar su estilo de vida; la reinserción en su familia biológica; y finalmente defiende la expansión de la red de apoyo para la familia biológica de los niños, niñas y adolescentes. Por lo tanto,

este estudio permite establecer que sobre un acogimiento institucional se debe priorizar el acogimiento familiar.

6.3.2.3. Modalidades de acogimiento familiar

En España se da prioridad al acogimiento familiar sobre el residencial, sin requerir la intervención judicial. El acogimiento familiar puede ser de cuatro maneras: El acogimiento en familia ajena que podrá ser especializado o profesional, de urgencia, temporal, y permanente⁷⁷³.

La primera se constituye cuando unos de sus miembros tienen una capacitación para atender las necesidades básicas especiales del menor sin que exista ninguna relación laboral (profesional), o especializado cuando se cuente con la misma experiencia, pero en este caso si exista una relación laboral entre el “acogedor o los acogedores con la Entidad Pública⁷⁷⁴”.

La de urgencia, ocurre para los menores de seis años y no durará más de seis meses, la temporal (antes denominada simple)⁷⁷⁵ con un tiempo máximo de dos años, en la cual se decidirá si volverá con sus padres o si será candidato para la adopción, y la permanente ocurre luego de los dos años del acogimiento temporal y solo se aplicará cuando no se pueda lograr la reintegración familiar o que tengan necesidades especiales⁷⁷⁶. En los tres acogimientos referidos la Entidad Pública podrá solicitar al Juez para que se atribuya el acogimiento precautelando siempre el interés superior del menor.

Para que proceda esta medida en España, se debe hacer una valoración de la familia acogedora⁷⁷⁷ y dicha decisión adoptará la forma de un acto administrativo dictado por la Entidad Pública que tenga la guarda o tutela, y tanto la resolución como los recaudos se enviarán al Ministerio Fiscal (como forma de control) sin que exista la necesidad del consentimiento del progenitor o del tutor del acogimiento familiar, según el artículo 20⁷⁷⁸.

Se instituye el derecho que tienen los NNA a recibir toda la información sobre el acogimiento familiar y sobre el plan de protección integral, a ser parte del proceso de oposición a las medidas de protección, a recibir el apoyo necesario de la Entidad Pública, y que se respete el contacto con la familia biológica. En relación con esta institución, se debe mantener una relación con la familia biológica, participar en la vida familiar del acogedor y pedir información sobre el cese de dicha institución de protección.

Esta protección podrá terminarse por una decisión judicial, por el acto administrativo de Entidad Pública que así lo señale, por muerte del acogedor o por el cumplimiento de la mayoría de edad del acogido⁷⁷⁹.

⁷⁷³ Artículo 173 bis. Código Civil de España.

⁷⁷⁴ MORENO, J. (2015: 39).

⁷⁷⁵ Para un profundo estudio del acogimiento familiar simple se recomienda el texto de DIEZ, GARCIA H., (2004) El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores. Madrid: Rumagraf.

⁷⁷⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, C. (2016:397)

⁷⁷⁷ Según el artículo 20 numeral 2 de la L.O.1/1996, se estudiará a la familia, la posibilidad de atender las necesidades del niño, niña y adolescente, educación, su capacidad.

⁷⁷⁸ De la Ley Orgánica 1/1996.

⁷⁷⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, C (2016:398)

En Colombia en el ordenamiento de niñez no se contempla la institución del acogimiento familiar, sin embargo si bien no se la denomina de ésta manera, se visualiza la existencia de esta medida familiar y al efecto, el artículo 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia instauro como medida de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes la “3. Ubicación inmediata en medio familiar”; y el artículo 56 precisa la ubicación en familia de origen o familia extensa del niño, niña o adolescente con sus padres, o parientes de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 del Código Civil⁷⁸⁰, cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos.

Una consideración especial en este tipo de colocación inmediata en el medio familiar en Colombia, es que si se verifica que la familia carece de recursos económicos necesarios para garantizarle el nivel de vida adecuado, la autoridad competente informará a las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar⁷⁸¹ para que le brinden a la familia los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos.

El acogimiento familiar es considerado una de las medidas judiciales instituidas en la legislación ecuatoriana, con la finalidad de atender y hacer cumplir los derechos de los NNA. En el CONA está reconocido como medida temporal adoptada por la autoridad judicial competente, con el propósito de otorgarle al menor de edad que ha sido privado de su seno familiar, un ambiente idóneo y adecuado acorde a sus necesidades⁷⁸².

La norma establece la prevención del abandono del menor y su pronta inserción en su familia biológica, es decir, los parientes y progenitores del niño deberán estar involucrados en esta medida. Se contemplan limitaciones en el ejercicio de esta, tal es el caso de la pobreza como situación negativa presente en el seno familiar, lo cual no constituye una razón suficiente para llegar a resolver el acogimiento familiar.

Como parte de su ejecución son contempladas determinadas condiciones, a saber:

- Que se realice en un hogar que tenga las condiciones necesarias que brinde el cuidado y la protección, y para ello, debe estar previamente determinado.
- Que la vivienda esté ubicada en un lugar que se le permita participar en la comunidad con todos los servicios adecuados.

⁷⁸⁰ Este artículo fija el orden de prelación en los que se oiga a los parientes de una persona, en el orden que sigue: 1. Los descendientes legítimos. 2. Los ascendientes legítimos, a falta de descendientes legítimos. 3. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o éste a falta de descendientes o ascendientes legítimos. 4. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1o, 2o y 3o. 5. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1o, 2o, 3o y 4o. 6. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores. 7. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados. Si la persona fuere casada, se oirá también en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos.

⁷⁸¹ Una de las principales entidades que forma parte del Sistema Nacional de Bienestar Social es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como ente coordinador del sistema. También forman parte las autoridades competentes para el restablecimiento de los menores como son las Defensorías de Familia, Comisarias de Familia, la Policía de Infancia y Adolescencia. Como también las autoridades del sistema de responsabilidad de adolescentes previstos en el artículo 163.

⁷⁸² Artículo 220. CONA.

- Que se les asegure el acceso a una socialización adecuada que permita tener un equilibrio afectivo y emocional.
- Que se garantice al menor sujeto a la medida el pleno desarrollo de su personalidad y su identidad.

Se reconoce el derecho a una remuneración que posee el menor acogido por una tercera familia, pagada por la familia biológica del menor de edad, y en el caso de que estos se encuentren ausentes, el Estado y los gobiernos seccionales tendrán la responsabilidad de otorgar dicha remuneración o aporte económico mensual, que le permita cubrir “sus necesidades”. Los hogares o familias que pertenecen a los programas de acogimiento deben estar inscritos de forma previa en las entidades de atención que cuenten con la autorización requerida.

A lo expresado hay que agregar que la normativa recoge un orden de prelación para materializar el acogimiento familiar. Además, son establecidos los deberes y obligaciones que deberán asumir las personas o familias que pertenecen al sistema de acogimiento familiar⁷⁸³.

Esta medida de protección hacia los NNA no implica un desentendimiento total de la familia biológica hacia este menor, la norma legal fija deberes y derechos entorno a esta familia, estos son⁷⁸⁴: La cooperación con respecto a las decisiones que afecten al menor de edad que ha sido acogido; La participación directa en la determinación de aspectos que deben ser cambiados para mejorar las relaciones del menor de edad al interior de la familia; Tener una participación activa en todos los ámbitos en los que se desenvuelva el menor relacionados a su desarrollo y crecimiento integral, por ejemplo, en la educación; El deber de ayudar económicamente con la manutención del hijo; y mantener los vínculos con el menor de edad acogido, mediante una comunicación y visita constante.

El acogimiento familiar según el artículo 229 del CONA termina por la posibilidad de la reinserción familiar del menor de edad en su familia biológica, su adopción, o la emancipación legal⁷⁸⁵, y la resolución de la autoridad que dispuso la medida de acogimiento.

Se reitera que el acogimiento familiar se puede desarrollar bajo tres tipos de modalidades: 1) bajo convenio con los gobiernos autónomos descentralizados, las organizaciones religiosas, o las organizaciones de la sociedad civil, 2) bajo patrocinio de entidades públicas sin fondos del MIES, y 3) fondos privados⁷⁸⁶. La siguiente matriz presenta las unidades y usuarios del acogimiento familiar, a través de los diferentes tipos de modalidad:

⁷⁸³ FUNDACION DANIELLE CHILDREN FOUND. (2014: 22).

⁷⁸⁴ Artículo 227 del CONA.

⁷⁸⁵ Para los efectos de la terminación de la custodia familiar, esta emancipación legal se presenta por el matrimonio del hijo y por haber cumplido al edad de dieciocho años, conforme lo determina el artículo 310 numeral 2 y 4 del Código Civil

⁷⁸⁶ Ministerio de Inclusión Económica y Social, Categorización de la población de protección especial – acogimiento familiar (Usuarios y unidades de atención de los servicios que presta el MIES), 2018, p. 3.

Tabla 35. Acogimiento Familiar.

PARTE A	PARTE B	jul - dic 2016		ene - jun 2017		jul - dic 2017		ene - mar 2018	
		Unidades	Usuarios	Unidades	Usuarios	Unidades	Usuarios	Unidades	Usuarios
CONVENIO MIES	G.A.D.	1	43	2	67	3	81	3	60
	ORGANIZACIONES RELIGIOSAS	1	139	1	19	1	16	0	0
	ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL	13	1074	10	923	13	906	11	498
	OTROS	0	0	0	0	0	0	0	0
MIES		0	0	0	0	0	0	0	0
TOTAL		15	1256	13	1009	16	1003	14	558

Fuente: Reporte de acogimiento familiar 2016 – 2018 MIES. Elaboración del autor.

Esta matriz muestra que el MIES no realiza el seguimiento del acogimiento familiar de manera directa, como debería ser de acuerdo al rol de la institución, esta medida se realiza a través de convenios, a fin que el seguimiento del estado de los NNA beneficiarios de esta medida se realice a través de visitas domiciliarias y evaluaciones periódicas con personal de las instituciones externas.

Para el acogimiento familiar se consideran dos tipos de situaciones en las que se puede categorizar el caso de los NNA: 1) la familia ampliada, y 2) padres privados de libertad, modalidad de aplicación especial cuando los padres del niño se encuentren cumpliendo una medida privativa de libertad. De acuerdo a estos grupos se han realizado el cálculo de costos de este tipo de acogimiento, que en su totalidad se orientan al pago del personal que se encarga de realizar los seguimientos y las visitas domiciliarias.

Tabla 36. Costos mensuales por usuario en acogimiento familiar en dólares.

Años	2015	2016	2017	2018
Familia Ampliada	195.33	202.16	204.45	204.04
Padres Privados de Libertad	143.00	148.00	149.68	149.38

Fuente: Reporte de acogimiento familiar 2016 – 2018 MIES. Elaboración del autor

Estos costos se encuentran calculados en base de la asignación presupuestaria que realiza el MIES a través de los convenios, tomando en cuenta el número de usuarios reportados por las entidades externas de manera mensual.

Estos dos programas de protección especial han tenido una asignación presupuestaria creciente en los últimos años.

6.3.3. Acogimiento Institucional

6.3.3.1. Concepto

En Ecuador la primigenia referencia sobre el acogimiento institucional se encuentra en el artículo 73 del Código de Menores de 1976, al mencionar que siempre se preferirá la colocación familiar antes que instituciones de tipo cerrado o internados. Si bien no surge como institución jurídica específica, se desarrolla así en el Código de Menores de 1992 en el artículo 140, cuando existe la declaratoria de abandono se ordena el internamiento del menor en una institución de protección⁷⁸⁷.

La presencia de la institución de protección se genera a partir de la vigencia del CONA 2003, que el artículo 232 lo conceptúa como una medida transitoria de protección dispuesta por autoridad judicial, lo fundamental es que se presenta cuando no sea posible el acogimiento familiar para los NNA que se encuentren privados de su medio familiar. Se la considera como medida de último recurso y se la cumple únicamente en las entidades de atención autorizada. Por ello, incluso las normas del acogimiento familiar son aplicables al acogimiento institucional especialmente las referentes a la limitación del acogimiento por pobreza, la contribución económica, los deberes y obligaciones del acogiente y los deberes y derechos de los niños, y la finalidad de lucro.

En España al acogimiento institucional se le denomina residencial y Martínez García (2016: 422) lo conceptúa como “el alojamiento del menor en un centro, residencia o institución pública para recibir, educación, y formación adecuadas”.

En Colombia, el artículo 57 del Código de la Infancia y Adolescencia precisa la existencia en el ámbito de la protección institucional o acogimiento, de los hogares de paso, y la ubicación en ellos como medida de restablecimiento de derechos es “inmediata y provisional del niño, niña o adolescente con familias que forman parte de la red de hogares de paso”. Esta medida procede cuando no aparezcan los padres, parientes o las personas responsables de su cuidado y atención. La ubicación en Hogar de Paso es una medida transitoria y su duración no podrá exceder de ocho (8) días hábiles, término en el cual la autoridad competente debe decretar otra medida de protección.

De lo indagado en relación a su conceptualización, independientemente de su denominación como acogimiento institucional, acogimiento residencial, y hogar de paso, lo que se impone de la medida es su carácter de temporal o transitorio, en la medida que la tendencia normativa es buscar la presencia del acogimiento familiar por sobre el institucional.

6.3.3.2. Tipología

Esta medida de carácter judicial y transitorio consiste en procurar que prevalezca el interés superior del niño, por medio de la implementación de un cuidado responsable y el bienestar del niño, que ha sido víctima de maltrato sin la existencia de la posibilidad del acogimiento familiar. Para ello se establece un acogimiento de los NNA en las

⁷⁸⁷ Siempre y cuando no se haya podido entregar en primer lugar la tutela del menor a los familiares más cercanos que se encuentren en condiciones de ejercerla y segundo la colocación familiar.

entidades o instituciones destinadas a su cuidado y protección⁷⁸⁸.

Cuando se desarrollan altercados en una familia, donde se pone en riesgo la seguridad e integridad de algún niño, las autoridades competentes deben tomar las medidas de protección respectivas para frenar la omisión de los derechos fundamentales y constitucionales que amparan al niño. Para determinar el grado de violación, afectación o perjuicio ocasionado a los NNA, se llega a fijar un seguimiento judicial para así conocer y fijar la gravedad que se posee en cuanto a la integridad⁷⁸⁹.

Luego de la evaluación señalada es que se determinará la medida de protección que se deberá aplicar, como por ejemplo trasladarlo a un centro de acogimiento institucional. No obstante, uno de los principales problemas que se presentan en la materialización de esta medida, es en la demora de su implementación para la posterior reinscripción familiar del menor de edad, pudiéndole de esta manera causar un efecto negativo psicológico al niño⁷⁹⁰.

Al respecto se han pronunciado algunos organismos internacionales, tal es el caso de la CIDH, la cual ha reflejado en sus decisiones lo siguiente:

“El factor de la edad y el paso del tiempo son cruciales para el establecimiento de los lazos de afectividad, la creación de vínculos familiares, el desarrollo de la personalidad y la formación de la identidad del niño, en particular en edades tempranas, por consiguiente, existe un deber de diligencia excepcional dado que el factor tiempo puede causar daños irreparables al niño⁷⁹¹”.

Lo expresado por esta Corte puede ser enfocado en la intervención estatal para ejecutar el acogimiento institucional y su prolongación en el tiempo. Esto último contradice los principios en la aplicación de la medida de protección, ya que el acogimiento institucional y el grupo de atención prioritaria que se encuentra bajo el mismo, deberán ser sometidos en el menor tiempo posible, puesto que el niño se encuentra distante de su familia y progenitores.

En el país existe un equipo técnico encargado de trabajar en conjunto con las autoridades que laboran en las instituciones de acogimiento familiar, donde la labor a realizar debe adoptar las medidas necesarias para restablecer el daño causado a la integridad física del niño y adolescente. Para esto, la reintegración familiar y la disminución del tiempo de estadía del niño en la institución de acogimiento serán factores claves para superar las causas que motivaron la implementación de la atención institucional⁷⁹².

Como bien se ha expresado en los acápites anteriores, la adopción de este tipo de medidas de protección está impulsada por la presencia de maltrato en sus diversas manifestaciones tal como lo establece el CONA⁷⁹³. Cuando se llega a generar algún tipo

⁷⁸⁸ Artículo 232. CONA. Durante la ejecución de esta medida, la entidad responsable tiene la obligación de preservar, mejorar, fortalecer o restituir los vínculos familiares, prevenir el abandono, procurar la reinscripción del niño, niña o adolescente en su familia biológica o procurar su adopción.

⁷⁸⁹ FUNDACION DANIELLE CHILDREN FOUND. (2014: 47).

⁷⁹⁰ *Ibíd.* p.40

⁷⁹¹ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n°. 5 p. 136.

⁷⁹² FUNDACION DANIELLE CHILDREN FOUND. (2014: 48).

⁷⁹³ Artículo 67 CONA. Se entiende por maltrato toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar

de maltrato, no sólo en el medio familiar, genera la obligación de comunicar oportunamente a las autoridades pertinentes, y es que los niños son víctimas de un perjuicio o violación de sus derechos, hecho que los coloca en una situación susceptible.

El artículo 233 del CONA precisa que esta institución termina, cuando el niño, niña o adolescente es “reinsertado a su núcleo familiar biológico; adoptado, emancipado, insertado en el acogimiento familiar o cuando exista una resolución de la autoridad que lo dictó⁷⁹⁴”.

En este sentido, con respecto a esta medida de protección judicial se señala que: “Las investigaciones científicas demuestran la importancia de la desinstitucionalización. El acogimiento institucional no es una respuesta adecuada a las necesidades grandes de los niños, por el contrario, causa retrasos significativos en el desarrollo integral de éstos⁷⁹⁵”. La condición de víctima tiene una tendencia constante y frecuente, lo que causa un impacto negativo en la sociedad, ya que las regulaciones existentes no se respetan, y esto puede conducir a una tendencia a que ocurra el abuso, y lo que es peor aún transformarse en algo común hacia el niño.

Una vez que el niños se encuentre en estos refugios, sus padres y los propios niños deben insertarse en programas de ayuda para que puedan reconstruirse los lazos familiares quebrantados. De esta manera se promueve la mejora de la unión familiar y puede evitarse que en el futuro se desarrollen acciones de maltrato, ya sea físico, psicológico y sexual. La normativa nacional establece acciones semejantes al acogimiento institucional que son aplicadas al acogimiento familiar, tales como derechos y deberes⁷⁹⁶.

En España, el acogimiento institucional es conocido como el acogimiento residencial de carácter subsidiario al acogimiento familiar, es decir, si esta última no es realiza se inicia el procedimiento para el institucional⁷⁹⁷. El Centro tiene una serie de obligaciones con el menor, verbigracia, deberán garantizar al menor la educación respectiva, el tiempo de distracción y recreación, proporcionales el cuidado médico necesario y las medicinas bajo prescripción y seguimiento, promover la convivencia

daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus progenitores, otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado; cualesquiera sean el medio utilizado para el efecto, sus consecuencias y el tiempo necesario para la recuperación de la víctima. Se incluyen en esta calificación el trato negligente o descuido grave o reiterado en el cumplimiento de las obligaciones para con los niños, niñas y adolescentes, relativas a la prestación de alimentos, alimentación, atención médica, educación o cuidados diarios; y su utilización en la mendicidad.

Maltrato psicológico es el que ocasiona perturbación emocional, alteración psicológica o disminución de la autoestima en el niño, niña o adolescente agredido. Se incluyen en esta modalidad las amenazas de causar un daño en su persona o bienes o en los de sus progenitores, otros parientes o personas encargadas de su cuidado.

El maltrato es institucional cuando lo comete un servidor de una institución pública o privada, como resultado de la aplicación de reglamentos, prácticas administrativas o pedagógicas aceptadas expresa o tácitamente por la institución; y cuando sus autoridades lo han conocido y no han adoptado las medidas para prevenirlo, hacerlo cesar, remediarlo y sancionarlo de manera inmediata. La responsabilidad por maltrato institucional recae en el autor del maltrato y en el representante legal, autoridad o responsable de la institución o establecimiento al que pertenece. En el caso de los representantes legales, autoridades o responsables de la institución o establecimiento, la responsabilidad se hará efectiva de conformidad con las disposiciones previstas en la Constitución Política de la República, en el Código Civil y demás leyes aplicables.

⁷⁹⁴ Artículo 233 del CONA.

⁷⁹⁵ FUNDACION DANIELLE CHILDREN FOUND. (2014: 11).

⁷⁹⁶ Artículo 234 CONA. Normas aplicables al acogimiento institucional: Son aplicables al acogimiento institucional las disposiciones de acogimiento familiar pertinentes, especialmente las referidas a la limitación de acogimiento por pobreza, contribución económica, deberes y obligaciones del acogido deberes y derechos de los niños, niñas y adolescentes y su familia, así como la prohibición de lucro.

⁷⁹⁷ Artículo 21 de la Ley Orgánica 1/1996.

entre hermanos, en fin todo lo necesario que garantice el cuidado y desarrollo integral de los NNA. También el Ministerio Fiscal tendrá como función vigilar las decisiones que se adopten sobre el acogimiento residencial y a su vez la Entidad Pública inspeccionará y supervisará los centros respectivos.

Los derechos de los NNA en la institución son múltiples, de los cuales se mencionan los siguientes: a respetar su privacidad, sus pertenencias, a ser oído, a ser escuchadas sus opiniones y tomadas en cuenta, a dirigir quejas y peticiones y que se pronuncien al respecto, a participar en la elaboración de programas y a ser informados⁷⁹⁸.

Se ha realizado un análisis del acogimiento familiar e institucional que existe en España, Colombia y Ecuador, concluyendo en este apartado que las medidas administrativas y judiciales estudiadas responden a la concepción que se posee respecto a la protección integral de la ciudadanía. Por lo que gobernados y gobernantes deben participar en la formación y el control, y así llegar a surgir nuevas instituciones forjadas, para que el control y garantía de los derechos fundamentales sea permanente y su movilización responda directamente a mecanismos innovadores.

En el Ecuador, el acogimiento institucional y familiar se encuentran contemplados dentro de los servicios de protección especial, brindados a través de la Subsecretaría de Protección Especial del MIES.

El acogimiento institucional funciona a través de la prestación directa de la atención en los centros implementados por el MIES. o a través de convenios interinstitucionales, con los Gobiernos Autónomos Descentralizados que posean proyectos de atención social, las Organizaciones Religiosas reconocidas por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, y las Organizaciones de la Sociedad Civil que contribuyen al funcionamiento de los establecimientos con recursos propios sumados a la asignación presupuestaria realizada por el MIES para el funcionamiento de los mismos.

La siguiente matriz muestra la cobertura del servicio de acogimiento institucional en periodos semestrales, mostrando el número de unidades disponibles tanto en la modalidad directa y la de convenio, y promedio de usuarios atendidos por los centros.

⁷⁹⁸ Artículo 21 bis 3.

Tabla 37. Acogimiento Institucional.

PARTE A	PARTE B	jul - dic 2016		ene - jun 2017		jul - dic 2017		ene - mar 2018 ⁷⁹⁹	
		Unidades	Usuarios	Unidades	Usuarios	Unidades	Usuarios	Unidades	Usuarios
CONVENIO MIES	G.A.D.	5	85	5	75	5	78	5	101
	ORGANIZACIONES RELIGIOSAS	16	595	13	432	13	411	14	423
	ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL	33	1079	30	855	31	851	38	1014
	OTROS	0	0	1	6	1	9	1	9
MIES		12	336	13	365	13	359	11	367
TOTAL		66	2095	61	1733	62	1708	68	1913

Fuente: Reporte de acogimiento institucional 2016 – 2018 MIES. Elaboración del autor.

Estos resultados permiten interpretar que el sistema de acogimiento institucional a través de la modalidad de convenio con los actores anteriormente expuestos, tiene una mayor cobertura en presencia de establecimientos y alberga una mayor cantidad de usuarios, especialmente los hogares de acogimiento vinculados a las organizaciones religiosas, a una razón de tres a uno con los centros de acogimiento del MIES.

De acuerdo a los reportes que mantiene el MIES sobre la ejecución presupuestaria dentro de sus programas, se ha determinado los costos mensuales del otorgamiento de este servicio por usuario, atendido en las dos modalidades, como receptor directo y con los convenios interinstitucionales, demostrando que para el 2018 le representa al estado ecuatoriano 1065.29⁸⁰⁰ dólares si el usuario es trasladado a un centro de acogimiento institucional del MIES, y 705.58 dólares si el usuario es asignado a uno de los centros de convenio.

Tabla 38. Costos mensuales por usuario en acogimiento institucional en dólares.

Destino	2015		2016		2017		2018 ⁸⁰¹	
	Directo	Convenio	Directo	Convenio	Directo	Convenio	Directo	Convenio
Talento Humano	747.15	427.41	773.29	442.36	782.05	447.37	780.49	446.48
Nutrición	131.03	131.03	135.62	135.62	137.15	137.15	136.88	136.88
Gasto Administrativo	46.52	14.51	48.15	15.02	48.70	15.19	48.6	15.16
Equipamiento de área y educación	95.08	102.49	98.40	106.07	99.52	107.27	99.32	107.06
Costo Total	1019.79	675.44	1055.46	699.07	1067.42	706.99	1065.29	705.58

Fuente: Reporte de acogimiento institucional 2016 – 2018 MIES. Elaboración del autor.

Estos costos evidencian que la modalidad de convenio financia alrededor de un 35% de la asignación presupuestaria necesaria para la permanencia de un usuario en un centro de acogimiento institucional, y tomando en cuenta los resultados anteriores sobre

⁷⁹⁹ Estimación realizada a marzo de 2018.

⁸⁰⁰ Ministerio de Inclusión Económica y Social, Categorización de la población de protección especial – acogimiento institucional (Usuarios y unidades de atención de los servicios que presta el MIES), 2018, p. 11.

⁸⁰¹ Estimación realizada para el primer trimestre del año 2018.

el número de establecimientos entre directos y con convenios, se evidencia que el MIES depende de las organizaciones externas para mantener la oferta de este tipo de servicio.

Tabla 39. Asignación presupuestaria para los programas de acogimiento y participación, en el presupuesto del MIES en dólares.

Años	Acogimiento Institucional y familiar	Presupuesto total MIES	Asignación
2014	1033255,22	1052999229,76	0,10%
2015	1341294,57	1015290226,87	0,13%
2016	1718468,42	1010062753,99	0,17%
2017	1421699,56	1136678440,02	0,13%
2018	1463628,86	2265512821,21	0,06%

Fuente: Ministerio de Finanzas, Ministerio de Inclusión Económica y Social. Elaboración del autor.

El resultado de la matriz anterior evidencia que el presupuesto ejecutado para el acogimiento institucional y familiar, representa alrededor del 1% del presupuesto total asignado al MIES, demostrando que este tipo de servicios aún faltan por desarrollarse como política de Estado, ya que otros programas como por ejemplo el Bono de Desarrollo Humano⁸⁰², el cual tiene una cobertura nacional y es una política de Estado en el año 2017 tiene un presupuesto de 247'419.000⁸⁰³ dólares y representa el 13% de la ejecución del presupuesto de la institución para una atención a 412.365 usuarios.

6.3.4. Preparación para la vida independiente

En el ámbito de la preparación para quien ha cumplido los dieciocho años y conforme las disposiciones legales referidas anteriormente, termina su acogimiento familiar o institucional. No se vislumbra en el ámbito normativo ecuatoriano una referencia específica sobre esta particularidad, sin embargo de manera tangencial encontramos en el artículo 228.3 del CONA, como derecho de los NNA, el de participar en la ejecución del proyecto de vida que comprenda todas las áreas para su desarrollo integral.

En esa misma proyección, encontramos el artículo 57 del CONA que insta como obligación del Estado, en el ámbito del derecho la protección especial en casos de desastres y conflictos armados, el de garantizar el respeto irrestricto de las normas del derecho internacional humanitario en favor de los NNA y asegurará los recursos, medios y mecanismos para que se reintegren a la vida social con la plenitud de sus derechos y deberes.

⁸⁰² Es una asignación monetaria, dirigido a jefes o jefas de hogar que cumplen con la calificación establecida para extrema pobreza (24,08 puntos) según el Registro Social 2013.

⁸⁰³ Ministerio de Inclusión Económica y Social, Informe Rendón de Cuentas 2017, (2018), p. 10.

También en relación al derecho de los NNA con discapacidades o necesidades especiales, el Estado debe asegurar el ejercicio de sus derechos mediante su acceso efectivo a la educación y a la capacitación que requieran, y la prestación de servicios de estimulación temprana, rehabilitación, preparación para la actividad laboral, esparcimiento y otras necesarias.

En España el artículo 22 bis LOPJM incorpora por primera vez a nivel estatal la obligación de la Administración de preparar a los jóvenes ex tutelados para la vida independiente⁸⁰⁴, así ordena que “Las Entidades Públicas ofrecerán programas de preparación para la vida independiente dirigidos a jóvenes que estén bajo una medida de protección, particularmente en acogimiento residencial o en situación de especial vulnerabilidad, desde dos años antes de su mayoría de edad, una vez cumplida ésta, siempre que los necesiten, con el compromiso de participación activa y aprovechamiento por parte de los mismos. Los programas deberán propiciar seguimiento socio-educativo, alojamiento, inserción socio-laboral, apoyo psicológico y ayudas económicas”.

Además en España, el artículo 21.1 LOPLM, instituye las obligaciones primordiales de la Entidades Públicas y los centros de acogimiento residencial de “velar por la preparación de los menores para la vida independiente promoviendo la participación en las decisiones que le afecten, incluida la propia gestión del centro, la autonomía y la asunción progresiva de responsabilidades. Esto es especialmente importante en el caso de colectivos vulnerables, como los menores con discapacidad y los menores extranjeros no acompañados”. Concomitante con la norma legal referida, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 26/2015 puntualiza la protección a los NNA tutelados que han cumplido los dieciocho años, para fortalecer su autonomía personal y el desarrollo de habilidades y competencias que le permita desarrollarse e incorporarse a la sociedad y tener éxito.

Se concluye que la protección a las personas que son tuteladas a través de las diversas medidas de protección y que cumplen su mayoría de edad, no debe terminar con la salida de la institución sin la debida preparación para que pueda enfrentar con facilidad su incorporación a la sociedad en todos los ámbitos de su desarrollo. Considero que incluso no se necesita una norma específica para que esta cobertura se presente, basta el compromiso de quienes participan en los sistemas de protección e incluso los mismos NNA con su propia capacidad de desarrollo y proyección permanente en este mundo globalizado.

Pero además de lo anterior y conforme lo indagado y en respaldo de las estadísticas presentadas corresponde a las autoridades administrativas y judiciales, el fortalecer y potenciar en relación a las medidas de protección de los NNA en riesgo, principalmente el acogimiento familiar, con ello sin lugar a dudas el futuro de las generaciones se verá fortificado, ya que es en el ámbito familiar donde el desarrollo de la niñez se vislumbra como una estructura donde el Ecuador pueda desarrollarse ampliamente.

⁸⁰⁴ MARTINEZ GARCIA, C. (2016: 434).

6.3.5. Tutelas y Curadurías

En este apartado de la investigación es necesario referirse a la Tutelas y Curadurías desde el ámbito de la protección de los NNA, al efecto el Código Civil ecuatoriano en el artículo 367 precisa que las tutelas y curadurías son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos y que no se hallan bajo potestad de padre o madre que no puedan darles la protección debida. Precizando el artículo 370 que están sujetos a “tutela los menores”⁸⁰⁵ y a curaduría general los interdictos, por tanto corresponde analizar el ejercicio de la tutela en el ámbito de la protección.

El artículo 108.6 del Código Civil precisa la circunstancia en que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el Juez⁸⁰⁶ confiará ese cuidado a la persona a quien a falta de los padres correspondería la guarda en su orden, según las reglas del artículo 393, 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, los NNA 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 a la crianza y educación de los hijos, todo lo cual se resolverá a solicitud 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.

En concordancia con lo anterior, el artículo 393 del Código Civil prevé que a falta de los padres en tercer lugar correspondería el cuidado de los menores a “los demás descendientes; en cuarto lugar a los hermanos del pupilo y los hermanos de los ascendientes del pupilo”, pero de preferencia el Juez tiene que conceder dicho cuidado a la persona que le parece más apta y que mejores seguridades presentare.

La disposición referida tiene estrecha vinculación con el artículo 13 de la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia en las medidas de amparo, al disponer la protección para la persona agredida y “otorgar la custodia de la víctima menor de edad o incapaz, a persona idónea siguiendo lo dispuesto en el Artículo 107 reglas 6ª del Código Civil y las disposiciones del Código de Menores⁸⁰⁷”.

Aquí existe un error de identificación precisa de la norma civil, pues no existe en el Código Civil el artículo 107 y la regla 6ª, la disposición pertinente es el artículo 108

⁸⁰⁵ En el Código Civil del Ecuador la terminología que se utiliza para referirse a los niños, niñas y adolescentes, es la de menor.

⁸⁰⁶ En este caso la competencia para decidir los tiene el Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y no un Juez de lo Civil, por expresa disposición del artículo 234 del COFJ “Las juezas y jueces de la familia, mujer, niñez y adolescencia conocerán y resolverán, en primera instancia, las siguientes causas: Sobre las materias del Código Civil comprendidas desde el título del Matrimonio hasta la correspondiente a la Remoción de Tutores y Curadores, inclusive; así como las materias comprendidas en el libro tercero de dicho Código, sin perjuicio de las atribuciones que en estas materias posean también las notarías y notarios”.

⁸⁰⁷ Hay que puntualizar que esta Ley está vigente desde 1995, cuando en el ámbito de protección de menores estaba vigente el Código de Menores de 1992, que cambia su denominación a Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia a partir de su vigencia en el 2003.

regla 6ª.

Si bien esta norma referente a la Tutela, se encuentra establecida en el Código Civil, la sugerencia de la investigación refiere a que debe agruparse la tutela en el CONA, pues se trata de regular la situación de los NNA que se encuentran en abandono, y que estos pasen inmediatamente a colocación familiar por sobre el acogimiento institucional. Con ello se ratifica que si bien la norma prefiere en primer lugar el acogimiento familiar, hemos justificado con datos ciertos y actuales que predomina el acogimiento institucional por sobre el familiar, por más que existan normas dispersas en otros cuerpos normativos como el Código Civil.

En relación al resto de tutelas o curadurías como la testamentaria, dativa del disipador, del ebrio consuetudinario y del toxicómano, del demente, del sordomudo, de las curadurías de bienes, adjuntos y especiales, estas deben mantenerse en el Libro I de las personas, pues trata de asuntos preferentes relativos a la situación de personas adultas y no exclusivamente a los NNA, que permita sugerir su traslado normativo al CONA.

6.4. ALGUNAS PROPUESTAS DE LEGE FERENDA EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

6.4.1. La adopción nacional e internacional

La adopción llega a ser reconocida como una de las instituciones pertenecientes al Derecho de familia con mayor antigüedad, y cuyas bases u objetivos han sido modificados con el transcurso de los años. En la doctrina jurídica se han llegado a estipular determinadas etapas respecto a dicha figura. Tal es el caso de la antigua Roma, donde llegó a instaurarse la filiación adoptiva, con el propósito de cumplir un fin social que brinde la posibilidad de transmitir el patrimonio, por lo que su implementación adquirió una doble modalidad: la *adoptio* relacionada con la incorporación del adoptado a la condición de hijo legítimo, y la *adrogatio* que se refería a la adopción de un determinado grupo familiar, para así transmitirles un status social de una mayor jerarquía⁸⁰⁸. En la edad media y la modernidad, la adopción se caracterizó por la pérdida de vigencia, bajo la prevalencia de concepciones como la perpetuidad del linaje y la falta de valor que poseía la niñez.

Posteriormente esta figura jurídica fue retomada a raíz de la Revolución Francesa, donde en la época napoleónica se impulsó la adopción, a partir del reconocimiento de su capacidad para otorgar garantías en la sucesión de bienes patrimoniales. No obstante, el primer antecedente sólido respecto a la adopción se desarrolló en los Estados Unidos de Norteamérica, justo con la finalización de la Primera Guerra Mundial.

Tras este conflicto bélico cobró auge la necesidad de contar con una normativa legal que posibilitara una protección real hacia los niños huérfanos. Luego de transcurrida la Segunda Guerra Mundial la adopción alcanzó su consolidación bajo los fundamentos del bienestar del menor, donde su promoción fue paulatina y alcanzó a los niños abandonados⁸⁰⁹. De esta forma la adopción se contempla como una institución jurídica que persigue brindar una adecuada protección a los menores de edad que poseen una situación de desamparo. Desde el marco de una definición la adopción ha sido catalogada como:

“Un proceso legal mediante el cual una persona recibe a otra en su familia y le confiere privilegios y ventajas familiares. El adoptante asume responsabilidades de padre hacia el adoptado, en consecuencia, se considera un verdadero hijo, y se convierte en beneficiario de todos los derechos, los privilegios y las responsabilidades correspondientes a los hijos de la familia⁸¹⁰”.

Desde la perspectiva brindada por Palacios, J, se puede interpretar a la adopción como una de las instituciones legítimas que tienen mayor relevancia en materia de protección de los NNA. Si se contempla desde la perspectiva legal, esta constituye una institución jurídica que promueve la formación de un vínculo filiatorio, en aquellos “menores de edad” donde este no se encuentra presente. Si se analiza la perspectiva ética de la institución, resulta ser una solución viable para la problemática existente en los NNA, que por razones diversas no tienen la posibilidad de permanecer con su

⁸⁰⁸ SOLÉ ALAMARJA, E. (2002: 72).

⁸⁰⁹ DEL BURGO, M. (2000: 82).

⁸¹⁰ PALACIOS, J. (2009: 55).

familia biológica. Desde el marco que abarca el estudio social, la adopción tiene como objetivo principal la protección del niño, por medio de su integración en un nuevo seno familiar, bajo la condición de hijo o hija⁸¹¹.

La adopción a partir de las diferentes concepciones mencionadas, es considerada como una institución jurídica de carácter solemne y de orden público, mediante la cual se llega a establecer una relación de parentesco entre dos personas que de manera natural no poseen, de tal manera que el adoptante y el menor adoptado llegan a adquirir iguales derechos que como padre e hijo biológico. Constituye además la adopción una medida de protección judicial que alcanza a brindar protección a todos los sujetos implicados, es decir, el menor de edad, los padres adoptantes y los padres de origen.

Dentro de la adopción y su proceso correspondiente se destacan tres elementos fundamentales como: la familia de origen, el adoptado y los adoptantes. En lo que se relaciona con la familia de origen se puede señalar que llega a erigirse como el principal grupo de apoyo que otorga afecto y protección a los NNA que se encuentra en pleno desarrollo. No obstante, la permanencia del menor de edad en su familia biológica no siempre está sujeta a un acto de abandono, sino que también debe ser determinada la presencia de algún tipo de maltrato o situación, que conlleve a la reubicación del niño en otra familia.

El adoptado en este proceso puede estar inmerso en una posición que conlleva a una encrucijada ya que por un lado está presente la renuncia o abandono del menor respecto a sus progenitores, y por otra parte se da la aceptación por parte del adoptado de sus nuevos padres adoptantes. Debe señalarse además que cuando el menor de edad posee condiciones adecuadas para ser adoptado, deberá ser desarrollada una labor encaminada a efectivizar los procedimientos acorde a las necesidades que requiere cada menor. Cuando el menor de edad puede incorporarse a una nueva familia, surge la posibilidad real de que esté rodeado de personas que poseen deseos de tener hijos y por lo tanto existen los recursos afectivos y económicos para respaldar las atenciones que el menor de edad necesita.

Como tercer elemento fundamental en el proceso de adopción se destaca la figura de los adoptantes. Esta figura se refleja en la familia que ha optado por la alternativa de transformarse en padres por medio de la adopción. A modo general se destaca que estas parejas asumen al hijo adoptivo como si se tratara de un hijo propio, y para su materialización se requiere que previamente se ejecute un estudio respecto a las posibilidades y potencialidades de los futuros adoptantes.

La adopción como institución y medida de protección jurídica tiene diversos fines, dentro de los que se destaca “La adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados⁸¹²”.

A partir de lo establecido en esta norma se puede apreciar que el objetivo de la adopción recae en proporcionarle al niño un ambiente dotado de seguridad, que sea permanente y estable en determinado seno familiar, y además se les brinda la posibilidad a ciertas personas de ser padres. Es así, que la adopción puede ser

⁸¹¹ MORALES MORENO, A. (2001: 389 y 420).

⁸¹² Artículo. 151 del CONA.

considerada como una institución que forma parte del Derecho, que posee características propias y persigue la conformación de un vínculo o relación que no llega a basarse en una unión biológica.

La doctrina española conceptúa a la adopción como una ficción legal “por el cual se crea un vínculo jurídico paterno-filial entre el adoptante y el adoptado, constituyéndose entre ellos a partir de un acto solemne una relación igual a la que se da entre unos padres y su hijo biológico, con una misma fuerza y los mismos efectos legales, de forma que supone la integración en una familia de una persona que no tiene con ella vínculos de sangre⁸¹³”.

En consecuencia, el eje transversal que irradia la adopción es la existencia de orden judicial que surge en mérito de que los padres biológicos son privados de la patria potestad, o que como sucede en el Ecuador dada la situación económica reinante, asienten en el procedimiento de la adopción, o también surge en mérito de que existen niños abandonados por sus padres y que se encuentran bajo el marco de la institucionalidad de protección.

6.4.1.1. La adopción nacional e internacional en la República del Ecuador

Esta Institución jurídica tiene como objetivo proporcionarles a los NNA “una familia permanente que tenga una aptitud social y legal, que garantice su cuidado y protección integral”. En la República del Ecuador solo se admite la adopción plena⁸¹⁴, es decir, que las consecuencias jurídicas de la misma es que los adoptados tienen los mismos derechos que los hijos consanguíneos.

En cuanto a los tipos de adopción son reconocidos dos en la doctrina jurídica, la legislación ecuatoriana respalda ambos tipos en el CONA, estos son la adopción nacional y la internacional⁸¹⁵. La adopción nacional se identifica con aquel acto realizado en los límites territoriales del país, lo cual implica que aquellas familias que deseen adoptar a nivel nacional, tienen la posibilidad de acudir a las entidades competentes a cargo del MIES.

Para la adopción internacional y el trámite implícito en la misma, llega a trascender el ámbito jurídico del país, por lo que su ejecución está sujeta a otros Estados con los que Ecuador posee convenios respecto a esta materia, ejemplo de ello son naciones como Suecia, España, Bélgica y Estados Unidos de Norteamérica, por solo mencionar algunos. Resulta ser además una medida de protección dirigida a brindar hogar permanente a aquellos NNA que presentan una situación de abandono y no pueden ser adoptados por familias que forman parte de su entorno, en su territorio de origen.

⁸¹³ MARTINEZ GARCIA C. (2016: 435).

⁸¹⁴ Artículo 152 del CONA.

⁸¹⁵ El artículo 180 del CONA precisa el concepto de adopción: Se considera adopción internacional aquella en la que los candidatos a adoptantes, cualquiera sea su nacionalidad, tienen su domicilio habitual en otro Estado con el que el Ecuador haya suscrito un convenio de adopción; así como aquella en la que el o los candidatos a adoptantes son extranjeros, domiciliados en el Ecuador por un tiempo inferior a tres años. En caso de no estar domiciliado en su país de origen, el solicitante deberá acreditar una residencia mínima de tres años en otro país con el que el Ecuador haya suscrito un convenio de adopción.

El CONA respecto a la adopción llega a establecer ciertos principios⁸¹⁶ que rigen la institución tales como:

1. La adopción será materializada solo cuando se hayan agotado todas las posibilidades de reinsertar al menor en su familia biológica.
2. Llega a primar la adopción nacional sobre la internacional.
3. La adopción es priorizada sobre aquellas parejas heterosexuales que tienen una unión formal, reconocida legalmente.
4. Se le otorga prioridad en la adopción a miembros de la familia biológica del niño, hasta el cuarto grado de consanguinidad.
5. El niño deberá ser escuchado durante el periodo que dure el proceso de adopción, por lo que deberán ser instauradas aquellas condiciones que brinden la posibilidad de expresarse al niño, y para el caso del adolescente se reconoce el consentimiento del mismo, el cual resulta ser obligatorio.
6. Se reconoce el derecho que tiene la persona adoptada respecto a conocer su condición, y la excepción a esto es la presencia de una prohibición expresa.
7. Las personas que deseen adoptar deberán ser declaradas como idóneas.
8. Deberá desarrollarse una preparación previa al materializarse la adopción, tanto para los adoptantes como para el adoptado.
9. Llega a primar el derecho de los adoptantes pertenecientes a una cultura propia de los adoptados, y en el caso de las comunidades originarias del Ecuador y los afro-ecuatorianos este derecho prevalece.

La adopción nacional tiene prioridad sobre la internacional, aquella cuenta con dos fases, una administrativa y otra judicial. La primera fase la ejecuta las Unidades Técnicas de Adopciones del Ministerio de Inclusión Económica y Social y por los Comités de Asignación Familiar⁸¹⁷. Tiene por finalidad realizar un estudio sobre la condición física, psicológica, legal, familiar y social de quien va a adoptar⁸¹⁸, determinar si son idóneos o no los candidatos a adoptarse⁸¹⁹ y mediante el Comité de

⁸¹⁶ Artículo 153 del CONA.

⁸¹⁷ Artículo 167 del CONA.

⁸¹⁸ Los requisitos para la Adopción Nacional son los establecidos en el CONA, en el artículo 159: 1. Estar domiciliados en el Ecuador o en uno de los estados con los cuales el Ecuador haya suscrito convenios de adopción; 2. Ser legalmente capaces; 3. Estar en pleno ejercicio de los derechos políticos; 4. Ser mayores de veinticinco años; 5. Tener una diferencia de edad no menor de catorce ni mayor de cuarenta y cinco años con el adoptado. La diferencia mínima se reducirá a diez años cuando se trate de adoptar al hijo del cónyuge o conviviente, en los casos de unión de hecho que cumpla con los requisitos legales. Estas limitaciones de edad no se aplicarán a los casos de adopciones entre parientes. Tratándose de parejas, los límites de edad se aplicarán al cónyuge, o conviviente más joven; 6. En los casos de pareja de adoptantes, ésta debe ser heterosexual y estar unida por más de tres años, en matrimonio o unión de hecho que cumpla los requisitos legales; 7. Gozar de salud física y mental adecuada para cumplir con las responsabilidades parentales; 8. Disponer de recursos económicos indispensables para garantizar al adoptado la satisfacción de sus necesidades básicas; y, 9. No registrar antecedentes penales por delitos sancionados con penas de reclusión.

⁸¹⁹ El artículo 157 del CONA, precisa sobre la edad del adoptado y al efecto sólo pueden ser adoptadas personas menores de dieciocho años. Por excepción se admite la adopción de adultos en los siguientes casos: a) Cuando tienen con el candidato a adoptante una relación de parentesco dentro del quinto grado de consanguinidad; b) Cuando han

Asignación Familiar, asignar una familia a los NNA.

Dicha asignación, es un acto administrativo emanado del Comité de Asignación Familiar mediante Resolución, determinando la asignación de la familia al niño de conformidad a sus necesidades, condiciones y características. Se notifica de la misma a los candidatos a la adopción, a los adoptantes y a la Entidad de Atención si corresponde, la familia adoptante puede motivadamente indicar que su solicitud no corresponde a la asignación y si: “la no aceptación de la asignación se debe a motivos que el Comité considere discriminatorios, dispondrá que la Unidad Técnica de Adopciones elimine a la familia del registro de familias adoptantes”.

Para prescribir esa decisión debe tomarse en cuenta siempre la opinión de los adolescentes que debe respetarse, y si corresponde a los niños y niñas de acuerdo con su madurez⁸²⁰. La norma también dispone que antes del emparentamiento del niño candidato a la adopción, se deba realizar una declaratoria legal si es adoptable o no.

En efecto, el artículo 174 del CONA establece que luego de la asignación se realizará el emparentamiento, que consiste en la vinculación entre el candidato a la adopción y la familia adoptiva, a los fines de determinar si la misma es positiva o negativa, previamente a una preparación de las partes.

El MIES es el encargado de esta etapa administrativa mediante sus dependencias internas, en este sentido las personas que quieran adoptar a un niño, niña o adolescente deben dirigirse a la Unidad Técnica de Adopción Zonales, donde recibirán toda la información necesaria con una entrevista preliminar. Deberán participar en una formación, presentar la solicitud, realizándose un estudio psicosocial individual o en pareja, dependiendo del caso y otros requisitos establecidos en la Ley⁸²¹.

Posterior a la culminación del procedimiento administrativo se encuentra la fase judicial, donde se realiza el juicio de adopción que termina con una sentencia⁸²² que declarará la idoneidad de la hija o hijo y la calidad o no de los padres adoptivos, y si es positiva se ordena la inscripción en el Registro Civil.

estado integradas al hogar del candidato a adoptante en acogimiento familiar por un período no inferior a dos años; c) Cuando han estado integradas al hogar del candidato desde su niñez, o desde su adolescencia por un período no inferior a cuatro años; y, d) Cuando se trata de adoptar al hijo del cónyuge. En ningún caso se podrá adoptar a personas mayores de veintiún años.

⁸²⁰ En relación a la negativa de asignación, será el Comité de Asignación Familiar quien niegue la asignación en los siguientes casos: 1. Cuando los adolescentes no consientan en la asignación o los niños y niñas emitan opinión contraria a su adopción; y, 2. Cuando los candidatos a adoptantes desistan de adoptar al niño, niña o adolescente o no se pronuncien dentro del plazo establecido.

⁸²¹ El Ministerio de Inclusión Económica y Social. Adopciones. En línea: <http://www.inclusion.gob.ec/la-adopcion-es-vivir-la-experiencia-de-disfrutar-el-tener-un-hijao/>. Fecha de consulta: 16 de abril de 2018.

⁸²² El artículo 285 CONA, especifica el trámite, al efecto, realizado el reconocimiento de firma y rúbrica, el Juez de oficio convocará a los candidatos a adoptantes a una audiencia que se realizará dentro de los siguientes cinco días hábiles contados desde la notificación de la providencia que la convoca; a la audiencia deberán concurrir personalmente los candidatos a adoptantes, el niño o niña que esté en condiciones de expresar su opinión o el adolescente. La audiencia se iniciará con la manifestación de voluntad de los candidatos a adoptantes de adoptar. A continuación, el Juez los interrogará para verificar su conocimiento sobre las consecuencias jurídicas y sociales de la adopción. Luego de ello oír en privado al niño o niña a quien se pretende adoptar que esté en condiciones de edad y desarrollo para expresar su opinión. Si se trata de un adolescente, se requerirá su consentimiento, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 164 de este Código. Concluida la audiencia, pronunciará sentencia en la forma prescrita en el artículo 277 de este Código contra la cual procederá el recurso de apelación para ante la Corte Superior del distrito.

Solo podrá decretarse la adopción si se cumplen los requisitos tanto del adoptante como del adoptado que determine la aptitud legal correspondiente⁸²³. Siendo responsable las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia al respecto⁸²⁴. Así mismo la Unidad Técnica tiene la obligación de brindar asesorías y orientación a los NNA durante dos años luego de la adopción.

Como todo proceso, la adopción y su respectivo desarrollo posee una serie de requisitos⁸²⁵ enmarcados en la propia ley, el artículo 159 del CONA precisa los requerimientos para la adopción, los cuales tienen como objetivo principal el establecer un proceso que contenga las garantías necesarias para construir en torno al adoptado un estado de bienestar y protección. Como complemento a estos requisitos legales, existe en el país las labores desempeñadas por la entidad responsable de verificar las condiciones de los adoptantes, donde se destaca investigar las motivaciones que tienen aquellas familias o parejas que pretenden adoptar.

Para ello se persigue que dichas motivaciones estén basadas en pretensiones sanas, y los criterios deberán ser compartidos por ambos cónyuges. Todas las tareas que serán materializadas de manera previa a la adopción están contempladas en el CONA⁸²⁶. Hasta aquí son apreciables las principales características o elementos relacionados a esta

⁸²³ Artículo 158.- Aptitud legal del niño, niña o adolescente para ser adoptado.- El Juez sólo podrá declarar que un niño, niña o adolescente está en aptitud legal para ser adoptado, cuando de las investigaciones realizadas se establezca sin lugar a dudas que se encuentra en cualquiera de los siguientes casos: 1. Orfandad respecto de ambos progenitores; 2. Imposibilidad de determinar quiénes son sus progenitores o, en su caso, sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad; 3. Privación de la patria potestad a ambos progenitores; y, 4. Consentimiento del padre, la madre, o de ambos progenitores, según corresponda, que no hubieren sido privados de la patria potestad. En los casos de los numerales 1, 3 y 4 el Juez declarará la adoptabilidad siempre que, además de las circunstancias allí descritas, el niño, niña o adolescente carezca de otros parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, o éstos se encuentren imposibilitados para asumir de manera permanente y estable su cuidado y protección. El Juez que declare la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, deberá notificarlo a la Unidad Técnica de Adopciones de la respectiva jurisdicción, en el plazo máximo de diez días contados desde que la sentencia quedó ejecutoriada.

⁸²⁴ El Ministerio de Inclusión Económica y Social. Adopciones. En línea: <http://www.inclusion.gob.ec/la-adopcion-es-vivir-la-experiencia-de-disfrutar-el-tener-un-hijao/>. Fecha de consulta: 16 de abril de 2018.

⁸²⁵ Al efecto el artículo 159 del CONA, precisa los restantes requisitos para la adopción: Deberá constar el domicilio de los adoptantes en el territorio nacional, o en alguno de los países con los que Ecuador tiene suscrito algún convenio de adopción. Existirá una capacidad legal por parte de los adoptantes. Se deberá poseer el pleno ejercicio de los derechos políticos. La edad de los adoptantes deberá ser mayor a 25 años. La diferencia de edad entre el adoptado y sus adoptantes, no deberá ser menor a catorce años ni mayor de cuarenta y cinco años. En el caso de la diferencia mínima esta será reducida a diez años cuando se pretenda adoptar al hijo del cónyuge y conviviente, en los supuestos que la unión de hecho cumpla con los requisitos establecidos en la norma legal. Se tendrá una salud física y mental adecuada por parte de los adoptantes para cumplir con las responsabilidades parentales. Poseer recursos económicos fundamentales o básicos para que el adoptado tenga cubierta sus necesidades. No deben existir antecedentes penales relacionados a delitos donde la sanción penal haya conllevado a la privación de la libertad.

⁸²⁶ El artículo 168 del CONA, precisa las acciones que debe realizar las Unidades Técnicas de Adopciones. Corresponde a las Unidades Técnicas de Adopciones: 1. Elaborar o solicitar y aprobar, los informes médicos, psicológicos, legales, familiares y sociales, relativos a la persona que va a adoptarse; y requerir las ampliaciones o aclaraciones que sean necesarias; 2. Estudiar las solicitudes de adopción de los candidatos a adoptantes, evaluar los informes sobre la realización de los cursos de formación de padres adoptivos y declarar su idoneidad; 3. Llevar a cabo el proceso de emparentamiento dispuesto por los Comités de Asignación Familiar y presentar los informes respectivos; 4. Diseñar y ejecutar, directamente o a través de entidades autorizadas para el efecto, el proceso continuo de formación de padres adoptivos y servicios de apoyo después de la adopción; y, 5. Regular los procedimientos para garantizar que el niño, niña o adolescente sea adoptado por la persona o personas más adecuadas a sus necesidades, características y condiciones. Para este efecto, establecerá un sistema nacional integrado de información que cuente con un registro de los candidatos a adoptantes y un registro de los niños, niñas y adolescentes aptos para la adopción. Todo informe que se requiera en el proceso de adopción debe ser motivado y compromete la responsabilidad solidaria de la Unidad Técnica de Adopciones y de la entidad que lo elaboró. Estos informes y estudios son reservados y deberán archivarse y conservarse de manera que se asegure este carácter. Podrán acceder a ellos el adoptado que haya cumplido dieciocho años, sus padres adoptivos y las personas legitimadas para la acción de nulidad de la adopción.

figura legal que persigue la protección del niño, niña y adolescente.

Es necesario dejar puntualizado que en el Ecuador, conforme el artículo 152 del CONA existe únicamente la adopción plena, en virtud de la cual se establecen “entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento-filial. En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo”, al igual que en España que se caracteriza “por la ruptura total de los vínculos de parentesco con la familia biológica, la irrevocabilidad de la medida y la equiparación de los hijos adoptivos con los biológicos, de manera que pasan a ser iguales en todos los aspectos, tanto en lo relacionado con el parentesco como en el que tiene que ver con los derechos sucesorios⁸²⁷”.

El proceso de adopción en su fase administrativa y judicial, demanda de tiempo para el cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos por el CONA, las solicitudes de adopción presentadas en las Unidades Técnicas de Adopción del MIES se aproximan en un intervalo de 400 a 450⁸²⁸ por año, y terminan en idoneidad de 160 a 180, estos datos son referenciales al ser información reservada.

En la siguiente matriz se presentan las adopciones finalizadas a través de una sentencia ejecutoriada e inscritas en la Dirección Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

Tabla 40. Adopciones por regiones.

Año	Sierra	Costa	Amazonia	Total
2008	91	8	2	101
2009	81	16	7	104
2010	202	201	6	409
2011	143	860	19	1023
2012	138	19	4	167
2013	137	3	8	149
2014	113	25	6	144
2015	127	16	5	148
2016	102	10	8	136

Fuente: Anuario Matrimonios y Divorcios 2008 – 2016 Dirección Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación, Base de datos INEC. Elaboración del autor.

Los resultados consolidados muestran que en los años 2010 y 2011 se concretaron un mayor número de adopciones, debido a que el Consejo de la Judicatura en el año 2010 crea los jueces adjuntos temporales⁸²⁹ destinados a descongestionar la carga procesal represada, realizando procesos de depuración⁸³⁰ e inventario y en base de estos, realizar la asignación de causas a los nuevos jueces, con el criterio de causas pares al

⁸²⁷ MARTINEZ GARCIA, C. (2016: 440).

⁸²⁸ Dato referencial para el año 2016

⁸²⁹ Son los servidores públicos designados de conformidad al artículo. 171 del COFJ, para ser incorporados a las unidades judiciales ampliadas, con las mismas facultades jurisdiccionales del Juez titular.

⁸³⁰ Proceso de revisión de la causa para determinar su estado en trámite y resuelto, con validez procesal a través de la razón actuarial sentada por el secretario.

Juez titular y causas impares al Juez adjunto temporal⁸³¹, a fin de mejorar la tasa de resolución de causas, resultado evidenciado al tener un mayor número de adopciones con sentencia judicial ejecutoriada en esos años.

Posterior a este incremento en el número de adopciones en los años 2010 y 2011, las estadísticas muestran que se atienden un promedio de 149 adopciones anuales, y de acuerdo a la información presentada por el MIES, en relación a las adopciones internacionales se toma en cuenta que 2 de cada 10⁸³² adopciones en el Ecuador son realizadas por personas extranjeras residentes en el Ecuador o a través de las agencias intermediarias legalmente autorizadas en base del Convenio de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional, y la existencia de un convenio bilateral entre el Ecuador y el país de residencia de los solicitantes de adopción⁸³³.

En el siguiente cuadro se presentan las agencias internacionales autorizadas para la intermediación en los procesos de adopción en el Ecuador:

Tabla 41. Agencias Internacionales autorizadas⁸³⁴ para la gestión de adopción en el Ecuador.

Nº	Nombre	País
1	Asociación de Ayuda a la Infancia del Mundo	España
2	Conventino Onlus	Italia
3	Amici Trentini	Italia
4	Illien Adoptions International	Estados Unidos
5	Josua Tree Adoption	Estados Unidos
6	Amarna	Bélgica
7	Adoptions Centrum	Suecia

Fuente: Resolución Consejo Nacional Niñez y Adolescencia 2011⁸³⁵. Elaboración del autor

Sin embargo en relación al análisis que nos encontramos realizando, uno de los requisitos que determina el artículo 19.6 del CONA es el que: *“Los adoptantes serán una pareja heterosexual y deberá constar una unión con un periodo de duración mayor a tres años, en matrimonio o unión de hecho, que esté sujeta los requerimientos legales”*.

Norma que resulta discriminatoria y atenta contra la garantía establecida en el artículo 11 de la CRE y los Tratados y Convenios de Derechos Humanos y de los Derechos de los Niños de los cuales el Ecuador es suscriptor, y que será motivo de análisis.

⁸³¹ Consejo de la Judicatura, Resolución 053-2010 (Expedir las siguientes normas para el funcionamiento operativo y administrativo de jueces adjuntos temporales), (2010), artículo 3.

⁸³² Dato referencial 2018

⁸³³ Procuraduría General del Estado, Absolución de Consultas de Procuraduría General del Estado, parte 79, (2009). p. 1.

⁸³⁴ Al 2018, en el Ecuador únicamente se encuentran autorizadas 7 agencias internacionales. Las mencionadas son las más representativas tomando en cuenta que de cada 10 adopciones 2 son internacionales y esto desmotiva a la participación de estas instituciones

⁸³⁵ Consejo Nacional Niñez y Adolescencia, Resolución 007 CNNA 2011, artículo 2.

6.4.1.2. La adopción por parejas homosexuales en el derecho comparado

Lo tradicional en el ejercicio de la adopción, es la realizada por matrimonios que no pueden tener hijos de forma biológica, desde nuestra perspectiva la conformación de las familias ha trascendido vertiginosamente, surgiendo nuevas formas de estructuras familiares como: familias monoparentales; familias que tiene hijos biológicos, pero que quieren adoptar por distintos motivos; familias reconstituidas que desean tener hijos en común, pero que no pueden o no quieren intentarlos por la vía biológica; familias que adoptan motivadas por la solidaridad, con el deseo de abrir su hogar a un niño que lo pueda necesitar; y parejas homosexuales.

En este apartado profundizaremos la adopción de parejas homosexuales en el Ecuador, esperando que “la incompreensión hacia las nuevas realidades familiares y sus implicaciones con posicionamientos políticos tradicionalistas y conservadores que conceptualizan a las nuevas formas de familia (simultanea, monoparental, homosexual) como elementos que supuestamente afectarían de forma negativa al individuo y a la familia, así como acentuarían las dificultades en la convivencia familiar y social, el choque generacional, la agresividad del conflicto y la falta de identidad⁸³⁶”, no permita visualizar el derecho que les asiste a las parejas homosexuales.

En consideración que la familia no es una “invisible red tejida iure sanguinis, sino que es un medio educativo, que no existe más que a condición de ser cotidianamente vivido. De esta forma, aparece la familia adoptiva que tiene como cimientos el esfuerzo educativo, el afecto y la voluntad⁸³⁷”, estos principios también se encuentran fundados en las parejas homosexuales, a quienes les asistiría el derecho a adoptar.

Es necesario indagar sobre la existencia de la adopción de parejas homosexuales en otros países, para sustentar la propuesta desde el ámbito normativo.

En España, la adopción se establece en los artículos 175 a 180 del Código Civil, y la reforma por la Ley 21/1987 compatibilizó las normas de acceso a la adopción por parte de parejas heterosexuales, es decir, formada por un hombre y una mujer, no existe por tanto la adopción por parejas homosexuales. La edad para adoptar en España actualmente es de veinte y cinco años, la “redacción originaria del Código Civil requería cuarenta y cinco años cumplidos para adoptar (artículo 173); la reforma de la Ley de 24 de abril de 1958 la fijó en treinta y cinco años (artículo 173); la Ley 7/1970, de 4 de julio, en treinta años (artículo 172); y la más reciente reforma Ley 21/1987, de 11 de noviembre, dispuso los veinticinco años cumplidos, bastando que uno de los adoptantes, si adoptan ambos cónyuges o parejas de convivencia estable heterosexual, tenga dicha edad. Esta paulatina reducción de la edad mínima para adoptar se ha realizado por exigencias sociales y familiares más que por razones de estricto orden jurídico⁸³⁸”.

La disposición 175 del Código Civil⁸³⁹ establece reglas sobre la adopción, pero

⁸³⁶ REYES, H. (2002: 61).

⁸³⁷ JIMENEZ FRANCO, E. (2004: 182 y183).

⁸³⁸ *Ibid.* pp.183 y184.

⁸³⁹ Precisa que el adoptante debe ser mayor de 25 años y si son dos los adoptantes, bastará que uno de ello tenga dicha edad; Entre el adoptado y el adoptante deberá existir una edad diferencial entre 16 y 45 años y si son dos los adoptantes, bastará que uno de ellos la tenga; No se puede adoptar a un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad; ni un pupilo por su tutor, sin que haya sido debidamente aprobada su rendición de cuenta; Podrán adoptarse solo los menores no emancipados, con cierta excepción; Nadie podrá ser adoptado por más de una persona, a menos que lo hayan solicitado de forma conjunta, como ejemplo un matrimonio; Los que no pueden ser

la fundamental es que la persona sea declarada idónea⁸⁴⁰, y esta se hará mediante un estudio o valoración psicosocial que determinará la capacidad, aptitud y motivación del adoptante. Esa idoneidad será decretada por la Entidad Pública respectiva, la propondrá al Juez de forma breve y dentro de los tres meses (que podrá aplazarse hasta a un año si es beneficioso para el menor) luego de su decisión.

Dicha propuesta no es necesaria cuando en el adoptado concurren alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 176⁸⁴¹. La disposición del artículo 177 del Código Civil indica que el Juez deberá asentir a los candidatos a la adopción que tengan más de 12 años, a los progenitores que no estén privados de libertad ni de la patria potestad, y a los cónyuges o persona unida al adoptante. También deberá escuchar a los tutores, o la familia acogedora, y el guardador o guardadores, en su caso, el adoptando menor de 12 años si tuviese la madurez para ello, y a los progenitores que no estén privados de libertad⁸⁴².

Se admite la guarda con fines de adopción, y quienes “se ofrezcan para la adopción deberán asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad Pública o por Entidad colaboradora autorizada”. El artículo 180 del Código Civil establece que la adopción es irrevocable y que el adoptado aunque tenga derecho a conocer los datos de su familia de origen, los vínculos jurídicos entre ellos se rompen, constituyéndose de esta manera en una adopción plena. En el supuesto de que el Juez no considerase procedente esa adopción, la Entidad Pública deberá determinar la medida protectora más adecuada para el menor.

La Entidad Pública podrá encomendar la guarda de los NNA a quienes cumplan los requisitos para adoptar, hayan consentido en el mismo y fuesen declarados idóneos. Esta figura “se denomina indistintamente en la nueva legislación guarda con fines de adopción/guarda para la convivencia, preadoptiva, figura que viene a sustituir al acogimiento preadoptivo⁸⁴³”.

Los guardadores mencionados en el párrafo anterior tienen los mismos derechos y obligaciones que los familiares. La formalización se realizará con un acto administrativo bajo la figura de resolución, con la motivación debida, previamente a una audiencia respetando los derechos de expresión de los candidatos a la adopción, a los padres biológicos o tutores no privados de la patria potestad o tutela, respectivamente.

tutores no podrán ser adoptantes” y los que no pueden ser tutores según el artículo 243 y 244 del Código Civil de España son: Id., artículos 243 y 244: No pueden ser tutores: Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación, por resolución judicial; Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior. Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena; Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela; Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho; Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado; Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida. Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración; Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona.

⁸⁴⁰ El artículo 176 del Código Civil especifica que: (...) No podrán ser declarados idóneos para la adopción quienes se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, ni quienes tengan confiada la guarda de su hijo a la Entidad Pública (...).

⁸⁴¹ Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal; Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo; o Ser mayor de edad o menor emancipado.

⁸⁴² Artículo 177 del Código Civil de España.

⁸⁴³ MORENO, J. (2015: 48).

Es importante señalar algunos parámetros de la adopción en España: si el menor a adoptar fue declarado en situación de desamparo, no es necesario el asentimiento de sus progenitores si en 2 años no han pretendido revocar dicha situación; los padres que hayan devuelto a los adoptados no podrán solicitarlo de nuevo; existe la posibilidad de una convivencia entre la familia declarada idónea y el niño, niña o adolescente; el adoptado podrá tener un acercamiento con su familia biológica si el Juez así lo determina, con la consulta de la familia de origen, de la adoptiva y del adoptado.

En España, se permite el matrimonio de dos personas del mismo sexo desde el 2 de julio del 2005 con la modificación del Código Civil en el tema del matrimonio, al adicionar en su artículo 44 que: “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo⁸⁴⁴”, y en su disposición adicional primera señala que se aplicarán las normas relativas al matrimonio, “sin importar el sexo de sus integrantes y, por ende, el once de julio del mencionado año, en la localidad de Madrid de Tres Cantos, se celebró el primer matrimonio homosexual⁸⁴⁵”, que en este caso fue de hombres.

En España existe un reconocimiento jurídico para la familia homologada⁸⁴⁶, y dicha legislación ha aceptado “su integración a través de hijos concebidos en uniones heterosexuales anteriores, con técnicas de reproducción asistida, o por adopción o acogimiento⁸⁴⁷”, aun cuando la sociedad misma ha discriminado esa unión.

Con respecto a la adopción en parejas homosexuales, en el año 2006 se autorizó la primera pareja homoparental en Catalunya⁸⁴⁸; ya que el Código Civil al señalar que el matrimonio pueda celebrarse entre dos personas del mismo sexo, que tengan los mismos derechos sin importar su composición (homoparental o heteroparental), permite que puedan adoptarse conjuntamente, concibiéndose jurídicamente que el “cónyuge o de consorte será la de persona casada con otra, con independencia de que ambas sean del mismo o de distinto sexo según lo ha señalado la exposición de motivos de la reforma⁸⁴⁹”.

Dicha exposición indica que la convivencia de parejas es una forma que permite desarrollar la personalidad, en la cual se “prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho”, y en la realidad actual se observa que existen innumerables parejas (homosexuales o heterosexuales) que sin estar en una unión estable de hecho o en un matrimonio legalmente constituidos, comparten una vida en común con todos los derechos y obligaciones morales que ello implica.

⁸⁴⁴ Artículo 44 de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (España). Boletín Oficial del Estado, n.º. 157, de 2 de julio de 2005

⁸⁴⁵ Diario ABC España. Matrimonio homosexual: una batalla legal con 8 años de historia. En línea: <http://www.abc.es/20121106/espana/abci-cronologia-matrimonio-homosexual-espana-201211061112.html>. Fecha de consulta: 23 de abril de 2018.

⁸⁴⁶ FERNÁNDEZ, M. (2013): Nuevas realidades entorno a la familia: Familias homoparentales y la adopción. En línea: <https://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/actopan/n1/e1.html#nota18>. Fecha de consulta: 23 de abril de 2018.

⁸⁴⁷ GONZÁLEZ, N.; RODRÍGUEZ, S. (2011:65).

⁸⁴⁸ Una pareja de homosexuales consigue la primera adopción en Catalunya tras la reforma de la ley de familias. En línea: <https://www.20minutos.es/noticia/157681/0/adopcion/homosexuales/Catalunya/>. Fecha de consulta: 23 de abril de 2018.

⁸⁴⁹ En la exposición de motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Esta percepción está reflejada en la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, en la que se pide a la “Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el 26 de febrero de 2002, ha dictado una sentencia que “traba en cierta medida las aspiraciones de aquellos colectivos que reclaman el derecho de la persona de condición homosexual a adoptar un niño⁸⁵⁰”.

Esta claramente evidenciado, que el matrimonio homosexual y en extensión la adopción de familias homoparentales en España, están legalmente aceptados por considerar que si es negada dichas posibilidades, se estaría violando el derecho a desarrollar la personalidad, la no discriminación y el derecho al niño, niña y adolescente de tener una familia, independientemente de su composición.

En Holanda y Suecia ya se permite la adopción por homosexuales, no sólo a título individual sino por parejas⁸⁵¹ “Suecia se convirtió en el segundo país europeo, tras Holanda, en aprobar que las parejas gays o lesbianas, si están registradas, puedan adoptar niños⁸⁵²”. La ley incluye otra posibilidad la de la adopción por parte de un miembro de la pareja de los hijos que tenga el otro cónyuge. “Islandia, Dinamarca y Holanda y algunos Estados de EE UU ya aceptaban esta posibilidad”.

En efecto en Estados Unidos en 2015, la Corte Suprema legaliza el matrimonio del mismo sexo (homosexual) en todo EE.UU., bajo la Enmienda 14 de la Constitución, quitando toda potestad de los Estados de prohibir esas uniones para garantizar la no discriminación⁸⁵³, declarando que “todos los Estados tienen obligación de conceder licencias de matrimonio a parejas del mismo sexo bajo la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos⁸⁵⁴”, bajo la premisa de garantizar el derecho de igualdad.

En la misma se demandó a los “Estados de Kentucky, Michigan, Ohio y Tennessee por prohibir los matrimonios homosexuales, al entender que dicha prohibición⁸⁵⁵” atentaba contra la no discriminación. Centrándose la Corte al momento de decidir en la “autonomía individual, la trascendencia del vínculo entre dos personas, la protección de los niños y las familias y, por último, la naturaleza del matrimonio como pieza esencial del orden social”.

⁸⁵⁰ JIMENEZ FRANCO, E (2004: 180) en el texto Reflexiones sobre adopción y homosexualidad», en MARTINEZ GALLEGO, E. (Coord.), se refiere a la Sentencia Fretté contra Francia, “en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera) declara: a) Por cuatro votos contra tres, que no hubo violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8; b) Por unanimidad, que hubo violación del artículo 6 del Convenio; c) Por unanimidad, que el Estado demandado deberá abonar al demandante, dentro del plazo de tres meses a partir de que la sentencia sea definitiva, 3.500 (tres mil quinientos) euros en concepto de gastos y costas, más el IVA correspondiente; y que esta suma se verá incrementada por un interés simple anual del 4,26% a partir de la expiración del antedicho plazo y hasta el pago; d) Rechaza el resto de la solicitud de indemnización”.

⁸⁵¹ JIMENEZ FRANCO, E. (2004: 182).

⁸⁵² En línea: https://elpais.com/diario/2002/06/07/sociedad/1023400809_850215.html. Fecha de consulta: 23 de abril de 2018.

⁸⁵³ Telesur. Corte Suprema legaliza matrimonio homosexual en todo EE.UU. En línea: <https://www.telesurtv.net/news/Corte-Suprema-legaliza-matrimonio-homosexual-en-todo-EE.UU.-20150626-0035.html>. Fecha de consulta: 23 de abril de 2018.

⁸⁵⁴ DELGADO, D. (2017: 325 y 356).

⁸⁵⁵ *Ibid.* p. 345.

El matrimonio para la Corte ofrece “la esperanza de compañerismo y comprensión y seguridad de que mientras ambos vivan todavía habrá alguien para cuidar del otro”, y otorga varias protecciones que si es excluida dicha unión entre personas del mismo sexo “puede llegar a producir graves problemas en los niños, ya que, sin el reconocimiento, la estabilidad y previsibilidad que ofrece el matrimonio, sus hijos sufren el estigma de saber que sus familias son de alguna manera inferiores”.

Luego de dicha decisión las parejas homosexuales pueden adoptar hijos, caso contrario, violaría la cláusula constitucional que establece la igualdad de protección y que ningún Estado puede negarse a garantizar el libre ejercicio de los mismos derechos y obligaciones, y según el Censo de 2010 el “29% de las más de 3.000 parejas del mismo sexo en Mississippi están criando a niños menores de 18 años en sus hogares⁸⁵⁶”.

Se observa que en los Estados Unidos la aceptación de la adopción de familias homoparentales está basada en: La no discriminación; La autonomía que posee individualmente cada persona; La importancia del vínculo entre dos personas, y que tenga su reconocimiento legal; En la concepción del matrimonio como base fundamental en la sociedad; y la protección de las familias y de los menores de edad, como fundamento indeclinable.

México

El artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917 reformada el 24 de febrero de 2017 establece el principio de igualdad jurídica, en la cual prohíbe cualquier discriminación, señalando entre otras, las consideraciones por motivos de “preferencias sexuales⁸⁵⁷”. Dejando claro que todas las personas tienen los mismos derechos, constituyéndose en un principio imperativo para reconocer las mismas oportunidades y garantías, de la cual se incluiría las uniones de personas del mismo sexo.

A su vez, el artículo 4 de la Constitución establece que el hombre y la mujer tienen los mismos derechos y son iguales ante la ley. Al respecto dicha norma “no concibe la formación de la familia a través del matrimonio; por lo que éste no es un requisito para poder disfrutar de la protección del núcleo familiar⁸⁵⁸”.

Se hace referencia de esa manera la decisión del Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en el 2010 en la acción de inconstitucionalidad de los artículos 146 y 391 del Código Federal, en la cual establece: primero, que el matrimonio es entre un hombre y una mujer y entre personas del mismo sexo, y el segundo otorga la posibilidad que los matrimonios homosexuales puedan adoptar a niños, niñas y adolescentes⁸⁵⁹. En este contexto se amplía el matrimonio a las parejas homoparentales, y en efecto las mismas obligaciones y derechos de los

⁸⁵⁶ Toda la actualidad LGTBI en España. Las parejas del mismo sexo pueden adoptar legalmente en los 50 estados norteamericanos. En línea: <https://www.loottis.com/las-parejas-del-mismo-sexo-pueden-adoptar-legalmente-en-los-50-estados-norteamericanos/>. Fecha de consulta 23 de abril de 2018.

⁸⁵⁷ Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917 reformada en fecha 24 de febrero de 2017.

⁸⁵⁸ FERNÁNDEZ, M. (2013): Nuevas realidades entorno a la familia: Familias homoparentales y la adopción. En línea: <https://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/actopan/n1/e1.html#nota18>. Fecha de consulta: 23 de abril de 2018.

⁸⁵⁹ Corte de Justicia de la Nación de México, del 16 de agosto de 2010. Revisión de la constitucionalidad de los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal.

heteroparentales⁸⁶⁰.

La Asamblea Constituyente de México aprobó el 31 de enero de 2017, aprobó una nueva constitución que estará vigente a partir del 17 de septiembre de 2018, y el octavo del artículo transitorio estipula que: “Los derechos humanos reconocidos en la Ciudad de México antes de la entrada en vigor de esta Constitución mantendrán su vigencia y se aplicarán conforme al principio de progresividad en todo lo que no se oponga a la misma⁸⁶¹”.

El artículo 11 de la mencionada Constitución en su literal h numeral 2 del Título II dispone que “Se reconoce en igualdad de derechos a las familias formadas por parejas de personas LGBTTTI⁸⁶², con o sin hijas e hijos, que estén bajo la figura de matrimonio civil, concubinato o alguna otra unión civil”, al respecto el Jefe de Gobierno indicó que la “Constitución de la Ciudad de México ya contempla que las parejas del mismo sexo puedan adoptar⁸⁶³”.

De lo anterior se desprende que en México se ha hecho hincapié en diferentes principios y derechos al reconocer la adopción entre homosexuales, de los cuales se desprenden los siguientes elementos:

- El ordenamiento jurídico debe proteger la familia como un todo, sin importar como está conformado, sea esta homoparental o heteroparental.
- No es posible proteger a la familia y permitir el matrimonio homosexual, sin otorgarles garantías y reconocimientos de los derechos que son intrínsecos a dicha institución, como por ejemplo la adopción.
- Que existe el principio del interés superior del niño que se encuentra reconocido por la Constitución, que no se debe ignorar al momento de darle la posibilidad de tener una familia, al prohibir la adopción entre dos personas del mismo sexo, que también violenta el derecho de igualdad, y que lo más importante es garantizarle una vida mejor a los NNA, independientemente si los adoptantes son parejas heterosexuales, homosexuales, o solteros.
- Que la legislación tiene que adaptarse a las realidades sociales admitiendo de esta manera, reformas para que sean efectivas, al reconocer los cambios surgidos en la familia actual al estructurarse de diversas formas.
- La orientación sexual, es una manera de expresión de la naturaleza humana, pero que en ningún momento constituye un elemento para calificar la calidad humana de una persona, ni la calidad de los padres.

Colombia

⁸⁶⁰ FERNÁNDEZ, M. (2013): Nuevas realidades entorno a la familia: Familias homoparentales y la adopción. En línea: <https://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/actopan/n1/e1.html#nota18>. Fecha de consulta: 23 de abril de 2018.

⁸⁶¹ Constitución Política de la Ciudad de México. Residencia Oficial del Jefe de Gobierno de la Ciudad de México: 5 de febrero de 2017.

⁸⁶² Lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, travesti, transexuales e intersexuales.

⁸⁶³ SDP Noticias. Adopción homoparental es constitucional, “quizá alguien no está enterado”: Mancera. En línea: <https://www.sdpnoticias.com/local/ciudad-de-mexico/2018/02/12/adopcion-homoparental-es-constitucional-quiza-alguien-no-esta-enterado-mancera>. Fecha de consulta: 23 de abril de 2018.

En Colombia la Ley 1098 de 2006 de Ley de Infancia y Adolescencia refiere la adopción desde el artículo 61 a 78, articulado en el cual no se visualiza la posibilidad de que parejas homosexuales puedan adoptar, quienes si pueden hacerlos son los que hayan cumplido 25 años de edad ⁸⁶⁴, y “1. Las personas solteras. 2. Los cónyuges conjuntamente. 3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior. 4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración. 5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años”.

Sin embargo de esta disposición legal en un avance profundo de proteger los derechos de toda persona independientemente de su orientación sexual, el 28 de agosto de 2014 la Corte Constitucional de la República de Colombia en Sala Plena, en un acción de tutela contra la Defensoría Segunda de Familia de Rionegro, con ponencia del Magistrado Luis Guerrero, donde los solicitantes alegan que se vulneró los derechos de igualdad y del interés superior del niño al no concederle la adopción, sin hacer la debida valoración de la “idoneidad física, mental y moral de la adoptante, ni se determinó la capacidad de la madre de la menor para prestar el consentimiento en la constitución de la nueva relación paterno-filial⁸⁶⁵”, ordenó a la:

“Defensoría de Familia No. 2 de Rionegro que revoque la declaratoria de improcedencia de la solicitud de adopción con fundamento en que la solicitante y la adoptante son del mismo sexo, y que, en su lugar, se continúe con el trámite administrativo correspondiente, sin que tal consideración pueda ser invocada para excluir la adopción de Lakmé, y sin perjuicio de que las autoridades exijan el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales para la conformación del vínculo filial”.

La mencionada decisión ordena revocar la decisión administrativa que había resuelto negativamente la solicitud de adopción, alegando que la pareja solicitante es del mismo sexo, atentando contra el principio de igualdad, a la no discriminación, y lo más importante el derecho de una familia que tiene la niña, mediante la aplicación del principio del interés superior del niño.

En Colombia a partir del 2015, se admite la adopción de parejas homosexuales, a través de una sentencia de la: “Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia⁸⁶⁶”. Fundamentado por los escritos consignados por el Ministerio de Salud y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en la cual indicaban que no existía ninguna implicación negativa en la crianza de los NNA en las parejas homosexuales, haciendo

⁸⁶⁴ Artículo 68 Ley 1098 de 2006 de Ley de Infancia y Adolescencia “y tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente.”

⁸⁶⁵ Sala Plena de la Corte Constitucional. No puede haber un desconocimiento del interés superior del niño a tener una familia. Bogotá D. C., 28 de agosto de 2014. Referencia: expediente T-2597191.

⁸⁶⁶ Telesur. Conozca los países donde se permite la adopción igualitaria. En línea:

<https://www.telesurtv.net/news/Conozca-los-paises-donde-se-permite-la-adopcion-igualitaria-20151105-0048.html>.

Fecha de consulta: 25 de abril de 2018.

referencia a diversos estudios científicos al respecto⁸⁶⁷.

Otra fundamentación fue la opinión emitida por la Defensoría del Pueblo de Colombia a favor de este, al señalar la decisión, que se deben cumplir otras series de requisitos alejadas de la orientación sexual⁸⁶⁸ siendo lo importante, que los NNA tengan un hogar y una familia, prevaleciendo su derecho por sobre de otros. Además, tal prohibición, también violaría el principio de igualdad y se discriminaría a los adoptantes.

En términos generales, se indican algunos fundamentos por los cuales se tomó esa decisión, primero se resaltó que:

“según la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia internacional y la jurisprudencia de esta Corte, la orientación sexual de una persona, o su sexo, no son por sí mismos indicadores de falta de idoneidad moral, física o mental para adoptar; de modo que impedir que un niño tenga una familia, fundándose para ello únicamente en la orientación sexual o el sexo de una persona o de una pareja, representa una restricción inaceptable de los derechos del niño, y es entonces además contrario a su interés superior, protegido por la Constitución y los instrumentos que se integran a ella⁸⁶⁹”.

Segundo, desde el contexto del interés superior del niño, las condiciones de sus padres sobre su inclinación o preferencia sexual, deben ser interpretadas y aplicadas de forma neutral. Tercero, que excluir la población de parejas homosexuales de la posibilidad de adoptar, violaría el derecho fundamental de los NNA a tener una familia, sin razonamiento científico alguno, ya que estudios diversos han arrojado que crecer en esos hogares no afecta su desarrollo físico, intelectual, emocional ni en la orientación de los mismos. Por el contrario, afectaría su interés superior y además existe una diversidad de fundamentos encontrados en las legislaciones y jurisprudencia en los 19 países que está permitido la adopción por parte de parejas homosexuales. Finalmente señaló que las normas impugnadas: “en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia”.

En fecha 28 de abril de 2016, la Corte argumentó que el artículo 42 de la Constitución de Colombia señala de forma expresa que el matrimonio nace del “vínculo entre un hombre y una mujer⁸⁷⁰”, no quiere decir que prohíba el matrimonio entre parejas homosexuales, alegando que la misma no debe ser considerada aisladamente de los “principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad en materia de matrimonio por parejas del mismo sexo” y que en materia constitucional “la enunciación expresa de una categoría no excluye la existencia de otras”.

⁸⁶⁷ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia número: C-683/15, Expediente D-10371 de 4 de noviembre de 2015.

⁸⁶⁸ Telesur. Parejas del mismo sexo podrán adoptar en Colombia. En línea: <https://www.telesurtv.net/news/Parejas-del-mismo-sexo-podran-adoptar-en-Colombia-20151104-0075.html>. Fecha de consulta 25 de abril de 2018.

⁸⁶⁹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia numero: C-683/15, Expediente D-10371 de fecha 4 de noviembre de 2015.

⁸⁷⁰ Corte Constitucional de Colombia en Sala Plena, precisó “La Constitución Política no excluye la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo”. Sentencia SU214/16Expediente: T- 4.167.863 AC., de fecha 28 de abril de 2016.

De lo expuesto, se concluye que en Colombia la adopción de parejas homosexuales está fundamentada en lo siguiente:

- No puede haber un desconocimiento del interés superior del niño a tener una familia, por el hecho que los candidatos adoptantes sean del mismo sexo.
- Los estudios de especialistas han concluido que el crecimiento y la crianza de los niños, niñas y adolescentes en una familia homoparental no han arrojado indicios que se les perjudique.
- Si se niega la adopción de parejas homosexuales se le “priva al menor de la posibilidad de tener más de un proveedor y cuidador, y por esta vía desconoce su derecho a tener una familia y su derecho a la doble filiación”;
- No debe vulnerarse los derechos a las parejas homoparentales de tener una familia con autonomía de voluntad.
- No se debe olvidar que el principio del interés superior del niño está por encima de cómo está conformado, la familia (homosexuales o heterosexuales).
- La inclinación o preferencia sexual no fundamentan la idoneidad de las personas para adoptar.
- La prohibición de la adopción en parejas homosexuales violaría los derechos a la no discriminación, el derecho de formar una familia, la igualdad, la libertad individual y al principio del respeto a la dignidad humana.

6.4.1.3. Propuesta de implementación de la adopción en las nuevas estructuras familiares en la República del Ecuador

Se ha analizado las diversas normativas que permiten la adopción de NNA por parte de parejas homosexuales, como varias sentencias en los países analizados, es prudente también respaldarnos en lo expuesto por la CIDH en el 2012, al analizar que las autoridades chilenas tomaron en cuenta la orientación sexual y su identidad de género para revocar la custodia de unas hijas por cuanto su madre mantiene una relación con otra mujer, era incompatible con la Convención Americana de los Derechos Humanos, y determinó que las personas tienen el derecho a la vida privada, a la vida familiar, la opinión de los menores de edad y que los tribunales chilenos al momento de aplicar el principio del interés superior del niño, discriminaron a la madre⁸⁷¹; de esta manera se indicó que,

“Asimismo, la discriminación es ligada al derecho de igualdad (...) con especial énfasis en otros instrumentos internacionales que enuncian estándares sospechosos y definen discriminación o tratos discriminatorios (...). De este modo, la orientación sexual queda comprendida en el Art. 1.1 de la Convención

⁸⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. caso Atala Riffo y niñas vs Chile, Sentencia del 21 de noviembre de 2012, Serie C No. 239.

Americana de Derechos Humanos, que prohíbe discriminar por «cualquier otra condición social», para lo cual se busca con exceso por los sentenciadores el argumento de autoridad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos — TEDH— (cons. 83, 87) y del sistema de protección de la ONU (cons. 88, 89 y 90)”.

De lo anterior se desprende que:

- La orientación sexual y la identidad de género no son elementos que deben considerarse en materia de custodia, por violar el principio a la no discriminación.
- Que existe la protección del derecho a la igualdad en instrumentos internacionales como un derecho humano fundamental.
- Que los adoptantes tienen derechos que deben ser respetados por los ordenamientos jurídicos. Verbigracia, el derecho a la vida privada, a la vida familiar, y otros ya señalados.
- Que la opinión de los niños, niñas y adolescentes debe tomarse en cuenta en los procedimientos en los cuales estén involucrados.
- Que el principio superior del niño, debe aplicarse por sobre de otros.

El caso se constituye en fuente primordial del reconocimiento de las uniones afectivas de la población LGBTTTTI como familia, desmitificando la familia desde la óptica heterosexual, que considera al núcleo familiar únicamente entre un hombre y una mujer, como padres constituyen la forma ideal del desarrollo de un niño. Según lo establecido en el caso referido, el interés superior del niño no puede ser interpretado como una herramienta jurídica que constriña el crecimiento de un niño o niña en una familia heterosexual, en mérito de que la orientación sexual no puede ser considerada como excusa de alejamiento o fracturación de la familia.

Además, la CIDH en la Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, expresó que el concepto de familia “no se tiene que reducir, únicamente, al vínculo matrimonial ni a un concepto unívoco e inamovible de familia; cuestión similar a lo sostenido por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su Observación General N.º 19, que estableció que el concepto de familia no tiene un concepto único, que los Estados deben proteger las dinámicas sociales que constituyen familias con independencia de sus lazos jurídicos”.

La sentencia No. 184-18-SEP-CC, caso No. 1692-12- EP, de 29 de mayo de 2018 de la Corte Constitucional del Ecuador avala la posibilidad de que en el ordenamiento jurídico se incorpore la adopción de los NNA por parejas homosexuales, al efecto esta se constituye en un precedente jurídico de relevancia, por el análisis que se realiza en relación a la discriminación de parejas lesbianas.

El caso radica en la afectación del principio del interés superior del niño, y de la identidad de la niña Satya Amani Bicknell Rothon⁸⁷² al no poder obtener su

⁸⁷² Se menciona su nombre, en mérito de que en la sentencia analizada se la refiere, lo cual no significa romper el

nacionalidad como ecuatoriana⁸⁷³, y ser inscrita reconociendo su filiación como hija de Helen Louise Bicknell y de Nicola Susan Rotheron, sus madres, familia compuesta por el compromiso de dos mujeres en unión de hecho.

Se presenta la acción de protección por la vulneración de derechos, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, que en sentencia de 21 de mayo de 2012 la niega. En mérito de la apelación presentada, la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha en resolución de segunda instancia, el 09 de agosto de 2012 ratifica la sentencia de instancia. Se presenta acción extraordinaria de protección en contra de esta decisión por la Defensoría del Pueblo del Ecuador, ante la Corte Constitucional⁸⁷⁴. Los accionantes señalan que la negativa del funcionario del Registro Civil a la inscripción de la menor Satya Amani, atenta contra el interés superior de la niña, el cual se halla garantizado en el artículo 3 de la CDN.

En relación con el interés superior del niño, la Corte Constitucional señala que “en sentencia constitucional No. 064-15-SEP-CC, el interés superior constituye un principio cardinal en materia de niñez y adolescencia, mismo que debe fundamentar las decisiones, que en forma directa o indirecta afecten a niños y niñas. De igual forma, en sentencia No. 022-14-SEP-CC se consideró, que la Constitución de la República, al garantizar el interés superior del niño y determinar a la niñez y adolescencia como grupo de atención prioritaria, consolidó una protección constitucional reforzada fundamentada en la necesidad de otorgar un estatus garantista a las especiales condiciones que reviste la niñez”.

Por tal razón, el principio del interés superior ha de ser leído en forma conjunta con el principio de trato prioritario y prevalencia de satisfacción de sus necesidades, consideraciones que fueron retomadas en sentencia No. 012-17-SIN-CC en la que, *inter alia*, se expuso: “El principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes implica considerar de manera primordial su condición cuando se tomen decisiones que les puedan afectar”.

El criterio que se expresa es concordante con las sentencias que la Corte Constitucional expide, y que han sido analizadas anteriormente en el capítulo tercero de

derecho fundamental de precautar su imagen y buen nombre.

⁸⁷³ El Registro Civil, le otorgó una cédula de identidad a la niña Satya Amani inscribiéndola como sus apellidos Bicknell Rotheron, para lo cual, se hizo constar en lo referente a “APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE” a “BICKNELL HELEN LOUISE” y de la madre a “ROTHON NICOLA SUSAN, señalando su nacionalidad británica.

⁸⁷⁴ Comparecen al proceso, como terceros con interés en la causa los ciudadanos: Alfredo Barragán Medina, Esteban Carrera Durán, Amparo Medina, Santiago Jaramillo, Ricardo Quiñónez Montenegro y Jaime Flor Rubianes, quienes se oponen a la pretensión, al afirman que, si “la Constitución de la República prohíbe que una pareja homosexual adopte un niño, dispone que no exista familia homosexual”. La Fundación Ecuatoriana Equidad comparece como *amicus curiae*, apoyando la acción y expresando que el “Estado exigió a Satya cumplir con un requisito que no se encuentra contemplado en la Constitución, y que no se solicita a todos los niños nacidos en el territorio del país, tener padres heterosexuales para poder ser nacional”. También Alliance Defending Freedom, comparece como *amicus curiae*, y menciona que “el Estado ecuatoriano debe regular lo relacionado a la reproducción asistida, pues hay un mandato de adopción solo para parejas heterosexuales, pero a través de métodos de reproducción asistida, podría darse que una pareja del mismo sexo tenga un hijo y uno de ellos desee adoptarlo. La Asociación Civil con mirada de mujer, en su *amicus curiae* considera que “con sabiduría el legislador ecuatoriano reservó expresamente la adopción a personas de sexo distinto y, que en este caso, aquello no significaría condenar a Satya a la orfandad, pues la mujer que la concibió es su madre y es quien debe anotarla en los registros civiles pertinentes como su hija. La Procuraduría General del Estado, alega que “los jueces que emitieron la sentencia impugnada, aplicaron lo señalado en la normativa constitucional permitiendo el acceso a la justicia, por emitir una sentencia motivada sobre las pretensiones de los accionantes”.

la investigación, en el sentido de que en toda resolución administrativa o judicial se observará imperativamente el principio del interés superior del niño, cuando los derechos fundamentales de los NNA se encuentren vulnerados.

En el ámbito de la vulneración del derecho de identidad, la Corte Constitucional en la sentencia desarrolla el derecho a la identidad, desde la especial dimensión que adquiere la obtención de ciudadanía en los derechos de niños y niñas y su interés superior, y “es enfática en recordar que el objetivo fundamental que tiene el Estado en materia de niñez y adolescencia es garantizar sus derechos en observancia de sus obligaciones, lo cual se empieza por la tutela de su identidad, desarrollo integral e interés superior. Para tal cumplimiento, se debe desvirtuar toda clase de barreras que impidan materializar los derechos en condiciones de una adecuada infancia, así como toda etapa de desarrollo posterior. De manera que la entidad pública, frente a su deber de garantía del derecho constitucional de niños y niñas a tener identidad, nombre y ciudadanía, estuvo obligada a emplear en forma preferente el principio del interés superior del niño en armonía con el principio de trato prioritario a fin de sobreponer el efectivo goce de los derechos de Satya Amani por sobre cualquier otra consideración en atención a la satisfacción de sus necesidades primordiales”.

La Corte Constitucional declara la vulneración de los derechos constitucionales entre ellos el de la identidad personal, la igualdad y no discriminación, a la familia en sus diversos tipos y el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, y acepta la acción extraordinaria de protección planteada.

Como medidas de reparación integral se dispone:

- Como medida de restitución de los derechos vulnerados por las judicaturas, deja sin efecto la sentencia dictada en segunda instancia por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, y la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha.
- Como medida de investigación, determinación de responsabilidades y sanción, dispone al Consejo de la Judicatura, y a la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, la investigación y establecimiento de responsabilidades, según corresponda conforme a la ley, por las vulneraciones a los derechos a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, y al debido proceso en la garantía de la motivación, a los derechos a la identidad personal, a la nacionalidad, a la igualdad y no discriminación, a la protección de la familia en sus diversos tipos y al principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, respectivamente.
- Como medida de restitución de los derechos vulnerados por la autoridad administrativa, ordena que la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, a través de su representante legal, proceda de manera inmediata a la inscripción como ecuatoriana de la niña Satya Amani Bicknell Rotheron, manteniendo sus nombres, apellidos y reconociendo su filiación como hija de Helen Louise Bicknell y de Nicola Susan Rotheron, sus madres.

- Dictamina que la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, efectúe la publicación de la sentencia en su portal web, y ofrezca disculpas públicas a la víctima y su familia. Las disculpas públicas deberán ser publicadas por una ocasión en un diario de circulación nacional.
- Dispone que la Asamblea Nacional en el plazo no mayor al de un año contado desde la notificación de esta sentencia, adopte las disposiciones legales necesarias para regular los procedimientos médicos de reproducción asistida en forma armónica con los preceptos constitucionales, observando para aquello los criterios vertidos por esta Corte Constitucional en el análisis del derecho constitucional al reconocimiento de las familias en sus diversos tipos.
- En ejercicio de la competencia establecida en el artículo 436 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional emite la siguiente regla jurisprudencial: “Los servidores administrativos encargados del registro de nacimiento no podrán alegar falta de ley que reconozca expresamente la doble filiación paterna o materna, para desconocer los derechos a la identidad, la igualdad y no discriminación y al reconocimiento de los diversos tipos de familia, por medio de la negativa de inscripción”.⁸⁷⁵

En relación con la existencia de las nuevas estructuras familiares, es menester destacar que la Corte Constitucional decreta que “las disposiciones legales tanto del Código Civil como de la Ley de Registro Civil (vigente a la época) fundamentan su normativa en el principio de verdad biológica para determinar tanto la filiación como las reglas de registro civil de nacimiento. De allí que únicamente se prevé la filiación originada en uniones heterosexuales, sin considerar otras realidades familiares que nacen de núcleos, *verbigracia*, homoparentales en las cuales sus integrantes planifican su vida y futuro en base al uso de técnicas de reproducción asistida en las que no necesariamente se involucra la unión sexual para la procreación”.

Además, “evidencia la ausencia de normativa infraconstitucional que regule estas realidades familiares, sin que aquello justifique una falta de protección jurídica, pues como se indicó anteriormente, la carta constitucional garantiza iguales derechos a los vínculos de hecho como a los matrimoniales. En consecuencia, la aplicación e interpretación de la normativa infra constitucional debe ser armónica para con los preceptos constitucionales en virtud al derecho a la igualdad y no discriminación...En este sentido, la igualdad en cuanto norma imperativa del derecho, obliga una aplicación normativa en la que cada familia sea considerada como igual en las diversas y especiales condiciones de su constitución”.

En conclusión el principio de interés superior del niño debe ser aplicado para resguardar los derechos de los NNA, independientemente de la orientación sexual o identidad de género de sus padres y/o madre, lo cual permitirá fortalecer el desarrollo y cumplimiento de los derechos fundamentales de todas las personas sin ningún tipo de discriminación, por ende la sugerencia de *lege ferenda* es viable en el Ecuador.

⁸⁷⁵ Parte resolutive de la acción extraordinaria de protección, pp. 100-104.

Además diversos estudios realizados han demostrado que el desarrollo de los NNA criados por una familia homoparental no tiene una diferencia acentuada con los del matrimonio heterosexuales, más bien los hijos de parejas homosexuales son más sociables, pues sus padres son más flexibles y abiertos en cuando al tema de la sexualidad, resaltando que “Las familias homoparentales muestran una mayor igualdad a la hora de repartir las tareas domésticas (...) sus decisiones en el ámbito de la familia (...) se basan más en las circunstancias (...) que de los roles de género preconcebidos⁸⁷⁶”.

Los vínculos entre los integrantes de la familia, la comunicación, la enseñanza de valores, la demostración de un interés genuino por el bienestar de los hijos es más importante que “la estructura familiar”. En este contexto, los estudios de Charlotte J. Patterson, Perry Golombok y la Asociación Americana de Siquiatría señalan que no hay indicadores que “la orientación sexual de los padres tenga un impacto importante en el desarrollo del niño o del adolescente y que se ha encontrado que los hijos de parejas del mismo sexo se encuentran en buen estado mental⁸⁷⁷”.

En septiembre de 2003, el Parlamento Europeo aprobó un informe sobre la situación de los “derechos fundamentales con la propuesta de que todos los países de la Unión Europea, pongan fin a la discriminación que aún sufren los homosexuales, en particular, en el derecho a contraer matrimonio y a adoptar⁸⁷⁸”.

Observándose que los estudios científicos han demostrado que la crianza de los NNA por una familia homoparental, no tiene ninguna incidencia negativa en el pleno desarrollo de sus capacidades y que no influyen en la orientación o preferencia sexual.

Se desprende de todo lo analizado en este apartado, que la adopción de parejas homosexuales no afecta el libre desarrollo de la personalidad del adoptado, plenamente analizado en diversos estudios científicos, y que en el mismo están involucrados una cantidad considerable de derechos reconocidos por instrumentos jurídicos internacionales y legislaciones nacionales, que pueden diferenciarse en dos grupos que otorgan un fundamento sólido, que pueden ser aplicados en la República del Ecuador para permitirlo, así como en más de 23 países⁸⁷⁹ que actualmente lo han reconocido. Dejando claro que es posible mediante reformas en el ordenamiento jurídico interno.

El primero relacionado directamente con el niño, niña y adolescente como lo es el derecho de tener una familia, vida digna, salud, de ser criado en un núcleo familiar que permite desarrollar todo el potencial del ser humano y la aplicación del principio superior del niño por sobre otros derechos. El segundo hace referencia a los adoptantes, Verbigracia, el derecho a la igualdad y a la no discriminación⁸⁸⁰ por preferencia o

⁸⁷⁶ Andrea García. Hijos de familias homoparentales ¿Cómo son y cómo prevenimos la discriminación. En línea: <https://blog.cognifit.com/es/hijos-familias-homoparentales-como-son-prevenir-discriminacion/>. Fecha de consulta: 25 de abril de 2018.

⁸⁷⁷ NATALE LÓPEZ, J. (2010: 5).

⁸⁷⁸ FERNÁNDEZ, M. (2013): Nuevas realidades entorno a la familia: Familias homoparentales y la adopción. En línea: <https://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/actopan/n1/e1.html#nota18>. Fecha de consulta: 23 de abril de 2018.

⁸⁷⁹ Bélgica; Holanda; España; Canadá; Uruguay; México; Distrito Federal; Argentina; Brasil; Colombia; Holanda; Suecia; Inglaterra; Gales; Escocia; Irlanda del Norte; Alemania; Austria; Francia; Dinamarca; Noruega; y Finlandia, entre otros han admitido el adopción homosexual. No obstante, algunos países han colocado ciertas limitaciones o han sido implementada solo de forma parcial en algunas Repúblicas Federales, como por ejemplo, México.

⁸⁸⁰ El artículo 11. 2 de la CRE, en relación a la discriminación precisa que: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación

identidad sexual, el derecho a constituir una familia, a la intimidad, a la autonomía individual, entre otros.

6.4.2. Custodia Compartida: Propuesta de Implementación en la República del Ecuador

6.4.2.1. Consideraciones generales sobre la custodia compartida

En el transcurso de esta investigación se ha desarrollado un análisis de las principales instituciones que existen en materia de niñez y adolescencia, y la protección de sus derechos no sólo en el ámbito nacional, sino en otros países como España y Colombia y el estudio de instrumentos jurídicos internacionales. Sin embargo, cuando se menciona a la custodia compartida es una figura jurídica omisa en el ordenamiento jurídico nacional. Es por ello, que en este apartado serán analizadas las principales características que identifican a este tipo de custodia, así como el movimiento doctrinal pro-custodia compartida, mediante lo cual se reflejarán las cuestiones positivas que impulsan la necesidad de su reconocimiento en la legislación nacional.

En la sociedad se ha visto su avance significativo, dirigida a la incorporación activa y reconocimiento de la mujer en el mercado laboral, lo cual ha impulsado el reparto de roles entre el esposo y la esposa. Este tema ha sufrido modificaciones, ya que se ha manifestado la necesidad de compartir paritariamente las tareas domésticas, fundamentalmente aquellos matrimonios jóvenes, no obstante la legislación ecuatoriana no ha logrado asimilar esta nueva realidad social.

En este contexto en la custodia compartida existe el “cese de la convivencia entre los progenitores, en la que ambos se hacen cargo de la atención diaria del menor de edad, y asumen conjuntamente la responsabilidad parental y comparten las necesidades económicas del menor⁸⁸¹”, o dicho en los términos de Marín, M. (2015) es “la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia con los hijos⁸⁸²”.

Dicha institución se presenta cuando los progenitores están separados y ejercen la custodia legal del cuidado de sus hijos en igualdad de condiciones y de derechos. Según Saravia, A. (2007) constituye un asunto muy difícil y delicado de resolver en las separaciones entre los padres y los NNA. Para su determinación “bien sea mediante acuerdo de los progenitores, bien por decisión judicial, han de tomarse en cuenta factores y circunstancias diversas dirigidas a adoptar la resolución menos perjudicial para los hijos afectados⁸⁸³”.

La custodia compartida es el derecho de criar a sus hijos en igualdad de derechos, en la cual ambos padres tengan la misma responsabilidad, tomando en cuenta “el principio de neutralidad de género⁸⁸⁴”, y para ello debe ser convenida entre los

política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”.

⁸⁸¹ TRIA, E. (2012: 149).

⁸⁸² MARÍN, M. (2015: 113).

⁸⁸³ SARAVIA, A. (2007:56)

⁸⁸⁴ GOIRIENA, A (2005: 57).

progenitores. Castillejo, R. (2007) señala por su parte, que ésta institución busca que los hijos menores no se sientan afectados por la ruptura de sus padres, al compartir sus obligaciones de igual manera y señala que “la custodia compartida es la adecuada para que los hijos de padres separados no se afecten con la separación y sientan el amor de ambos padres con la misma intensidad sin necesidad de que existan conflictos entre sus padres⁸⁸⁵”.

Según la doctrina antes señalada la custodia compartida es la mejor opción para que los NNA con padres separados tengan el mismo tiempo de compartir con ambos, y no sentir de esta manera la ausencia de alguno de sus progenitores, respetando a su vez la igualdad de los derechos y obligaciones de los padres.

6.4.2.2. Principales doctrinas relacionadas con la atribución judicial de la guarda

Las principales doctrinas relacionadas con la atribución judicial de la guarda son: la doctrina de los años tiernos; la doctrina del interés superior del niño; la doctrina de la presunción del dador de cuidados básicos; y la doctrina de la custodia compartida.

6.4.2.2.1. Doctrina de los años tiernos

Esta doctrina hace referencia a que la madre por su propia naturaleza está en mayor capacidad de proporcionarle mejor cuidado y protección a los hijos que el padre, y con tal presunción, la legislación que la acoge siempre le otorgará la custodia de los NNA a su madre, a menos que por ejemplo sea declarada incapaz, como excepción a la regla. Dicha doctrina “asume implícitamente que el interés del niño es permanecer con su madre”.

6.4.2.2.2. Doctrina del Interés Superior del Niño

La mencionada doctrina no solo analiza las condiciones, circunstancias y necesidades del niño, niña o adolescente, sino también la posibilidad que tiene los progenitores de satisfacerlas, para determinar de esta manera a quién le corresponde ejercer la custodia del mismo. Para Goiriena, A. “En la legislación española en cambio, no se ofrece ningún criterio legal que especifique cuál es el interés del/la niño/a en la atribución judicial de la guarda, dejándose este extremo a la apreciación personal del Juez⁸⁸⁶”.

El criterio sostenido para este sector, es que el Estado para determinar la custodia debe analizar quien tiene la mayor posibilidad entre el padre y la madre en satisfacer las necesidades de sus hijos. A diferencia de la anterior, que la primera opción es la madre y en casos excepcionales el padre, en esta se hace un trato igualitario entre ambos al considerar las circunstancias específicas en cada caso, y siempre con miras a proteger y garantizar los derechos de los NNA.

El interés superior del niño es un principio general del derecho plasmado en el ordenamiento jurídico, que el Juez debe aplicar con la finalidad de determinar entre un conflicto de intereses, cual es la mejor alternativa posible para los NNA. Permite

⁸⁸⁵ CASTILLEJO, R. (2007: 25).

⁸⁸⁶ GOIRIENA, A. (2005: 52-53).

reinterpretar todo el derecho de familia, donde el eje central es el niño, en virtud el “principio se aplicará haciendo prevalecer el interés del menor sobre cualquier otro interés concurrente, por muy digno de protección que sea este último⁸⁸⁷”.

Este principio jurídico general permite “analizar los intereses existentes en las relaciones familiares y en general en todas las relaciones interpersonales en que participen los menores, afrontando los conflictos de intereses desde la óptica de la primacía del interés del menor⁸⁸⁸”, y es que el interés del niño y sus derechos fundamentales queda por encima del interés familiar, debido a su supremacía sancionada legalmente⁸⁸⁹.

El derecho interviene en todos los ámbitos de la vida del ser humano para regularla y equilibrarla, e inclusive en el familiar, estableciendo parámetros para sus miembros, otorgando especial protección a los NNA que son los más débiles del núcleo familiar. El interés superior, debe aplicarse analizando específicamente la situación determinada, ya que se trata de “garantizar en cada caso concreto el bienestar del niño con todo lo que ello comprende: su desarrollo personal, un entorno socio familiar adecuado, el respeto a sus derechos fundamentales”.

No obstante, Torres, J (2011) señala que no debe cometerse el error de interpretarse dicho principio como si toda la familia estuviese subordinada al niño, sino más bien de protegerlo y garantizarle una educación equilibrada, con valores y principios. Por ende en el derecho de familia, se deben “establecer pautas generales que recojan las circunstancias propicias para favorecer el bienestar del menor”, entre las cuales está “procurar que el menor tras la custodia pudiera seguir teniendo el máximo contacto con sus dos padres, desde esta perspectiva lo ideal sería partir de un sistema en el que la custodia compartida fuese la regla general y la custodia unilateral la excepción”, cuando el Juez al analizar ciertas circunstancias determine que no debe otorgar la custodia paritaria.

Es importante referirse a la sentencia española que destaca como relevante los efectos de la CDN sobre los Derechos del Niño de 1989, de fecha 28 de septiembre del 2009⁸⁹⁰, señalando que el interés superior de los NNA estará en supremacía de otro interés legítimo concurrente, que al tener características de orden público, debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación con los NNA, calificándolo como el “estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional”.

El interés del menor es el “criterio que debe presidir todas las decisiones⁸⁹¹”, incluyendo en el ámbito de la familia, y que depende de lo que se considere como está constituido el principio, ya que: “se elegirá un criterio u otro de atribución de la guarda y custodia”, dependiendo de la concepción que se tenga del mismo.

Goiriena. A., indica que ese principio busca que se satisfaga la necesidad que tiene el niño, niña y adolescente de mantener un contacto constante, regular y frecuente con ambos progenitores, y que “Si convenimos en que el interés superior del menor es

⁸⁸⁷ DE TORRES, J. (2011: 7).

⁸⁸⁸ GOIRIENA, A. (2005: 52).

⁸⁸⁹ DE TORRES, J. (2011: 8).

⁸⁹⁰ STS, RJ 2009/7257; MP: Encarnación Roca i Trias 10 núm. 15, haciendo referencia a la STC, 2ª, 29.5.2000 (RTC 2000/141; MP: Tomás Salvador Vives Antón).

⁸⁹¹ GOIRIENA, A. (2005: 52).

su bienestar emocional –más que el físico y material– habrá de determinarse si su derecho a ser cuidado por ambos progenitores es garantía de su bienestar emocional”.

Esta medida de protección tiene su reconocimiento en la normativa legal española, en la cual se establece como:

“(…) el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial⁸⁹²”.

Lo expuesto como definición pertenece a la Ley 5/2011 de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven (normativa valenciana) y la potestad que tiene este territorio de legislar con autonomía, acorde a su estatus de Comunidad Autónoma, lo que implica que esta ley solo es de aplicación en dicha comunidad y no en la totalidad del país.

Por un lado hay quienes consideran que una parte importante de las concepciones sobre la custodia compartida, se ha enfocado en las implicaciones de ambos cónyuges sobre el cuidado y educación de los hijos que deben ser contempladas⁸⁹³.

Esta percepción de la custodia compartida llega a defender su base en el sistema de coparentalidad responsable y no en los periodos repartidos. Para ello se hace alusión en la distinción o diferenciación entre los verbos compartir y repartir⁸⁹⁴. Esta posición cuenta con un respaldo mayoritario en la doctrina desarrollada en España, lo cual llega a abarcar tanto a la jurisprudencia como la doctrina, y su basamento radica en la interpretación literal del concepto.

También se toma como referencia el significado etimológico de la palabra “custodia” en la cual la Real Academia de la Lengua Española la define como “acción y efecto de custodiar⁸⁹⁵”, ello también implica guardar con cuidado y vigilancia. En el caso del término “compartida”, este se refiere a: “repartir, dividir, distribuir algo en partes”. En tal sentido, la custodia compartida se refiere a responder al cuidado y vigilancia de los hijos de manera repartida, dividida y distribuida.

Otro sector de la doctrina, llega a determinar que el rasgo distintivo entre la custodia compartida y la monoparental⁸⁹⁶ no es alternar la convivencia, debido a que en el caso de la custodia individual aquellos progenitores que no detentan la guardia y custodia, pueden convivir con los hijos en el periodo de visita asignado, ni tampoco radica, de que ambos progenitores puedan ejercer responsabilidades de manera conjunta, dado que una vez que se haya materializado la disolución matrimonial continúan ejerciendo sus responsabilidades. Lo importante sobre la aplicación en preferencia a la monoparental es que el progenitor que detenta la guarda y custodia de

⁸⁹² Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Artículo 3, inciso a).

⁸⁹³ Sección Primera, Sentencia No. 26/2005, Audiencia Provincial de Toledo, España, 2 de febrero de 2005.

⁸⁹⁴ Sección Duodécima, Sentencia N° 696/2006 Audiencia Provincial de Barcelona España 20 de diciembre de 2006.

⁸⁹⁵ Real Academia de la Lengua Española. Diccionario de la Lengua Española. p. 313.

⁸⁹⁶ Identificada con un solo progenitor, o sea custodia individual.

sus hijos, tiene más tiempo de compartir con el niño que incide en su educación y cuidado, el otro progenitor en el periodo de visita establecido también deberá hacer lo mismo⁸⁹⁷.

La consideración de este sector de la doctrina en cuanto a la distinción entre ambos tipos de guarda y cuidado radica en el tiempo de duración de la convivencia, ya que en la custodia compartida este periodo de tiempo que puede llegar a ser prolongado, será otorgado de forma proporcional o igual a ambos progenitores, mientras que en la custodia individual el progenitor que convive con el hijo, de forma habitual es quien posee la custodia. Al respecto se señaló que:

“(…) la custodia compartida es una fórmula de consenso entre progenitores para ejercer en igualdad de condiciones las responsabilidades propias de la guarda sobre los hijos, aunque en la práctica, se ha venido traduciendo en una cuestión de tiempos, de forma que se da el nombre de custodia compartida a aquellos casos en que los progenitores pasan la mitad del tiempo cada uno de ellos con los hijos. Con la guarda compartida en la forma que está regulada, se está pensando además de un reparto igualitario de tiempos, en un ejercicio conjunto o permanentemente consensuado de todo aquello que afecta a los hijos⁸⁹⁸”.

Hasta el momento se ha podido apreciar las principales posturas presentes en la doctrina y jurisprudencia española. Se puede considerar que la más acertada de las dos es la que se inclinan por la coparentalidad responsable que incluyen los elementos necesarios a una guarda y cuidado de los hijos, de forma proporcional, equilibrada e igualitaria.

En este sentido, no es necesario que se implemente un acuerdo perfecto, sino más bien que se dirija con una aptitud razonable y eficiente que esté sujeta a las necesidades en cuanto al desarrollo del niño, niña o adolescente. Para ello deberá observarse una serie de condiciones fundamentales como un diálogo respetuoso entre los progenitores, en aras de que sean adoptadas conductas que puedan beneficiar al menor de edad. Esto refleja la necesidad de que el niño, niña o adolescente posea un marco familiar que consiga sustentar el desarrollo de su personalidad.

6.4.2.2.3. Doctrina de la presunción del dador de cuidados básicos

Con la doctrina de la presunción del dador de cuidados básicos, se realiza un análisis de quien de los dos progenitores cuidó, protegió o compartió más con el niño, niña y adolescente que el otro antes de la ruptura, separación o divorcio. Es decir, se estudia quién tiene un vínculo más fuerte con el niño, para determinar a quién le correspondería la custodia. Los defensores de esta doctrina señalan que exista una continuidad del cuidado que favorecerá al hijo, derivado del campo de la psicología en la que se manifiesta que así existirá más estabilidad emocional.

Ésta doctrina analiza los antecedentes de la ruptura con respecto a quienes de los dos progenitores tenía una relación más estrecha con los hijos, para no romper con la misma y que el hijo se sienta más cómodo y seguro a diferencia de la anterior señalada

⁸⁹⁷ IZQUIERO, M. (2012: 420 y 422).

⁸⁹⁸ PINTO ANDRADE, C.(2009: 77).

(del interés superior del niño) que analiza las circunstancias de cada uno de satisfacer la necesidad de los niños, niñas o adolescentes.

6.4.2.2.4. *Doctrina de la custodia compartida*

La doctrina de la custodia compartida es la posibilidad que tienen el padre y la madre conjuntamente de hacerse responsable de la crianza de sus hijos, con los mismos deberes, derechos y responsabilidades. Las características fundamentales de esta doctrina según Goiriena⁸⁹⁹, son las siguientes:

- Para un completo desarrollo físico y psicológico del hijo, es necesario en su vida ambos progenitores.
- El padre y la madre comparten la autoridad al momento de tomar de decisiones acerca de sus hijos.
- Los dos progenitores “cooperan en compartir la autoridad y las responsabilidades en la crianza de los niños⁹⁰⁰”.
- Los niños, niñas y adolescentes “pasan una notable cantidad de tiempo viviendo con sus madres y padres”.

Un sector de la doctrina española indica que el interés superior del niño radica en “proteger y promover una cercana relación con ambos progenitores y que la custodia compartida es la mejor manera de que el/la niño/a no pierda a ninguno de ellos como consecuencia de la separación o divorcio”.

La custodia compartida, por un lado garantiza el derecho de igualdad que tienen ambos padres en la decisión de cómo criar a sus hijos y por otro que es el fundamental, proteger el derecho que tienen los hijos en compartir y de ser enseñado por ambos progenitores de forma igual, en la cual no sienta la ausencia prolongada de uno de ellos en alguna etapa de su vida.

6.4.2.2.5. *Análisis comparado de la custodia compartida*

La custodia compartida surge como una alternativa del control social, la misma se puede considerar desde dos ópticas, de común acuerdo y por decisión de los jueces, pues como afianza Buenaventura de Souza⁹⁰¹, “la solución de los litigios llevada a cabo por los jueces configura, en sí misma, una función de control social”.

En las condiciones actuales es necesario pasar revista de la regulación y diseño normativo de la custodia compartida en la legislación comparada e implementarlo en la legislación ecuatoriana, con sus realidades únicas y diversas, creando y fortaleciendo políticas públicas de asistencia social a través de la creación de organismos administrativos, técnicos, interdisciplinarios, especializados en niñez.

Se busca sensibilizar a la sociedad sobre la custodia compartida como una modalidad del ejercicio de la responsabilidad parental, basada en el respeto y

⁸⁹⁹ GOIRIENA, A. (2012: 53).

⁹⁰⁰ *Ibid.* p.54.

⁹⁰¹ BOAVENTURA DE SOUSA, S. (2012: 223).

colaboración mutua, para facilitar a los hijos una convivencia equitativa con ambos progenitores. Evitando el incremento de la violencia doméstica que faculte a la madre, desarrollarse personal y profesionalmente, y el padre acceder al cuidado y protección del hijo, sin ningún obstáculo.

Sin duda el no abrir los sentidos y no verificar que la realidad y concepción de la familia sería continuar en el obscurantismo, que no permite ver la realidad de las cosas a la luz de la verdad, así hoy se observa, nuevos tipos de familia, “familias completamente diferentes de patrones completamente distintos⁹⁰²”. Al mismo tiempo que se modifica la estructura de la familia y su toma de decisiones, se incrementa la aceptación social de la ruptura matrimonial, frente a la cual el Derecho se presenta con una serie de “soluciones jurídicas” a las crisis matrimoniales.

Considerando que el derecho delimita el campo dentro del cual en una determinada sociedad, los ciudadanos se sienten seguros, conociendo con certeza a qué atenerse en relación a sus derechos. La complejidad del asunto impone sin lugar a dudas una mirada interdisciplinaria del mismo, siendo de vital importancia en estas nuevas estructuras familiares velar por el interés superior, que pasamos revista ampliamente en el capítulo tres de la presente investigación y en el análisis en relación a la custodia compartida realizada en éste capítulo.

Es necesario dejar puntualizado, la aclaración respectiva sobre su significado y alcance, ya que es bastante común que se utilicen expresiones, guarda, guarda y custodia y cuidado de los hijos como sinónimos. Bajo esta tesis podemos definir la custodia o tenencia compartida, también referida como coparentalidad, como “El derecho que tiene el menor” a establecer lazos fuertes con sus padres, pese a su separación, en cada uno de sus domicilios de los padres, preservando el derecho de mantener contacto con él o ella a través de las visitas, por cuanto es la única manera de lograr una formación integral del menor.

En la legislación comparada encontramos que la custodia compartida, se encuentra ya establecida en la normativa de niñez, o se encuentra en proyecto de ley para su estudio y posterior implementación normativa.

En Colombia el artículo 44 de la Constitución precisa que “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

⁹⁰² GAVIRIA, C. (1991: 38).

En el referido país, existen propuestas de implementación de la custodia compartida, pero sin lugar a dudas “Se han expresado reservas en cuanto a la aplicación de la custodia compartida, unas veces fundada en el temor que genera aplicar soluciones nuevas, otras experiencias de vida que descalifican la necesidad de una presencia, paterna proactiva. En otros casos las reservas se han debido a la falta de elementos de estudio suficientes que ilustren sobre las bondades y limitaciones de su aplicación⁹⁰³”.

La tenencia compartida en Perú, tiene como base el artículo 6 de la Constitución Política que promueve la paternidad y maternidad responsable, la cual implica el ejercicio efectivo de los deberes y derechos inherentes a la patria potestad. La tenencia compartida es otorgada a aquellos padres que ejercen la paternidad y maternidad responsable, al efecto el artículo 81 de la Ley N°. 29.269⁹⁰⁴ precisa que cuando los padres “estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el Juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”.

En Chile la Ley 20.680 de junio de 2013 introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados así el artículo 222, establece que los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades. Antes de la Ley 20.680 en estado de separación de los padres el cuidado personal de los hijos correspondía a la madre. Hoy si es que no hay acuerdo, y estando en vigencia la Ley 20.680 el cuidado personal de los hijos corresponde al padre o madre con quién estén conviviendo.

En Brasil la realidad de las nuevas configuraciones de familia influenció en la elaboración y aprobación de la Ley de Custodia Compartida, Ley 13.058 aprobada en el Senado y sancionada por la ex presidenta Dilma Rousseff, prevé que el tiempo de convivencia con los hijos debe ser distribuido en forma "equilibrada" entre madre y padre, los cuales deben compartir la responsabilidad con pesos iguales en la custodia y deliberaciones en relación a la rutina de los hijos. La decisión repercute sobre todas las partes involucradas (padre, madre y niño) e instala a Brasil en uno de los países cuya ley regula las responsabilidades de padres y madres separados ante las nuevas relaciones establecidas entre hombres y mujeres.

En España el artículo 92.5 del Código Civil precisa que se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

⁹⁰³ RESTREPO, O. (2006: 61).

⁹⁰⁴ Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29.269, publicada el 17 octubre 2008.

Considero que la protección en relación al otorgamiento de la custodia compartida es amplia que inclusive el artículo 92.8 regula la excepcionalidad que se pueda presentar y no se presentan los supuestos del apartado cinco del artículo 92 “el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

De la misma manera la jurisprudencia española (Tribunal Supremo), ha fijado algunas conclusiones respecto a la custodia compartida, destacándose que la misma no resulta ser excepcional, se establece que deberá ser acreditado la situación concreta donde no sea factible su aplicación, antes de negarla; e indicando las ventajas que representa el sistema de custodia compartida, fomenta la integración el menor de edad con ambos progenitores, se llega a evitar un sentimiento de pérdida, no es cuestionada la idoneidad de los progenitores, y se llega a estimular la cooperación entre los progenitores en beneficio del menor de edad⁹⁰⁵.

Es importante rescatar que en España existe abundante jurisprudencia⁹⁰⁶ referente a la custodia compartida, que precisan la importancia de la institución, al efecto mencionamos las siguientes: TS, Sala Primera de lo Civil, 526/2016, de 12 de septiembre “Con el sistema de custodia compartida ,dicen las sentencias de 25 de noviembre de 2013; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015, entre otras: a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. b) Se evita el sentimiento de pérdida. c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia...”.

La sentencia TS, Sala Primera de lo Civil, 283/2016, de 3 de mayo “...3.- Como recoge la sentencia de 17 de marzo de 2016, Rc. 2129/2014, si se sigue este orden metodológico cabe decir, en palabras de la sentencia de 28 de enero de 2016, que la estabilidad que tiene el menor en situación de custodia exclusiva de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, no es justificación para acordar el régimen de custodia compartida...”.

La sentencia TS, Sala Primera de lo Civil, 135/2017, de 28 de febrero “...En segundo lugar lo que se pretende con esta medida es asegurar el desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y en definitiva, aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igual de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficio para ellos (sentencias: 757/2013, 29 de noviembre; 761/2013, 12 de diciembre; 616/2014, 18 de noviembre; 390/2015, de 26 de junio..)” La jurisprudencia señalada avala los beneficios de la custodia compartida como garantía de protección a los NNA en el Ecuador.

En Estados Unidos la custodia compartida denominada (shared custody,) o custodia conjunta (joint custody), a partir de los ochenta ha ganado terreno al ser

⁹⁰⁵ Sentencia 138/2016, Tribunal Supremo Español, 9 de marzo de 2016.

⁹⁰⁶ Para mayor abundamiento sobre resoluciones de custodia compartida, se recomienda El interés superior del menor: criterio rector en la Jurisprudencia Tribunal Supremo 2012-2016. (2017). Departamento Jurídico de Sepin Familia y Sucesiones. Biblioteca On –Line.

adoptado como una fórmula de presunción inicial para realizar el mejor interés del niño, en casi veinte Estados se ha incorporado el modelo de custodia compartida en sus legislaciones sobre divorcio, entendiendo en la continuidad de la relación con los padres un derecho fundamental del niño. Los estados aplican la custodia, bajo dos formas de custodia compartida o conjunta: 1. Custodia legal conjunta, donde comparten del derecho de decisión en cuestiones importantes, con régimen amplio de convivencia, que varía según el estado, 2. Custodia física conjunta, Tiempo de residencia, de convivencia con el niño⁹⁰⁷.

En Ecuador al igual que la mayoría de los países del área andina, la tradición jurídica en las decisiones judiciales muestra cómo, en condiciones de igualdad de los padres en cuanto al ejercicio de sus responsabilidades se decide por un modelo de custodia única, generalmente en cabeza de la madre, con visitas restringidas para el padre partiendo del supuesto que esta decisión garantiza la estabilidad y el interés superior del niño, e incluso admitiendo el traslado de residencia con la madre a otra ciudad o país por motivos de trabajo o de estudio, por la conformación de un nuevo hogar.

6.4.2.2.6. Propuesta de implementación en la República del Ecuador

Es importante que se implemente la custodia compartida en la legislación ecuatoriana, ya que desde el punto de vista psicológico ofrece la preservación de los vínculos materno y paterno filiales, así como de toda la familia. Una infancia y desarrollo bajo la convivencia familiar provee al niño de un contexto de aprendizaje emocional, que le muestra referentes de comportamiento más complejos, donde el desarrollo de habilidades sociales reducirá la probabilidad de aparición problemas emocionales y psicosociales, tomando como referencia que en el Ecuador el 44% de los NNA entre 6 y 17 años, son sometidos a violencia extrema en sus hogares⁹⁰⁸, y en los últimos diez años, el número de divorcios se incrementó en un 95.3% en Ecuador⁹⁰⁹.

La custodia compartida debe ser considerada en la actualidad como un régimen normal y no excepcional por cuanto fomenta la integración del niño con ambos progenitores, estimula la cooperación de éstos en su beneficio, evita el sentimiento de pérdida afectiva y salva los desequilibrios en los tiempos de estancia y acompañamiento del niño. Es necesario dejar establecido que ventajas se presentan para los padres y los hijos en la custodia compartida.

Existen ventajas para los hijos como la inclusión activa en el grupo familiar de ambos padres, una mejor dinámica familiar en base a la comunicación, y para los padres, el derecho y el deber de participar en la crianza de sus hijos, existe cooperación entre los padres, lo cual beneficia el desarrollo personal y profesional

La custodia compartida, es importante porque “A diferencia de los regímenes de custodia monoparental, caracterizados por su alta litigiosidad, las legislaciones que prevén la custodia compartida (o coparentalidad) dan prioridad a las soluciones por mutuo acuerdo de las partes y, casi sin excepción, establecen la obligatoriedad de la mediación familiar en caso de desacuerdo entre los padres⁹¹⁰”; y porque, “ Valorar la

⁹⁰⁷ Informe Reencuentro. Asociación de Padres de Familia Separados (2002: 31)

⁹⁰⁸ VELASCO, M.; ÁLVAREZ, S.; CARRERA, G.; VÁSCONEZ, A. (2014: 07)

⁹⁰⁹ INEC, Anuario Matrimonio y Divorcios 2008-2016.

⁹¹⁰ Informe Reencuentro. Asociación de Padres de Familia Separados (2002:18).

residencia alterna no es hacer de ella una panacea ni una obligación, ni expresar socialmente la idoneidad absoluta de un modelo de organización tras la separación, ni culpabilizar a las parejas que recurran a esa modalidad. Simplemente, es reconocer como legítimas las aspiraciones crecientes a un mejor equilibrio del tiempo compartido al niño, es mantener la relación triangular de la referencia familiar, es incitar fuertemente a los padres a organizarse de forma responsable como adultos⁹¹¹”.

La evidencia inicial sobre los efectos psicológicos de niños que crecen sin padre, comparados con niños que crecieron con ambos padres, presentan mayor proporción de desórdenes emocionales y situaciones psicosociales, fueron estudios poblacionales amplios que se realizaron en la segunda mitad del siglo XX. Una de estas investigaciones fue liderada por la Universidad de Estocolmo durante 18 años se realizó un seguimiento a todos los niños nacidos en Suecia en 1953, en un total de 15.000 niños, este estudio concluyó que los niños que presentaron mayor grado de disfunción psicológica fueron varones nacidos de madre soltera y que crecieron sin padre. La otra investigación realizada por el Centro Nacional de Estadística en Salud de los Estados Unidos a 17.000 menores de 17 años en 1988, concluyó que el riesgo de disfunción psicológica (problemas emocionales y/o de conducta) es dos y tres veces más alto para niños que han crecido sin padre.

Un estudio sociológico norteamericano citado en el libro *Alienación Parental* (Gardner)⁹¹² indica que los niños que crecen sin el contacto con su padre, en comparación con niños que conservan el contacto y relación con su padre, son cinco veces más propensos de cometer suicidio, treinta y dos veces más proclives de irse de su casa, veinte veces más vulnerables para cometer actos de precocidad sexual y sufrir abuso sexual, nueve veces más propensos de abandonar sus estudios, diez veces más propensos de abusar con drogas, nueve veces más vulnerables de acabar en un tutelar de NNA y veinte veces más para acabar en prisión. Estos datos, aunque originarios de un contexto anglosajón reflejan una tendencia del fenómeno en Hispanoamérica.

Además es necesario mencionar varios estudios que han servido de base para la implementación de la custodia compartida, y que también demuestran lo beneficioso que ha resultado la vigencia de la custodia compartida.

- Los estudios realizados en la década de 1980 demostraron que los niños y niñas en situaciones en las que sus padres habían sido involucrados en divorcios obtuvieron notas más bajas que sus compañeros y éstos dijeron que su compañía era poco agradable. (Andrew J. Cherlin, *Marriage, Divorce, and Remarriage*-Harvard University Press 1981).

- Robert Bauserman. Estudio para departamento de salud e higiene mental de Estados Unidos. marzo 2002, donde concluye: A. Existe mayor adaptación de los niños en custodia compartida, que los niños bajo custodia exclusiva. B. Menores niveles de conflictividad en relaciones de los padres con

⁹¹¹ Primera Lectura en el Senado Francés, de 21 de noviembre de 2001, de la Ministra Delegado de Familia, Sra. Segolene Royal, en custodia compartida, p. 118.

⁹¹² Richar Gardner, profesor de psiquiatría clínica del departamento de psiquiatría infantil de la Universidad de Columbia, en Estados Unidos, fue el primer autor que definió el síndrome de Alienación parental, en 1985

custodia compartida.

- Estudio de adaptación de conflictos de la actitud, realizada por la Academia Americana de Psiquiatría del menor y adolescente. 2000, que refiere a la actitud de la madre que determina sustancialmente la eficacia de la participación paterna tras el divorcio y que existe mejor rendimiento escolar después del divorcio respecto de aquellos que mantienen contacto asiduo con su padre.
- Tesis doctorales en New York, California, Pensilvania, especialmente en el área de psiquiatría, donde se concluye que: Existe satisfacción por la frecuencia de la relación con ambos padres. Mejor relación de los hijos con sus progenitores. Mayores niveles de autoestima, autovaloración y confianza. Relación positiva con los hermanos. Fomenta la cooperación entre progenitores⁹¹³.

Por lo anterior, se justifica que para la verdadera implementación de la custodia compartida con el fortalecimiento administrativo de entidades de apoyo interdisciplinario, como el Comité de Bienestar Social, del Municipio donde habita el niño que tiene vigencia en Suecia⁹¹⁴, éste Comité aprueba al acuerdo de los padres, siempre que busque el mejor interés del niño; Centros de Mediación Familiar; los equipos técnicos judiciales como existe en España⁹¹⁵, Así como también la participación del Ministerio Fiscal, porque "...no cabe duda que es clave la figura del Ministerio Fiscal en esta área y que no debería existir obstáculo alguno a su intervención en la exploración de menores, dada la altísima responsabilidad que en sus informes asume el Ministerio Fiscal precisamente en defensa del menor⁹¹⁶".

En nuestro país se debe fortalecer el Consejo Nacional de la Igualdad Intergeneracional y las Juntas Cantonales la Niñez y Adolescencia como órganos de planificación, control y evaluación de las políticas, y las Juntas Cantonales de protección de Derechos, y la administración de justicia especializada en niñez y adolescencia, como organismos de protección, defensas y exigibilidad de derechos, además de la entidades públicas y privadas de atención al niño⁹¹⁷. Sin duda es de vital importancia estas instituciones, porque "Solo con la ayuda de profesionales competentes en otras áreas de conocimiento se llega a conclusiones razonables de esta naturaleza⁹¹⁸".

Existen ventajas para los hijos como la inclusión activa en el grupo familiar de ambos padres, una mejor dinámica familiar en base a la comunicación y para los padres, el derecho y el deber de participar en la crianza de sus hijos, existe cooperación entre los padres, lo cual beneficia el desarrollo personal y profesional. La custodia o tenencia compartida, también referida como coparentalidad, es un logro a favor de la niñez en Chile, Perú y Brasil en Latinoamérica, así como en algunos estados de Estados Unidos, en Francia, Suecia y España.

⁹¹³ Informe Reencuentro. Asociación de Padres de Familia Separados (2002: 66).

⁹¹⁴ RESTREPO, O. (2006: 61).

⁹¹⁵ FORCADA, F. (2011: 252).

⁹¹⁶ FORCADA F, en el mismo texto hace referencia en el pie de página la sentencia del Tribunal Constitucional Sala 1°, 17/2006, de 30 de enero, Recurso 6707/ 2001, en cuanto considera que "la denegación de la intervención del Ministerio Fiscal en un acto de denegación de la intervención del Ministerio Fiscal en un acto de exploración de menores en proceso matrimonial vulnera el Derecho a la tutela efectiva judicial efectiva. La presencia del Ministerio Fiscal no se puede entender como que implique una falta de respeto a la intimidad de los menores".

⁹¹⁷ Artículo 192 del CONA.

⁹¹⁸ GAVIRIA, C (1991: 38).

La implantación de la custodia compartida en el Ecuador permitirá a la madre, desarrollarse personal y profesionalmente, y el padre acceder al cuidado y protección del niño, sin ningún obstáculo. Los problemas sociales que se derivan de la separación o divorcio de los padres, son inmensos, partiendo de que no existe el debido cuidado en el hogar, el desinterés de los establecimientos educativos al no involucrarse en problemas familiares de los niños, el deterioro de la salud por el acceso a las drogas, en pequeñas o grandes dosis, el reclutamiento de los mismos para su expendio, la prostitución, la violencia sexual hacia los niños, que se encuentran desprotegidos por sus padres, etc., estos problemas sociales, afectan al estado y su economía. Por ello a todas luces es indispensable que se implante la custodia compartida que permitirá, solucionar muchos problemas derivados de las relaciones familiares.

Por todas las consideraciones anteriores, el sistema de custodia compartida debe incluirse en la legislación ecuatoriana. De acuerdo con su complejidad e importancia, debe ser formulado en un estándar individual que respete los principios fundamentales consagrados en la Norma Suprema y en los tratados internacionales sobre niños y adolescentes que Ecuador ha ratificado a lo largo de los años.

6.4.3. Impacto Normativo de los Derechos del Niño

Durante la investigación se ha justificado que en el ámbito de la protección de la niñez en el Ecuador han surgido normas jurídicas y políticas públicas, que poco o ninguna trascendencia de aplicación ha tenido, desde que surge el primer Código de Menores de Ecuador 1938 hasta el actual CONA 2013. En el Ecuador ha existido y existe lo que la doctrina denomina “desorden extremo de las normas escritas» y de «magma innumerable de [...] normas en su mayor parte ocasionales e incompletas”⁹¹⁹, o “hemorragia normativa”⁹²⁰. Ello ha generado inseguridad jurídica en un tema tan delicado como el tratamiento de la niñez.

En las condiciones actuales del desarrollo permanente y vertiginoso de la sociedad, lo expresado debe evitarse, por ello surge la iniciativa del impacto normativo con especial énfasis en su contenido, y no en la priorización de su aspecto formal y técnico.

El impacto normativo tiene su génesis en los años “ochenta del siglo XX y tiene su origen en los Estados Unidos de Norteamérica. Sin embargo, ya con anterioridad se había subrayado en Alemania la importancia de un control de la efectividad y viabilidad de las normas. Desde entonces, se identifica la mejora en la calidad de las normas jurídicas con una evaluación de su eficacia y eficiencia para la consecución de los objetivos públicos que persiguen. En España, las raíces de este sistema tienen inspiración e influencia de la Unión Europea (UE), ya que la mejora en la calidad de la regulación se concibe como una iniciativa comunitaria dirigida a favorecer la actividad económica, el desarrollo empresarial y la innovación en los mercados europeos a través de la adopción de un ambicioso programa de revisión de las normas comunitarias y estatales vigentes, con instauración de controles *ex ante* y *ex post* de las propuestas normativas y de las normas vigentes⁹²¹”.

⁹¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1999: 47-106).

⁹²⁰ PONCE, S.; SÁNCHEZ, J. (2005: 144).

⁹²¹ MARCOS, F. (2009: 333-365).

En efecto, en España surge el impacto normativo con la expedición del Real Decreto 1083/2009 de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, en el exordio determinaba:

“La mejora de la calidad de las normas se ha constituido en una prioridad para el conjunto de los países de nuestro entorno a lo largo de los últimos años, debido entre otros factores, al papel que los ordenamientos jurídicos juegan como motor del desarrollo sostenible, la competitividad y la creación de empleo, e independientemente del fin último que debe cumplir toda norma, que no es otro que el de garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos como destinatarios finales de la misma

Sin embargo el referido Decreto es derogado⁹²² por el Real Decreto 931/2017 de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, que busca como política regulatoria “elaborar una normativa eficaz y eficiente que estimule el crecimiento económico y favorezca el bienestar social. Para avanzar en esta dirección la regulación ha de ser cada vez más simple y clara, y el cumplimiento de las normas debe ser lo menos costoso posible para las empresas y los ciudadanos”.

El referido Real Decreto precisa ampliamente en que consiste y como se debe aplicar el impacto normativo de las normas, a través de la memoria del impacto que según el artículo 2 debe contener:

- a) Oportunidad de la propuesta de norma que en todo caso incluirá:
 1. La identificación clara de los fines y objetivos perseguidos.
 2. Sin perjuicio de la preceptiva justificación que deba figurar en el preámbulo o exposición de motivos de la norma, se incluirá en la Memoria una explicación de su adecuación a los principios de buena regulación, y en particular a los principios de necesidad y eficiencia, justificando la razón de interés general en la que se funda, y que es el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.
 3. Un análisis de alternativas que comprenderá una justificación de la necesidad de la norma frente a la alternativa de no aprobar ninguna regulación.
- b) Contenido y análisis jurídico que resumirá las principales novedades introducidas por la propuesta de norma, y contendrá el listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la misma. La memoria contendrá además una referencia a la vigencia indefinida o temporal de la norma.

⁹²² Para que la nueva normativa del impacto normativo se adapte a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que incluye una modificación ad hoc de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

En este último caso se precisarán los motivos que justifican la opción escogida.

- c) Análisis sobre la adecuación de la propuesta de norma al orden de distribución de competencias, precisando el título o títulos competenciales en el que se basa la norma.
- d) Impacto económico y presupuestario:
 - 1. El impacto económico evaluará las consecuencias de su aplicación sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la propuesta de norma.
 - 2. El impacto presupuestario comprenderá al menos, una referencia a los efectos en los ingresos y gastos públicos y que incluirá la incidencia en los gastos de personal, dotaciones o retribuciones u otros gastos al servicio del sector público.
- e) La detección y medición de las cargas administrativas que conlleva la propuesta. En aplicación del principio de eficiencia, la norma deberá evitar cargas administrativas innecesarias.
- f) Impacto por razón de género, en la infancia y adolescencia y en la familia. El impacto de género analizará y valorará los resultados que se puedan seguir de la aprobación del proyecto, desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades, y de trato entre mujeres y hombres.
- g) Otros impactos que pudieran ser relevantes a criterio del órgano proponente, prestando especial atención a los impactos de carácter social y medioambiental, al impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- h) Análisis sobre coste-beneficio con carácter potestativo que consistirá en un resumen de todos los costes y beneficios de la norma, tanto directa como indirecta.
- i) Descripción de la tramitación y consultas que incluirá:
 - 1. Un resumen de las principales aportaciones recibidas en el trámite de consulta pública.
 - 2. La referencia a las consultas realizadas y observaciones recibidas en el trámite de audiencia e información pública.
 - 3. Asimismo, se hará referencia a los informes de las Comunidades Autónomas, Entidades Locales y a otros informes o dictámenes preceptivos o facultativos, evacuados durante la tramitación.

4. En el caso de que el Consejo de Ministros acuerde la tramitación urgente de iniciativas normativas en el ámbito de la Administración General del Estado, “la memoria mencionará la existencia dicho acuerdo, así como las circunstancias que le sirven de fundamento”.

j) Evaluación ex post, que incluirá la forma en la que se analizarán los resultados de la aplicación de las normas. Para ello la memoria indicará si dicha norma se encuentra prevista entre las susceptibles de evaluación en el correspondiente Plan Anual Normativo y en su caso describirá con claridad los objetivos y fines de la norma y los términos y plazos que se usarán para analizar los resultados de su aplicación.

Determinado cómo funciona el proceso de las normas a través de su impacto normativo, es necesario auscultar si desde el 2009 hasta el 2017 en España se ha implementado correctamente o existe inconvenientes en su aplicación, y que se debe tomar en cuenta para el futuro desarrollo de la normativa de protección de la niñez. Es advertir las dificultades que conlleva su aplicación, sin embargo debe implementarse.

Las dificultades en España se relacionan “con la resistencia cultural y las trabas y prejuicios burocráticos. La resistencia cultural puede fundarse en las reservas técnicas y conceptuales que suscita la elaboración de estos estudios, dada la dificultad de realizar análisis cuantitativos rigurosos libres de prejuicios y la poderosa inercia de la continuación de la dinámica convencional de elaboración de las normas⁹²³”. Similar situación acaece en el Ecuador, la falta de compromiso del factor humano de la institucionalidad ocasiona que múltiples procesos normativos de políticas públicas no se efectivicen.

Lo referido tiene que cambiar obligatoriamente si el Ecuador no quiere quedarse rezagado en el proceso de cambio social, en especial en el fortalecimiento normativo e institucional de la niñez, para lo cual la “*crisis de identidad*” que sufren los ciudadanos con el Estado, su falta de identificación con las instituciones, aupada por la plaga de la corrupción, requiere un paso más allá hacia una democracia de calidad, abierta y participativa, no excluyente de la democracia formal y jerárquica, pero donde la participación activa y directa de la sociedad civil en el proceso de toma de decisiones políticas y administrativas sea auténtica, veraz y efectiva⁹²⁴. Ese compromiso debe ser permanente no podemos permitir que pequeños grupos de poder dirijan el destino de nuestros NNA, en perjuicio del desarrollo de una sociedad incluyente y transparente.

Otra de las dificultades con las que se encuentra la aplicación y desarrollo normativo es la “falta de medios y recursos para realizar los estudios de impacto normativo, aunque en muchos casos la explicación verdadera radica en el rechazo de los responsables de la elaboración de las normas a la utilización de este instrumento”. Lo anterior también ligado a la falta “de coordinación los organismos encargados del proceso de elaboración de las normas que en muchos casos puede hacer evidentes los particulares intereses que presiden las intervenciones y exigencias de cada uno de ellos⁹²⁵”.

⁹²³ MARCOS, F. (2009: 333).

⁹²⁴ JIMENEZ FRANCO, E. (2017: 188).

⁹²⁵ MARCOS, F. (2009: 354-355).

La realidad de España no dista del Ecuador, la falta de una verdadera articulación institucional y la escasez en la asignación presupuestaria⁹²⁶ acorde a las necesidades de protección de la niñez, genera inconvenientes en la protección global de la infancia. Sin embargo se reitera que es necesario e indispensable se priorice la implementación del impacto normativo bajo principios como:

- De debida evaluación, que conlleva el deber de los poderes públicos de evaluar continua y periódicamente el impacto de cualquier norma, política pública vigente o prospectiva, para que su resultado deba tenerse en cuenta en la toma de decisiones.
- Cálculo objetivo que conlleva el fomento de la puesta en práctica de mecanismos de cálculo objetivo, con arreglo a criterios nacionales e internacionales aceptados.
- De eficacia que cambia el deber de adoptar las decisiones jurídicas y políticas más eficientes disponibles en cada momento para alcanzar los objetivos de protección⁹²⁷.
- De la Diligencia Debida que en materia de Derechos Humanos es definido por la ONU, como “la medida de prudencia, actividad o asiduidad que cabe razonablemente esperar, y con la que normalmente actúa, una [persona] prudente y razonable en unas circunstancias determinadas; no se mide por una norma absoluta, sino dependiendo de los hechos relativos del caso en cuestión⁹²⁸”.

El desarrollo del impacto normativo establecido en España a través del Real Decreto 931/2017 de 27 de octubre, es imperativo implementarlo en el Ecuador, de acuerdo con nuestra realidad, para evitar gastos innecesarios de recursos económicos en el desarrollo normativo y de políticas públicas, dado la permanente “preocupación” de los Asambleístas de legislar todo lo que surge momentáneamente y cause preocupación, lo que demuestra la falta de capacidad legislativa.

En conclusión es prioritario que a los NNA en el Ecuador se les proteja en un manto de amplia cobertura normativa y de políticas públicas, con disposiciones previamente analizadas, valoradas, evaluadas y de aplicación efectiva y real, de acuerdo a las necesidades y requerimientos de la infancia en territorio, no desde la comodidad de un curul legislativo u oficina administrativa nacional, cantonal o parroquial, ni a través de proyectos de ley⁹²⁹ de reforma parcial de la normativa de menores.

⁹²⁶ En el siguiente apartado de realizará un estudio minucioso de la asignación presupuestaria a la niñez en Ecuador en la serie de tiempo de 2000 a 2018.

⁹²⁷ Estos principios constan en la Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático. De la Comunidad Autónoma de Cataluña, que bien podría desarrollarse y aplicarse en el ámbito de los NNA, conscientes de la fuerza de los principios existentes en la CDN.

⁹²⁸ Principio 17 de los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos (UNGPs por sus siglas en inglés). El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los Principios Rectores en la Resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

⁹²⁹ Desde el año 2009 a 2017, se han presentado proyectos de Ley reformativa al CONA, por parte de ex y actuales Asambleístas del Ecuador, como: Andrés Páez, Bairon Valle, Carlos Cambala, Gilberto Guamangate, Franklin Samaniego, Juana Peña, Liliana Guzmán, Tito Puanchir, Verónica Arias; y, el ex Presidente de la República. Rafael Correa, que han priorizado reformas parciales a la existencia de un nuevo Código de protección de los NNA.

Se debe priorizar la reforma global del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, buscando la cobertura integral de los NNA, dentro del cual se sugiere la inmersión de las propuestas de lege ferenda realizadas en esta investigación.

6.4.4. Asignación Presupuestaria de la Niñez

La asignación presupuestaria de la niñez ha dependido de las políticas sociales del gobierno de turno y la creación de instituciones que se encarguen del cumplimiento de los objetivos planteados.

6.4.4.1. Consejo Sectorial de lo Social

El primer presupuesto a analizar es el del Consejo Sectorial de lo Social, que se encuentra conformado por la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación; Ministerio del Deporte; Ministerio de Educación; Ministerio de Inclusión Económica y Social; Ministerio de Salud Pública; Ministerio de Trabajo y la Secretaría Técnica del Plan Toda una Vida.

Tabla 42. Presupuesto asignado y ejecutado para el Consejo Sectorial de lo Social.

Año	Codificado	Devengado	Ejecución
2011	3,020,435,532.41	2,712,737,746.80	89.81%
2012	3,855,636,253.88	3,299,388,597.25	85.57%
2013	3,980,452,312.25	3,764,027,924.86	94.56%
2014	3,933,175,304.40	3,802,887,181.62	96.69%
2015	3,868,955,500.81	3,646,056,751.89	94.24%
2016	4,096,422,531.74	3,874,210,603.61	94.58%
2017	7,487,296,491.79	7,274,694,618.05	97.16%
2018	8,634,742,479.51	2,730,068,904.49 ⁹³⁰	31.62%

Fuente: e-SIGEF Ministerio de Finanzas, Elaboración del autor.

Adicionalmente se menciona que la conformación anteriormente expuesta, se encuentra vigente desde el año 2007, anteriormente se conformaba por las siguientes instituciones: Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, Ministerio del Deporte, Agencia Nacional de Regulación y Vigilancia Sanitaria, Instituto Nacional de Investigación en Salud Pública, Instituto Nacional de Economía Solidaria, Ministerio de Inclusión Económica y Social, Consejo Nacional de Salud, Instituto Nacional de Donación y Trasplantes de Órganos Tejidos y Células, y Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda.

El presupuesto del Consejo Sectorial de lo Social se compone de la sumatoria de los presupuestos totales de las entidades adscritas al mismo.

⁹³⁰ Ejecución al mes de abril de 2018.

6.4.4.2. Ministerio de Inclusión Económica y Social

Conforme a las actividades desempeñadas en el MIES, en el siguiente cuadro se puede evidenciar el aumento del presupuesto otorgado a esta institución con el paso de los años, inclusive se concluye que no era una institución eficiente en el periodo (2000 – 2006), ya que su ejecución bordeaba el 75% del presupuesto asignado.

Tabla 43. Presupuesto asignado y ejecutado Ministerio de Inclusión Económica y Social.

Año	Codificado	Devengado	Ejecución
2000	69.776.469,26	44.262.609,01	63,43%
2001	137.450.403,18	110.330.552,59	80,27%
2002	103.342.517,25	65.080.839,79	62,98%
2003	103.580.652,40	90.822.807,40	87,68%
2004	92.214.438,80	79.915.182,10	86,66%
2005	284.170.726,30	251.169.852,94	88,39%
2006	312.582.226,21	274.988.370,50	87,97%
2007	515.674.461,82	494.359.738,01	95,87%
2008	676.886.041,69	636.796.892,38	94,08%
2009	673.650.774,26	662.892.018,25	98,40%
2010	1.106.027.861,23	1.047.308.616,18	94,69%
2011	1.181.055.683,43	1.153.211.236,33	97,64%
2012	1.045.040.393,52	1.027.618.358,75	98,33%
2013	1.372.309.056,17	1.345.875.420,40	98,07%
2014	1.244.274.937,68	1.228.590.468,57	98,74%
2015	1.074.558.669,67	1.052.999.229,76	97,99%
2016	1.023.489.087,06	1.015.290.226,87	99,20%
2017	1.024.857.559,17	1.010.062.753,99	98,56%
2018	1.136.678.440,02	1.136.678.440,02 ⁹³¹	100,00%

Fuente: e-SIGEF Ministerio de Finanzas, Elaboración del autor.

Dentro de este presupuesto se encuentran comprendidos los rubros utilizados para la protección de los NNA en las distintas modalidades de servicios, tal como fueron detallados en el capítulo anterior.

6.4.4.3. Referencial Internacional entre el Gasto Social y el PIB

En el siguiente cuadro se tiene la evolución histórica del gasto social en referencia al Producto Interno Bruto (PIB) de cada país, con esta información se demuestra las brechas que existen aún en el Ecuador sobre los temas sociales, y por ende en el sistema de protección de los NNA, ya que la representación es la más baja de los 10 países seleccionados.

⁹³¹ Cifra concuerda con el presupuesto codificado para el año 2018, al estar en curso este ejercicio fiscal.

Tabla 44. Porcentaje de participación del Gasto Social en el PIB periodo 1990-2003

PAIS	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Argentina	9,50	9,50	8,90	8,50	9,20	9,50	9,30	8,90	8,80	9,30	9,10	9,20	8,60	8,40
Bolivia	5,20	5,60	6,60	7,60	7,70	7,00	7,60	10,00	10,40	10,80	11,50	12,30	13,30	13,30
Chile	11,30	11,50	11,60	12,00	11,90	11,30	12,20	12,20	13,00	14,30	14,20	14,40	14,40	13,70
Colombia	5,70	5,50	6,40	6,90	8,40	10,80	13,70	11,90	12,20	10,80	10,20	10,80	11,00	10,30
Ecuador	3,90	4,00	3,60	4,20	4,40	4,50	3,50	3,90	3,40	2,90	2,50	3,90	3,80	3,50
Guatemala	3,90	3,60	4,10	5,10	4,70	4,50	4,40	5,20	6,50	6,90	6,50	7,10	7,00	7,60
México	5,40	6,20	6,90	7,60	8,30	7,60	7,40	7,70	8,10	8,50	8,50	8,90	8,80	9,00
Nicaragua	5,00	4,90	4,80	5,20	5,70	5,30	5,10	5,00	4,60	7,10	6,60	5,90	6,60	7,80
Uruguay	15,70	16,50	17,20	18,90	19,00	19,70	20,40	20,40	21,40	22,40	22,50	24,20	21,40	21,40
Venezuela	12,20	12,10	12,00	10,10	10,00	9,90	9,80	12,50	11,30	12,80	24,90	16,70	16,30	16,80

Fuente: Ministerio de Inclusión Económica y Social SIMIES. Elaboración del autor.

Tabla 45. Porcentaje de participación del Gasto Social en el PIB periodo 2004-2017

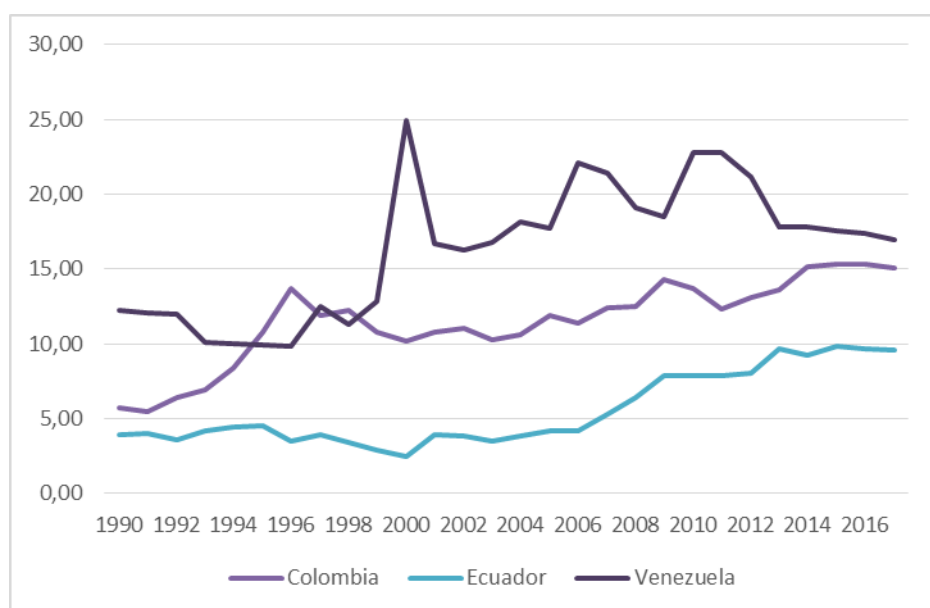
PAIS	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Argentina	8,00	7,70	8,00	8,30	8,60	10,40	10,50	11,00	12,00	13,20	12,60	12,30	12,40	12,20
Bolivia	12,90	12,40	11,80	11,70	11,50	13,00	12,30	11,70	11,50	11,10	10,60	10,80	10,50	10,50
Chile	12,80	12,30	11,50	11,80	13,50	15,70	14,70	14,30	14,70	14,70	15,20	15,50	15,60	15,70
Colombia	10,60	11,90	11,40	12,40	12,50	14,30	13,70	12,30	13,10	13,60	15,20	15,30	15,30	15,10
Ecuador	3,80	4,20	4,20	5,30	6,40	7,90	7,90	7,90	8,00	9,70	9,20	9,80	9,70	9,60
Guatemala	7,00	7,60	7,80	7,20	7,00	8,10	7,50	7,50	7,60	7,60	7,50	7,40	7,70	7,60
México	9,00	9,20	9,40	10,00	9,90	11,00	11,30	11,30	10,60	10,60	10,50	10,40	10,70	10,90
Nicaragua	8,00	8,60	8,70	8,90	9,20	10,50	8,90	8,90	9,50	10,10	10,50	10,60	10,80	10,40
Uruguay	19,30	19,70	20,90	22,80	23,00	23,10	23,50	23,50	25,20	25,70	23,50	25,90	26,00	26,10
Venezuela	18,20	17,70	22,10	21,40	19,10	18,50	22,80	22,80	21,20	17,80	17,80	17,60	17,40	17,00

Fuente: Ministerio de Inclusión Económica y Social SIMIES. Elaboración del autor.

En las tablas anteriores se muestran la representación porcentual del gasto social en el total del PIB de los países, en la serie de tiempo 1990 a 2017. La relación hecha en referencia al PIB es porque se lo considera como un indicador de crecimiento y bienestar social de un país, y el gasto social es parte de los elementos que forman parte del bienestar de un país, al demostrar la asignación presupuestaria realizada por los gobiernos para este fin.

Los datos expuestos permiten visualizar la evolución del gasto social en los países de Latinoamérica, mostrando tendencias crecientes en los casos específicos, pero a su vez marcan amplias diferencias al ser comparados unos con otros.

Tabla 46. Representación del Gasto Social en el PIB periodo 1990-2017: Ecuador, Venezuela y Colombia.



Elaboración del autor.

Esta gráfica permite apreciar con mayor claridad los cambios que sufre el gasto social, mientras en el Ecuador la tendencia es a la alza pero con una variación baja, en Colombia y Venezuela, la situación es cambiante con una evolución favorable, inclusive al ser países con un PIB más alto.

El incremento de la asignación de presupuesto al sector de la niñez es trascendental, el sistema integral de protección que se sugiere con componentes normativos y de políticas públicas no se podrá sostener en el tiempo, sino se respalda con una estructura financiera acorde, ágil, real, alejada de las cargas ideológicas de los gobernantes de turno en el país.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Si se examina en una visión retrospectiva, la aplicación y vigencia de los derechos fundamentales se visualizan marcados y numerosos episodios de abuso, maltrato, abandono, explotación, marginación y muerte sufridos por las personas, principalmente por sectores vulnerables de la sociedad como es el caso de los niños, niñas y adolescentes a lo largo de los siglos acaecidos, en mérito de las costumbres, legislación e institucionalidad ciertamente intolerables.

En la investigación se indaga sobre el sistema de protección de la niñez y sus instituciones, específicamente en la época Incaica, Colonia, los inicios de la República, hasta el actual Estado constitucional de derechos y justicia.

En el periodo incaico existió protección a los niños, considerándolos como sujetos con *derecho a resguardo* dentro de su cultura y cosmovisión, los infantes no se encontraban abandonados debido a que crecían en un medio familiar incluyente, no eran estigmatizados, ni descartados, reinaba un proceso de cobijo desde su concepción, alumbramiento y posterior crecimiento, bautizo, matrimonio infantil, ritos, entre otros aspectos. En ese sistema social, a los niños nunca se les aislaba de la sociedad, eran considerados un ser biológico y estimados como un ser cultural.

Con el proceso de conquista en la Colonia surgen primeros niños expósitos, quienes tenían protección de la Iglesia a través de sus conventos. Aparece un incipiente sistema de protección institucional a cargo de la Iglesia católica que todavía se mantiene en Ecuador, conjuntamente con la institucionalidad pública y privada. En la etapa republicana en el Ecuador, no se ha logrado documentar de manera visible qué lugar ocuparon los niños. De lo indagado se observa que no existió un sistema institucional organizado de protección. Los niños, niñas y adolescentes abandonados eran protegidos a través de la presencia de orfanatos, hospicios y conventos, regentados mayoritariamente por las congregaciones religiosas.

Con las primeras constituciones surgen las referencias iniciales de protección de la niñez, específicamente con la génesis del primer Código de “Menores” del Ecuador de 1938 nace normativamente el ámbito de la protección de la niñez, circunscribiendo únicamente a los aspectos de salud y crecimiento físico, desarrollo moral, educación manual, amparo al hogar y vigilancia.

Posteriormente, en relación con la protección de los niños, niñas y adolescentes se precisa que durante finales del siglo XX se acrecentó un notable desarrollo, buscando impulsar su reconocimiento como sujetos de derechos y promover su protección. Surge con enorme influencia la Convención de los Derechos del Niño de 1989, Tratado Internacional que presenta *la mayor ratificación en el mundo*, excluyéndose de ella únicamente Estados Unidos, lo que sin duda pone de manifiesto su fuerza obligatoria.

Es incuestionable que los ordenamientos jurídicos de casi todos los Estados a la luz de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, han promulgado leyes que protegen los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La República del Ecuador no puede quedarse al margen de esta corriente, y ha diseñado en el ámbito constitucional y legal, disposiciones que tienden a establecer un sistema de protección de la niñez, al igual que en la implementación de políticas públicas de la infancia, considerando que *la protección de la niñez comprende un amplio y*

heterogéneo conjunto de medidas legislativas, reglamentarias, administrativas, políticas públicas y presupuestarias, que en el Ecuador son dispersas e insuficientes.

SEGUNDA. La estructura de protección de la niñez descansa en fundamentos que irradian su fortalecimiento, así el principio del interés superior del niño y el derecho a ser oído constituyen la base sobre la cual se construye la Doctrina de la Protección Integral y los Tratados Internacionales de la infancia. Conforme lo dispuesto por la Convención de los Derechos del Niño, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales de justicia, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se considerará y atenderá el interés superior del niño.

En relación con el principio del interés superior, la doctrina ha establecido su concepto triple, como *derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento*. Los principios del interés superior del niño y el derecho a ser oído a través del análisis de la jurisprudencia ecuatoriana e internacional, permiten concluir que en los litigios en que se encuentren los niños, niñas y adolescentes, se los considera principios irradiadores de protección, a quienes se les debe otorgar un trato preferente acorde con su caracterización jurídica de sujetos de especial protección. Además, estos principios se utilizan como reglas de procedimiento y principios jurídicos interpretativos, cuya concretización se presenta en cada caso específico, correspondiendo a los operadores jurídicos su determinación.

El principio debe entenderse como un término relacional que en caso de conflicto de derechos de igual rango, prevalece sobre cualquier otro, ya que ni el interés de los padres, de la sociedad e incluso del Estado puede ser considerado como prioritario. Se debe concluir que *el principio del interés superior del niño no es un concepto consistente*, es decir, nunca significa lo mismo, y día a día se diversifica de acuerdo a la existencia de muchos factores como la edad propia del niño, las circunstancias familiares y la situación de conflicto con la ley.

Merece especial referencia el derecho a ser oído, ya que del análisis comparado realizado en el ámbito normativo, doctrinal y jurisprudencial, para proteger a los niños, niñas y adolescentes y decidir sobre la protección de sus derechos, se establece en forma unánime que las autoridades judiciales y administrativas, deben considerar su opinión, y en el caso de los menores de doce años su grado de desarrollo, es decir, *se elimina el criterio de la edad sustituyéndolo por el de la madurez*.

TERCERA. En el ámbito normativo constitucional y legal de las legislaciones estudiadas de España, Colombia y Ecuador se visualiza en todo su entramado, la incorporación de principios establecidos en los instrumentos internacionales de protección de la niñez, superando la doctrina de la Situación Irregular, y acogiendo los postulados de la Doctrina de la Protección Integral.

Parte de los elementos identificativos de la Doctrina de la Protección Integral es la consideración jurídica del niño, niña y adolescente como sujeto de derechos plenos, por lo que se trata de garantizar un desarrollo integral del niño y adolescente, priorizando para ello su condición de ser humano en desarrollo, sin realizar una alusión exclusiva a los niños que presentan problemas o cuyos derechos han sido vulnerados. Esta situación constituye el principal motivo por el cual la norma legal ecuatoriana no fue estructurada únicamente en aquellas situaciones de violación o afectación de los

derechos, sino que fue establecido *un reconocimiento general o conjunto de los derechos de los niños*.

CUARTA. En el análisis de la investigación desde la óptica de la situación de riesgo de los niños, niñas y adolescentes, se justifica que la sola existencia de un marco jurídico constitucional y legal que garantice la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, no avala el desarrollo e implementación de acciones de la institucionalidad pública o privada, que articule y coordine la implementación de las normas y las políticas públicas, también se requiere la voluntad política y el apoyo de la sociedad civil para la exigencia de la permanente protección a la niñez.

Si bien existe la institucionalidad pública e incluso privada para la protección de los niños, niñas y adolescentes, no existe verdaderamente una descentralización funcional, pues ésta es nominal, lo que impide crear instrumentos al servicio de una gestión especializada más ágil y eficaz de los servicios de protección a la niñez, debido al continuo cambio normativo y de las instituciones de protección, lo que se justifica con el solo hecho de integrar recientemente la protección de la infancia como un apéndice en el Consejo de Igualdad Intergeneracional, que *fragmentó el principio de especificidad del tratamiento de la niñez*.

De los resultados de la encuesta realizada entre expertos en materia de protección del niño, se precisa que no se cuenta con una verdadera arquitectura institucional fuerte y sólida, que lidere, articule y coordine en territorio nacional y local la política de atención integral de la niñez, y merezca una rápida atención del Estado y el involucramiento de la sociedad entera, por el desgaste y deterioro que está presentándose *al no existir una verdadera protección a la niñez en el Ecuador*.

Es necesario el planteamiento de *un nuevo sistema de protección integral*, se sugiere *aplicar la descentralización funcional* como punto central del sistema, ya que el Estado no puede abarcarlo todo, y en especial un sistema dirigido a un sector de la población que requiere atención prioritaria y rapidez, y no puede verse afectada por situaciones políticas, siendo necesario generar cambios en todos los aspectos que componen dicho sistema, con un enfoque global desde la concepción en el núcleo familiar y con una normativa específica.

QUINTA. Los diferentes enfoques que debe cubrir la política pública de la niñez constituyen un fuerte instrumento, mediante el cual se puede establecer e implementar un sistema de protección pleno, adecuado y eficaz a favor de la niñez y la adolescencia. En el segmento poblacional estudiado, las mismas resultan ser demasiado incipientes y no alcanzan a proteger en su totalidad a la infancia, ya que deben adaptarse a la realidad actual con visión futurista para que el diseño e implementación de la política de infancia sea concurrente con su contexto social y cultural. No basta que en las políticas públicas existan declaraciones líricas respaldadas en principios internacionales, y disposiciones constitucionales y legales de protección de la infancia, si no tienen *un verdadero alcance global*.

Las políticas públicas constituyen el principal instrumento para prevenir los factores de riesgo que contribuyen a desencadenar situaciones de violencia en contra de los niños, niñas y adolescentes. La implementación de medidas sociales, económicas, culturales, ambientales y fiscales para mejorar la situación de la niñez en riesgo de vulnerabilidad son imprescindibles. Para ello *es necesario que estas medidas se*

implanten como una red en los niveles: local, nacional e internacional, involucrando a todas las instituciones públicas y privadas de protección de la niñez.

En Ecuador *las políticas públicas relativas a la niñez no son conocidas*. Se exige una mayor difusión entre la población, creando un compromiso por parte de las instituciones implicadas en el proceso de protección. La verdadera implementación de las políticas conlleva indudablemente la *asignación de recursos económicos* por el Estado, que debe reformular su compromiso en la búsqueda de la solidaridad y de la justicia social.

Para el establecimiento de las políticas públicas se debe considerar que si bien constitucionalmente el Ecuador es un país unitario, la diversidad geográfica, social y cultural obliga a la flexibilidad de los planes y políticas, lo que llevaría a la existencia de *verdaderos procesos de descentralización de la protección de la infancia*.

SEXTA. En esta investigación se ha abordado el sistema de protección de los sujetos vulnerables en un contexto concreto como es el de la *situación de riesgo* de los niños, niñas y adolescentes. El análisis parte de tres ordenamientos jurídicos que comparten algunos postulados pero también tienen diferencias notables, como son el español y el colombiano. El ordenamiento jurídico español está más evolucionado en el sistema normativo de protección de “menores”, por las políticas públicas de prevención y de protección de la niñez, la intervención solida de equipos técnicos de profesionales dedicados a la protección, la fuerte presencia del Ministerio Público, fruto de la conquista de un nivel de implantación de derechos sociales más solidificado.

En España, Colombia y Ecuador se establece constitucionalmente un sistema de protección para los niños, niñas y adolescentes, y desde el ámbito de las instituciones públicas administrativas se vislumbra la existencia de organismos específicos para la protección de la niñez de manera centralizada a cargo del ejecutivo, con la diferencia específica de España, donde las Comunidades Autónomas tienen sus instituciones y organismos administrativos públicos, independientes de la centralidad del gobierno.

En el ámbito de la estructura orgánica judicial se identifican órganos jurisdiccionales, a través de los cuales se ejercen los derechos de protección de la infancia cuando éstos han sido vulnerados, existiendo en los tres países los Juzgados de Primera Instancia, Tribunales Superiores o Audiencias Provinciales, Corte Suprema, Tribunal Supremo y Corte Nacional de Justicia respectivamente, como órganos de última instancia o casación, e incluso accediendo al contorno constitucional.

SEPTIMA. En relación con las medidas administrativas y judiciales de protección de la niñez en el Ecuador como el allanamiento, el acogimiento institucional y familiar, del análisis comparado realizado permite concluir que guardan similitudes en cuanto a su desarrollo y aplicación, sin duda modificando su denominación, pero permiten en la realidad social del Ecuador minar la existencia de instituciones que enfrentan problemas en su desarrollo.

El allanamiento como medida de protección administrativa se presenta cuando el niño, niña y adolescente está en situación de peligro, que comprometa su vida o integridad personal y que se procederá a su rescate con el fin de prestarle la protección necesaria y evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas, e integrarlo en el sistema de protección, sea a través del acogimiento familiar o el

institucional.

En relación con el acogimiento familiar, en España disfruta de un mayor protagonismo frente al acogimiento institucional, destacando la intervención de la Entidad Pública correspondiente en su constitución, desarrollo y seguimiento, así como su reconocimiento en la disposición jurídica. A diferencia del Ecuador, donde tiene la misma denominación, pero *se ha priorizado el acogimiento institucional*, lo cual debe ser objeto de crítica al desatender los estudios existentes, los cuales demuestran que los efectos de la institucionalización en el desarrollo psicológico y emocional de los niños son más perjudiciales para su evolución personal, frente al impacto positivo del acogimiento familiar.

De los resultados de los reportes investigados del acogimiento familiar e institucional en el Ecuador, se refleja que un mayor número de niños se encuentra en acogimiento institucional y los costes correspondientes los asume el Estado. Se debe buscar *la desinstitucionalización de los niños*, con la finalidad que *el acogimiento familiar sea la regla y el institucional la excepción*.

OCTAVA. El tiempo actual en que vive la humanidad requiere la existencia de mayor comprensión para entender las diversas posturas que asume la sociedad, sumado a la forma diferente en que se vive y se conoce la realidad. Todo ello precisa que la aplicación de las cuatro propuestas de *lege ferenda* sean viables en el ordenamiento jurídico de la niñez del Ecuador, en mérito de la *existencia de nuevas estructuras familiares*, que merecen no ser limitadas en sus derechos.

NOVENA. La adopción en las nuevas estructuras familiares conlleva la permisibilidad de la adopción de los niños, niñas y adolescentes por parte de parejas homosexuales, lo que permite en la práctica, que no se discrimine ni excluya a nadie. De acogerse las propuestas señaladas, los beneficiarios de las mismas son los niños, niñas y adolescentes ya que el radio de cobertura de protección de la niñez será totalmente amplio.

En la realidad actual se observa que existen innumerables parejas homosexuales o heterosexuales que sin estar en una unión estable de hecho o en un matrimonio legalmente constituido, comparten una vida en común con todos los derechos y obligaciones morales que ello implica. Según las disposiciones constitucionales analizadas de varios países, los tratados internacionales sobre derechos humanos, y la jurisprudencia internacional, la orientación sexual de una persona, o su sexo, no son por sí mismos indicadores de falta de idoneidad moral, física o mental para adoptar.

Impedir que un niño tenga una familia, fundándose para ello únicamente en la orientación sexual o el sexo de una persona o de una pareja, representa una restricción de los derechos del niño, niña y adolescente y el principio de su interés superior.

La prohibición de la adopción en parejas homosexuales viola los derechos a la no discriminación, el derecho de formar una familia, la igualdad, la libertad individual y al principio del respeto a la dignidad humana. La adopción por parejas homosexuales no afecta el libre desarrollo de la personalidad del adoptado, plenamente analizado en diversos estudios científicos, y que en el mismo están involucrados una cantidad considerable de derechos reconocidos por instrumentos jurídicos internacionales y legislaciones nacionales, que otorgan un fundamento sólido, que pueden ser aplicados

en la República del Ecuador, aunque siempre implementando también las cautelas adecuadas que preserven siempre el interés superior del adoptado, frente a los derechos de los adoptantes.

DECIMA. La custodia compartida permite que tanto el padre como la madre se desarrollen en un marco de armonía y respeto, donde los principales beneficiados son los niños. La jurisprudencia analizada ampliamente permite concluir que esta medida asegura el desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del niño, niña y adolescente. El fin específico es el de aproximarlos al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial, y garantizar al mismo tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental, y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos.

En la actualidad, la custodia compartida debe ser considerada como un régimen normal y no excepcional, por cuanto fomenta la integración del niño con ambos progenitores, estimula la cooperación de éstos en su beneficio, evita el sentimiento de pérdida afectiva y salva los desequilibrios en los tiempos de estancia y acompañamiento del niño.

UNDECIMA. La inexistencia de la *iniciativa del impacto normativo de la niñez* en Ecuador coadyuva frecuentemente que surja la expedición de innumerables normas inaplicables, que no se sustentan en nuestra realidad social, cultural e inclusive económica, dada la permanente preocupación de los Asambleístas de legislar todo lo que surge momentáneamente y cause intranquilidad. Todo ello demuestra la falta de capacidad legislativa idónea, que se encuentra incluso sujeta a lo que ordene o direcciona el Presidente de turno. Se justifica que frente a la realidad actual de la sociedad ecuatoriana y mundial, la normativa de la niñez se encuentra desactualizada para la aplicabilidad de instituciones jurídicas como la custodia compartida y la adopción por parte de las nuevas estructuras familiares.

Asimismo, se plantea improrrogablemente la redacción de *un nuevo Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia* con un ámbito de aplicación ampliado, por expreso mandato constitucional de adecuar, moral y materialmente las leyes y las demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los Tratados Internacionales. Se motiva en la necesidad de realizar una protección integral del niño, es decir, no sólo en situaciones de riesgo o desamparo, sino también en estado de normalidad de la vida del menor. Además, se constata que en el Ecuador no existe una debida calidad normativa, y ésta debe ser mejorada por principios de buena regulación de acuerdo a nuestra realidad social.

DUODECIMA. El Ecuador como República en sus primeros años, mantiene los esquemas de la Colonia en lo referente a la utilización de recursos para la protección de los niños, niñas y adolescentes, y la Iglesia continúa desempeñando su rol con sus recursos económicos propios, posteriormente el Estado asume únicamente el control de esta actividad por medio del Ministerio del ramo.

Actualmente y en referencia a los datos estadísticos recabados en la investigación, se evidencia que el Ecuador tiene uno de los presupuestos más bajos de la región andina en lo referente al gasto social, que ha sido incrementado en la última década, en virtud de la diversificación de programas sociales, pero aún no alcanza el

promedio de acuerdo a los demás países, situación comprobada en la investigación de acuerdo con la información proporcionada por el Ministerio de Inclusión Económica y Social, al existir convenios con la Iglesia, los Gobiernos Autónomos Descentralizados, y la sociedad civil para el funcionamiento y prestación de servicios en los centros de protección especial.

También en el caso específico de la asignación presupuestaria del Ministerio de Inclusión Económica y Social a los programas internos, específicamente los de protección. El presupuesto bordea el 1% del total de la institución, demostrando que aún el Estado ecuatoriano no tiene un rol prioritario tanto en la ejecución de acciones como en el financiamiento de las mismas y, por ende, el sistema de protección de los niños, niñas y adolescentes es deficiente.

Se requiere *un incremento permanente en el presupuesto asignado a la niñez*, que conjuntamente con el *cambio normativo* sugerido y el *fortalecimiento de la aplicabilidad de las instituciones públicas y privadas*, permitirá a futuro transformar las relaciones existentes entre los niños, niñas y adolescentes y su entorno, dada la movilidad y fragilidad social existente, lo que impone cambios radicales a la condición humana.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR ASTORGA, C.; LIMA FACIO, M. “¿Qué son y para qué sirven las Políticas Públicas?”. *En Contribuciones a las Ciencias Sociales*. En línea: www.eumed.net/rev/cccss/05/aalf.htm. Fecha de consulta: 6 de enero de 2018.
- AGUILAR CAVALLO, G. (2008): El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *Estudios Constitucionales*, vol. 6, n° 1, Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile [223-247].
- ALCUBIERRE MOYA, B. (2012): "El destino de los niños Lorenzana: expósitos - pobladores de Alta California". E
- VV.AA., *Nuevas Miradas a la historia de la infancia en América Latina: entre prácticas y representaciones*, México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México [91-121].
- ALEMÁN BRACHO, M. (2014): “Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor en España”. En *Revista de Derecho Político*, n° 90 [97-134].
- ARANZAZU, B. (2015): *Los derechos de la personalidad del menor de edad. Su ejercicio en el ámbito sanitario y en las nuevas tecnologías de la información y comunicación*, Madrid: Aranzadi.
- ARES QUEIJA, B. (2007): “Los niños de la conquista (Perú 1532-1560)”. En VV.AA., *Historia de la Infancia en América Latina*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia [73-87].
- ARIÉS, P. (2001): *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen*, Madrid: Editorial Taurus.
- ÁVILA SANTAMARÍA, R. (2012): *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*, Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición.
- AYALA MORA, E. (2008): *Historia del Ecuador*, Quito: Corporación Editora Nacional.
- BAN KI-MOON. (2013): *Declaración y Programa de Acción de Viena, 20 años trabajando por tus derechos*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos.
- BAÑÓN, R.; CASTILLO, E. (1997): *El análisis de las políticas públicas. La nueva administración pública*, Madrid: Alianza Editorial.
- BARATTA, A. (1998): “Infancia y Democracia”. En VV.AA., *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Bogotá: Temis-Depalma [42-73].
- BEAUCHAMP, T.; CHILDRESS, J. (1980): *Principios de ética biomédica*, Buenos

Aires: Masón.

- BELOFF, M. (2006): “Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006)”. En *Justicia y Derechos del Niño n° 9 UNICEF*, Santiago de Chile [177-218].
- BENÍTEZ ARREGUI, S. (2015): *Voces de mujeres de la plebe en el Hospicio de Quito 1785-1816*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- BIDEGAIN, A. (2005): “Sexualidad, Estado, Sociedad y Religión: los controles de la sexualidad y la imposición del matrimonio monogámico en el mundo colonial hispanoamericano”. En *Revista de Estudios n° 3*, Sao Paulo [40-62].
- BLANCO, M. (2011): “El enfoque del curso de vida: orígenes y desarrollo”. En *Revista Latinoamericana de Población. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS). Año 5, n° 8*, Buenos Aires [5-31].
- BLEICHMAR, D. (1985): “Género y sexo: su diferenciación y respectivo lugar en el complejo de Edipo”. En *El feminismo espontáneo de la histeria, Siglo XXI*, Madrid [45- 80].
- BOAVENTURA DE SOUSA, S. (2012): *Derecho y Emancipación*, Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición.
- BOBBIO, N. (1990): *Filosofía jurídica*, Madrid: Debate.
- BOCANEGRA ACOSTA, E. (2007): “Las prácticas de crianza entre la Colonia y la Independencia de Colombia: los discursos que las enuncian y las hacen visibles”. En *Revista Latinoamérica, ciencia, sociedad, niñez y juventud n° 5*, Manizales: Centro de Estudios Avanzados en Niñez y Juventud [1-21].
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (1990): “Conferencia de la Haya de Derecho Internacional privado: Comisión Especial sobre la adopción de niños procedentes del extranjero”. En *REDI vol. XLII*. [696-703].
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (2010): “La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989”. En VV.AA., *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales*, Madrid: Marcial Pons [11-38].
- CARRIÓN M, F. (2007): “Descentralización en América Latina: un desafío en ciernes”, en *La Descentralización en el Ecuador, opciones comparadas*, Quito: Flacso-Ecuador [37-52].
- CARRIÓN M, F. (2009): “Estado de derecho en el marco de la descentralización en

- Ecuador”. En el Seminario “Estado de Derecho en el marco de la Descentralización en los Países Andinos”. En línea: https://works.bepress.com/fernando_carrion/295/. Fecha de consulta: 13 de febrero de 2018.
- CASTILLEJO, R. (2007): *Guarda y Custodia e Hijos Menores. Las Crisis Matrimoniales y de Parejas de Hecho. Procesos Declarativos Especiales En la LEC*, Madrid: Editorial La ley.
- CERVERA RIVERO, O. (2011): “Los menores como titulares de la acción”. En VV.AA., *La restitución internacional de la niñez, Enfoque iberoamericano doctrinario y jurisprudencial*, México D.F: Porrúa [48-57].
- CILLERO BRUÑOL, M. (1998): “*El interés superior del niño en el marco de la Convención de los Derechos del Niño: infancia, ley y democracia en América Latina*”. En línea: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf. Fecha de consulta: 15 Septiembre 2014.
- CILLERO BRUÑOL, M. (1999): “Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios”. En *Derecho a Tener Derecho Tomo 4*, Montevideo: UNICEF [1-13].
- CILLERO BRUÑOL, M. (2005): “La Responsabilidad Penal de Adolescentes y el Interés Superior del Niño”. En *Justicia y Derechos del Niño n° 7*, Paraguay: UNICEF [243-249].
- CILLERO BRUÑOL, M. (2006): “Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes”. En *Anuario de Derechos Humanos, n° 2*, Santiago de Chile: UNICEF [186-195].
- CORDERO, T.; VARGAS, G. (2001): *A mí también... Acoso y abuso sexual en colegios del Ecuador: discursos opuestos y prácticas discriminatorias*, Quito: CONAMU.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011): *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 5*, Nueva York: Danida.
- CORZO, J. (2018): ¿Qué son políticas Públicas? En línea: <https://www.iexe.edu.mx/blog/que-son-las-politicas-publicas.html>. Fecha de consulta: 06 de enero de 2018.
- COUSO SALAS, J. (2006): “El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído.”

- En *Revista de Derechos del Niño* n° 3 y 4, UNICEF [139-150].
- CUJILEMA, M. (2018): *Dirección Nacional de Salud Intercultural*. En línea: <http://www.salud.gob.ec/direccion-nacional-de-salud-intercultural/>. Fecha de consulta: 15 de enero de 2018.
- CULLEN, C. (1999): *Autonomía moral, participación democrática y cuidado del otro*, Buenos Aires: Novedades Educativas.
- CULLEN, C. (2000): “Ética y subjetividad. Transformaciones de un campo problemático”. En *Revista Fundamentos en Humanidades* n° I (1/2000) [14-19].
- DÁVILA BALSERA, P.; NAYA GARMENDIA, L. (2006): “La evolución de los derechos de la infancia: una visión internacional”. En *Encounters on Education*, vol. 7, Madrid: Universidad Complutense de Madrid [71-93].
- DÁVILA BALSERA, P.; NAYA GARMENDIA, L. (2008): “El discurso proteccionista sobre los derechos de la infancia en los Tratados Internacionales”. En *Revista Internacional de Investigación e Innovación Educativa* vol. 10, Huelva: Universidad de Huelva [15-50].
- DE TORRES, J. (2011): “Custodia Compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social”. En *Indret Revista para el Análisis del Derecho* n° 4, Barcelona: Universidad Pompeu Fabra [1-61].
- DEL BURGO, M. (2000): *La adopción*. Madrid: Acento.
- DÍAZ GARCÍA, E. (1981): “El Estado democrático de Derecho en la Constitución española de 1978”. En *Revista de ciencias sociales* n° 41, Madrid: Fundación Sistema [41-86].
- DIEZ GARCÍA, H. (2004): *El Acogimiento Familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Madrid: Rumagraf.
- DOMENECH PASCUAL, G. (2006): *Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos*, Madrid: Taravilla.
- DONOVAN, P.; OÑATE, X, BRAVO, M.; RIVERA, M. (2008): “Niñez y Juventud En Situación de Riesgo: La Gestión Social Del Riesgo. Una revisión bibliográfica”. En *Última Década* n° 28, Valparaíso: CIDPA [51-78].
- ESCRIBANO ÚBEDA, J. (2009): *Terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico ilícito de: lucha contra la delincuencia organizada*. Madrid: Editorial Visión [39-40].

- FERNÁNDEZ, S. (2010): “De los supuestos en las políticas públicas de Infancia”. En *Revista de Temas Sociales KAIROS* n° 25, Argentina: Universidad Nacional de San Luis [1-14].
- FERRAJOLI, L. (2001): *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2001): “Pasado y futuro del estado de derecho”. En *Revista Internacional de Filosofía Política*, n° 17, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia y Universidad Autónoma Metropolitana [31-46].
- FERRER MAC-GREGOR, E. (2001): “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión trasnacional del Derecho Procesal Constitucional)”. En *La Justicia Constitucional*, México: UNAM [200-224].
- FORCADA MIRANDA, F. (2011): “Capítulo Décimo Tercero. Derecho del niño a ser oído”. En VV.AA., *La restitución internacional de la niñez. Enfoque iberoamericano, doctrinario y jurisprudencial*, México D.F: Porrúa [246-265].
- FUNDACIÓN DE AYUDA CONTRA LA DROGADICCIÓN, CIDE ÑARI WALAC, ASOCIACIÓN KALLPA Y TIERRA DE NIÑOS (2015): *Guía para una Intervención Integral en Prevención de los Riesgos Psicosociales en Niños, Niñas y Adolescentes*, Quito: Alianza para la Protección y la Prevención del Riesgo Psicosocial en Niños, Niñas y Adolescentes.
- GAMERO CASADO, E.; FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2014): *Manual Básico de Derecho Administrativo, 1ª edición*, Madrid: Tecnos.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (1994): *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Bogotá: Gente Nueva.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (1996): *Foro en el “1er Encuentro de Jueces y Procuradores de Menores de Venezuela”*. Caracas, 6 de diciembre de 1996. En línea: http://www.cnj.gob.sv/web/images/documentos/epaper/LepinaComentada_TI/files/assets/basic-html/page41.html. Fecha de consulta: 16 de septiembre 2017.
- GAVIRIA, C. (1995): “La custodia compartida a la luz de la Constitución de 1991”. En *Revista Custodia Compartida, publicación Centro Interdisciplinario de Estudios Sociales*, Cali:Universidad Icesi [30-51].
- GEBRAN, M. (2002): “La mujer inca en la Crónica de Guamán Poma de Ayala”. En VV.AA., *Historia de las mujeres en América Latina*, Murcia: Universidad de Murcia [57-88].
- GLEN, E.; KIRKPATRICK, M.; CROSNOE, R. (2006): “The emergence and development of life course theory”. En JEYLAN, T.; MORTIMER;

- SHANAHAN, M. En *Handbook of the Life Course*, Nueva York: Springer [3-20]
- GIL DOMÍNGUEZ, A.; HERRERA, M.; FAMA, M. (2006): *Derecho Constitucional de Familia, Tomo I*, Buenos Aires: Ediar.
- GOIRIENA, A. (2005): “La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género”. En *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, n° 16*, Lejona: Universidad del País Vasco [52-57].
- GOLT, J. (2007): "Niñez Andina de Guamán". En VV.AA., *Historia de la Infancia en América Latina*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia [150-190].
- GOMES DA COSTA, A. (1995): “Futuro de las Políticas Públicas para la Infancia en América Latina” En *el IV Seminario Latinoamericano sobre Niñez y Adolescencia*. En línea: http://www.iin.oas.org/Cursos_a_distancia/Futuro_para_las_politicas_publicas.pdf. Fecha de consulta: 6 de enero de 2018.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (2011): *El sistema filiativo chileno*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.; BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (1996): *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado 1951-1993*, Madrid: Marcial Pons.
- GONZÁLEZ DEL SOLAR, J.(2005): *Derecho de la minoridad, Apéndice doctrinario, II, Protección integral del menor de edad*, Córdoba: Mediterráneo.
- GONZÁLEZ MARTÍN, N. (2006): *Adopción Internacional: la práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- GONZÁLEZ SUAREZ, F. (2004): *Estudio histórico sobre los Cañaris, antiguos habitantes de la provincia del Azuay en la República del Ecuador*, Quito: Imprenta del Clero.
- GONZÁLEZ, S. (2002): *Material Básico para Defensorías Comunitarias. 1ª edic*, Lima: Instituto de Defensa Legal.
- GUERRA ARAYA, N. (2012): “Representaciones del cuerpo-niño. Desprotección y violencia en Chile colonial”. En VV.AA., *Nuevas Miradas a la historia de la infancia en América Latina: entre prácticas y representaciones*, México, D.F: Universidad Nacional Autónoma de México [220-270].

- GUERRERO, P. (2007): *Nuevas miradas desde Abya- Yala para la descolonización del poder, del saber y del ser*, Asunción: Fondec.
- HAMPE MARTÍNEZ, T. (2002): “Imagen y participación de las mujeres en la cultura del Perú virreynal: Una aproximación bibliográfica”. En VV.AA., *Historia de las mujeres en América latina*, Murcia: Universidad de Murcia [109-124].
- HELLER, A. (1992): *O cotidiano e a história*, Sao Paulo: Paz e Terra.
- HENDEL L. (2017): ¿De qué hablamos cuando hablamos de perspectiva de género?. En *Comunicación, infancia y adolescencia: Guías para periodistas*, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Buenos Aires.
- HERNÁNDEZ ASTETE, F. (2002): “La coya en la organización del Tahuantinsuyo”. En VV.AA., *Historia de las mujeres en América Latina*, Murcia: Universidad de Murcia [25-43].
- HERNÁNDEZ, L. (2016): ¿Qué es el Enfoque de curso de vida?. En línea: https://prezi.com/jm_mnl4psxo/que-es-el-enfoque-de-curso-de-vida/. Fecha de consulta: 12 de febrero 2018.
- HERRARA, S. (2011): *Políticas y Prácticas de atención a la primera infancia en Guatemala, El Salvador y Nicaragua*, Holanda: Fundación Bernard van Leer.
- HERRERA, M. (2015): *Manual de Derecho de las Familias*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- IZQUIERO, M. (2012): *Tratado de Derecho de Familia vol. VIII: Derecho administrativo, laboral y tributario*, Navarra: Editorial Aranzadi.
- IZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. (2012): *Tratado de Derecho de Familia*, Navarra: Aranzadi.
- JÁCOME, N. (1990): “Economía y Sociedad en el Siglo XVI”. En AYALA MORA, E., *Nueva Historia del Ecuador – vol. 3*, Quito: Corporación Editora Grijalbo.
- JIMÉNEZ FRANCO, E. (1999): “Los niños y el medio ambiente”. En MELGOSA ARCOS, F. J. (Coord.): *Estudios de Derecho y Gestión Ambiental*, Tomo II, Ávila: Fundación Cultural Santa Teresa [689-714].
- JIMÉNEZ FRANCO, E. (2000): “El Estado de Bienestar: orígenes, alternativas y nuevas perspectivas”. En ESCOBAR, C.; SÁNCHEZ, G. (Coords.), *El Trabajo Social en la era de la incertidumbre*, Salamanca: Universidad de Salamanca [55-72].
- JIMÉNEZ FRANCO, E. (2004): “Reflexiones sobre adopción y homosexualidad”. En MARTÍNEZ GALLEGO, E. (Coord.): *Menores: Instituciones de Protección y*

Responsabilidad, Murcia: Fundación Diagrama [171-210].

- JIMÉNEZ FRANCO, E. (2005): “Fundamentación de un nuevo contrato social entre géneros y entre generaciones en la Función Pública española”. En DOMÍNGUEZ-BERRUETA, M.; JIMÉNEZ FRANCO, E. (Dir.): *Los empleados públicos. Estudios*, Salamanca: Ratio Legis [121-128].
- JIMÉNEZ FRANCO, E. (2017): “El derecho a saber y su control como exigencia de efectividad del desarrollo sostenible”. En RODRÍGUEZ GARCÍA, N.; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (Coord.). *Corrupción y desarrollo*, Valencia: Tirant lo Blanch [187-240].
- KINGMAN GARCÉS, E. (1996): “De la beneficencia de antaño a la auténtica caridad”. En *Revista Ecuatoriana de Historia*, n° 8, Quito: Flacso [99-117].
- KINGMAN GARCÉS, E. (2002): “El imaginario de la pobreza y las políticas de ajuste en Ecuador”. En *Revista Propositiones* n° 34, Santiago de Chile: Ediciones SUR [1-19].
- LAHERA, E. (2004): *Introducción a las Políticas Públicas*, Chile: Fondo de Cultura Económica.
- LANDÁZURI CAMACHO, C. (1990): “De las Guerras Civiles a la insurrección de las Alcabalas”. En AYALA MORA, E. *Nueva Historia del Ecuador, vol. 3, Época Colonial I*, Quito: Corporación Editora Grijalbo [35-73].
- LLASAG, R. (2009): “El sumak kawsay y sus restricciones constitucionales”. En *Revista de Derecho*, n° 12, Quito: UASB-Ecuador [113-125].
- LÓPEZ CASTELLANO, F. (2004): *Las raíces históricas del tercer sector. Documento de trabajo n° 1*, Granada: Universidad de Granada [25-37].
- LUMBRERAS, L. (1999): *Historia de América Andina, vol. 1, las Sociedades Aborígenes*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- LUNA LARA, M. (2018): *El proceso de descentralización en Ecuador: La transferencia de la competencia de tránsito*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- LUZARRAGA, F; FORNER DELAYGUA, J. (Dir.) (2010): *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales*, Madrid: Marcial Pons.
- MARCOS, F. (2009): “Calidad de las Normas Jurídicas y Estudios De Impacto Normativo”. En *Revista de Administración Pública* n° 179, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid [333-365].

- MARIACHETTI, A. (2010): “La Convención sobre los Derechos del Niño y la protección de la infancia en la normativa internacional de derechos humanos”. En VV.AA., *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*, Bruselas: UNICEF [21-42].
- MARÍN, M. (2015): “La Nulidad, la separación y el divorcio”. En *Manual de Derecho Civil. Derecho de familia*, Madrid: Marcial Pons [71-113].
- MARTÍN LÓPEZ, M. (2010): “Tratados”. En VV.AA., *Derecho Internacional Público*, Barcelona: Huygens [63-80].
- MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.) (2016): *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y adolescencia*, Navarra: Aranzadi.
- MARTÍNEZ CUESTA, Á. (1995): “Las monjas en la América colonial 1530-1824”. En *Boletín del Instituto Caro y Cuervo*, Bogotá: Caro y Cuervo [572-626].
- MARTÍNEZ, M. (1998): “Derechos humanos, políticas públicas y derechos de los niños y niñas ecuatorianos”. En *Niños, Niñas y Adolescentes en la Constitución Ecuatoriana - Foro de la Infancia*, Quito: UNICEF-Ecuador [78-96].
- MÉNDEZ, E. (1994): *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Bogotá: Gente Nueva.
- MINISTERIO DE INCLUSIÓN ECONÓMICA (2016): *Modelo de Atención de Entidades de Acogimiento de administración directa del MIES*, Quito: Dirección de Servicios de Protección Especial.
- MINNICELLI, M. (2004). *Infancias Públicas: no hay derecho*, Buenos Aires: Novedades Educativas.
- MONTAÑO GALARZA, C. (2013): “Descentralización y autonomía fiscal en el Ecuador: bases teóricas y tensiones jurídicas”. En *Revista de Derecho Foro n° 20*, Quito: UASB-Ecuador [55-75].
- MONTAÑO GALARZA, C. (2013): “Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución Ecuatoriana de 2008”. En VV.AA., *La nueva Constitución del Ecuador*, Quito: Corporación Editora Nacional [353-382].
- MONTEJO R, J. (2015): *La capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes*, Bogotá: Temis S.A.
- MONTENEGRO, J.; GUDIÑO, P. (1986): *Las Mitas en la Real Audiencia de Quito, su aplicación en los obrajes y transición hacia el concertaje*, Quito: Abya Yala.
- MONTGOMERY, M. (2008): “A Developmental Intervention Science (dis) Outreach Research Approach to Promoting Youth Development: Theoretical,

- Methodological, and Meta-Theoretical Challenges”. En *Journal of Adolescent Research*, Thousand Oaks (California): Sage Publications [268-290].
- MORALES MORENO, A. (2001): “Adopción”. En VV.AA., *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Madrid: Dykinson, S.L [389-420].
- MORENO, J. (2015): *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia Guía para profesionales y agentes sociales*, Málaga: Save the Children.
- MORLACHETTI, A. (2013): *Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: Fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile: Naciones Unidas, CEPAL, UNICEF.
- NETTO NUNES, E. (2012): “La infancia latinoamericana y el Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia”. En VV.AA., *Nuevas Miradas a la historia de la infancia en América Latina: entre prácticas y representaciones*, México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México [273-302].
- NIRENBERG, O. (2006): *Intervenciones en desarrollo infantil. Un marco conceptual orientado a la integralidad. Cuaderno n° 43*, Buenos Aires: Centro de Apoyo al Desarrollo Local.
- O’DONELL, D. (2001): “La Convención de los Derechos del Niño: estructura y contenido”. En VV.AA., *Derechos de la Niñez y Adolescencia. Antología*, San José: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [15-30].
- OBSERVATORIO DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2012): *Estado de los derechos de la niñez y la adolescencia en Ecuador 1990-2011*, Quito: Imprenta Noción Ecuador.
- OCÓN DOMINGO, J. (2006): “Normativa internacional de protección de la infancia”. En *Cuadernos de Trabajo Social vol. 19*, Granada: Universidad de Granada [113-131].
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2005): *Manual para Parlamentarios n° 8*, Bruselas: Unión Interparlamentaria.
- ORDEÑANA SIERRA, T.; BARAHONA NEJER, A. (2016): *El derecho de familia en el nuevo paradigma Constitucional*, Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- OSTERNMAN, A. (2010): *Lenguaje, género y sexualidad*, Sao Paulo: Parábola Editorial.
- PADRÓS REIG, C.; ROCA SAGARRA, J. (1995): “La armonización europea en el

- control judicial de la administración: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En *Revista de Administración pública n° 136*, Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona [233-275].
- PALACIOS, J. (2009): “La adopción como intervención y la intervención en adopción”. *Papeles del Psicólogo*, En línea: <http://www.redalyc.org/pdf/778/77811388007.pdf>, vol. 30, n° 1. Fecha de consulta: 25 de abril de 2018 [53-62].
- PARRAGUEZ, L. (1998): “Elementos centrales de la propuesta de matriz legislativa del Proyecto del nuevo Código de Infancia y Adolescencia ecuatoriano”. En VV.AA., *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá: Temis y Depalma [50-80].
- PASARÁ, L. (2008): “Las normas de derechos humanos de origen internacional y el derecho interno”. En *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la Administración de Justicia*, Quito: Ministerio de Justicia [21-36].
- PÉREZ DÍAZ, V.; CHULIA, E.; ÁLVAREZ-MIRANDA, B. (1998): *Familia y sistema de bienestar. La experiencia española con el paro, las pensiones, la sanidad y la educación*, Madrid: Visor.
- PERROT, M. (2001): “Figuras y funciones”. En VV.AA., *Historia de la vida privada, vol. 4: De la Revolución Francesa a la Primera Guerra Mundial*, Madrid: Taurus [125-191].
- PIEJKO PATIÑO, A. (2014): *De la erradicación a la valoración comunitaria: una propuesta decolonial del derecho al trabajo de niñas y niños indígenas. Tesis para obtener el grado de Máster en Derechos Humanos y Democracia*, Quito: FLACSO.
- PINHEIRO, P. (2006): *La violencia contra niños, niñas y adolescentes: Informe de América Latina en el marco del Estudio Mundial de las Naciones Unidas*, UNICEF.
- PINTO ANDRADE, C. (2009): *La custodia compartida*, Barcelona: Bosch.
- PINTO, M. (1997): *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- PISARELLO, G. (2002): “Estado de Derecho y crisis de la soberanía en América Latina: algunas notas entre la pesadilla y la esperanza”. En VV.AA., *Estado de Derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México D.F: Siglo XXI Editores [279-298].
- PONCE, S.; SÁNCHEZ, J. (2005): “La evaluación de la calidad normativa”. En *La Agencia Estatal de Evaluación de la Calidad de los Servicios y de las Políticas*

- Públicas: reflexiones y propuesta de creación. Informe Comisión de Expertos*, Madrid: AEVAL [139-172].
- PRATS CATALÁ, J. (2004): “Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo”. En VV.AA., *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Madrid: INAP [27-102].
- PRIETO SANCHÍS, L. (2000): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha.
- QUEVEDO TERÁN, P. (2000): “La Constitución del 38 ¿realidad o ficción?”. En *Revista del Colegio de Jurisprudencia, Iuris Dictio, de la Universidad San Francisco de Quito, n° 1* [60-66].
- RABOSSO, E. (1991): “El fenómeno de los derechos humanos y la posibilidad de un nuevo paradigma teórico”. En VV.AA., *El derecho, la política y la ética*, México D.F.: Siglo XXI [198-221].
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2015): *Diccionario de la Lengua Española, 23 Edición*, Madrid: Espasa.
- REEVES, H.; BADEN, S. (2000): *Gender and Development: Concepts and Definitions (Género y desarrollo: conceptos y definiciones)*, Brighton: BRIDGE Institute of Development Studies.
- RESTREPO, O. (2006): “Análisis conceptual y comparativo de la custodia compartida” En VV.AA., *Custodia Compartida, coloquio*, Cali: Centro Interdisciplinario de Estudios Sociales [55-70].
- REYES, E. (2005): *Breve Historia General del Ecuador, Tomo II*, Quito: Abya Yala.
- REYES, H. (2002): “Familia y educación doméstica: Quito en la primera mitad del Siglo XXI”. En *Revista Ecuador Debate*, Quito: Centro Andino de Acción Popular [73-86].
- RICOEUR, P. (1995): *Autonomía e vulnerabilidad*, Sao Paulo: Publicaciones de la Universidad de Saint-Louis.
- RINCÓN CÓRDOBA, J. (2010): *Tutela judicial efectiva, actuaciones administrativas y control judicial en el derecho regional europeo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- RODA y RODA, D. (2014): *El interés del Menor en el ejercicio de la Patria Potestad. El Derecho del Menor a Ser Oído*, Navarra: Aranzadi.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, P. (1996): “Casa y orden cotidiano en el Nuevo Reino de Granada, Siglo XVIII”. En VV.AA., *Historia de la vida cotidiana en Colombia*,

- Bogotá: Grupo Editorial Norma [103-130].
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, P. (2007): “Los hijos del sol: un acercamiento a la infancia de América Prehispánica”. En VV.AA., *Historia de la Infancia en América Latina*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia [27-60].
- RODRÍGUEZ, P. (2007): *Historia de la Infancia en América Latina*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ROJAS FLORES, J. (2012): “Los niños trabajadores en la industria de Chile”. En VV.AA., *Nuevas Miradas a la historia de la infancia en América Latina: entre prácticas y representaciones*, México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México [56-85].
- ROMÁN RIECHMANN, C.; SÁNCHEZ MORÓN, M.; VELÁZQUEZ LÓPEZ, F. (2004): “Líneas de reforma del empleo público”. En VV.AA., *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Madrid: INAP [479-516].
- ROMERO S. (2007): “Un siglo de legislación sobre infancia en América Latina: un cuadro cronológico”. En VV.AA., *Historia de la Infancia en América Latina*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia [602-620].
- ROSAS LAURO, C. (2002): “El derecho de nacer y crecer. Los niños en la Ilustración. Perú, siglo XVIII”. En VV.AA., *Historia de la Infancia en América Latina*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia [213-228].
- ROUSSEAU J. (2001): *La idea de sociedad. Memoria de una mirada trágica de la escena social*, Alicante: Universidad de Alicante.
- SANZ CABALLERO, S.; MOLINA NAVARRO, M. (2017): *El Interés Superior del Niño en la Jurisprudencia Internacional, Comparada y Española*, Navarra: Aranzadi.
- SALADO OSUNA, A. (2002): “Algunas Reflexiones sobre la Opinión Consultiva 17 (28 de Agosto de 2002) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativa a la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. En VV.AA., *Anuario de Justicia de Menores, nº II*, Sevilla: Astigi S.L [327-352].
- SÁNCHEZ MARÍN, J. (1989): *Historia de los derechos de la infancia*, En línea: <http://www.apega.org/attachments/article/277/historiaderechosdeinfanciast.pdf>. Fecha de consulta: 19 de abril de 2016.
- SARAVIA, A. (2007): “Guarda y custodia compartida principales novedades de la Ley 15/05, cuestiones sustantivas”. En *Estudios de derecho judicial nº 147* Madrid:

- Consejo General del Poder Judicial [193-248].
- SEDA, E. (2008): *Sistemas de Protección Integral a la Niñez. planes nacionales y monitoreo*, Río de Janeiro: Adés.
- SEDA, E. (2010): “El nuevo paradigma de la niña y el niño en América Latina”. En VV.AA., *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, Brasil: UNICEF [109-178].
- SILVA PORTERO, C. (2009): “Los derechos sociales y el desafío de la acción de protección”. En VV.AA., *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [577-616].
- SIMARRA T, J. (2010): “Panorama de las Políticas Públicas de Primera Infancia en Colombia”. En *Miscelánea Comillas vol. 68 n° 132*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas [397-417].
- SIMON CAMPAÑA, F. (2008): *Derecho de la niñez y adolescencia: de la Convención de los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Quito: Editorial Jurídica Cevallos.
- SIMON CAMPAÑA, F. (2014): *Interés superior del niño: Técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*”, Quito: Ediciones Iuris Dicto.
- SOASTI TOSCANO, G. (2003): *Situación de la Educación en el Ecuador durante la década de 1835 a 1845*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- SOLÉ ALAMARJA, E. (2002): *Todo sobre la adopción*, Madrid: De Vecchi, S.A.U.
- STOLCKE, V. (2009): "Los mestizos no nacen sino que se hacen". En *Revista de Antropología n° 14*, Argentina: Universidad Nacional de Misiones [1-30].
- STORINI, C. (2009): *Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales: en la nueva Constitución del Ecuador*, Quito: Corporación Editora Nacional.
- TEJEIRO LÓPEZ, C. (1998): *Teoría general de la niñez y adolescencia*, Bogotá: UNICEF.
- TRÍA, E. (2012): *Libertad y familia: discurso leído el 10 de diciembre de 2012 en el acto de recepción pública como académica de número*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- ÚBEDA-PORTUGUÉS, J. (2009): *Terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico ilícito de armas: lucha global contra la delincuencia organizada*, Madrid: Visión Libros.
- UNDURRAGA VALDÉS, V. (2008): “Anticoncepción de Emergencia: Autonomía de las Adolescentes y Derechos de sus Padres”. En *Programa de Mujeres y Derechos*

- Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Chile: Universidad de Chile [163-171].
- UZCATEGUI, E. (1955): *El Niño en la legislación Ecuatoriana*, Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana.
- UNESCO (2008): *De objeto de tutela a sujeto de derecho: el niño como ciudadano-Infancia y derechos, las raíces de la sostenibilidad aportes para un porvenir*, Santiago de Chile: Andros.
- UNICEF (2010): “Adopción Internacional”. En *Revista Innocenti Digest*, n° 4 [1-24].
- UNICEF (2011): *Derecho a tener derecho*, Nueva York: UNICEF.
- VARGAS CALLEJAS, G. (2001): “Memorias de los Andes. Notas sobre la educación en la cultura Inca”. En *Revista Sarmiento* n° 5, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela [45-64].
- VELASCO, M.; ÁLVAREZ, S.; CARRERA, G.; VÁSCONEZ, A. (2014): *La niñez y adolescencia en el Ecuador contemporáneo: avances y brechas en el ejercicio de derechos*, Quito: Consejo Nacional de Igualdad Intergeneracional.
- VÉLEZ, C. (2008): *Educación Intercultural Bilingüe y Participación Social, Normas Legales*, Lima: Care Internacional.
- WALSH, C. (2002): “Interculturalidad, conocimientos y decolonialidad”. En línea: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/signoypensamiento/article/viewFile/4663/3641>. Fecha de Consulta: 13 de febrero de 2018.
- ZELEDÓN, M. (2015): “La autonomía progresiva en la niñez y adolescencia”. En *Revista Jurídica Digital. Enfoque Jurídico*. En línea: <http://www.enfoquejuridico.info/wp /archivos/2005>. Fecha de consulta: 6 de julio de 2017.
- ZUMAQUERO GIL, L. (2010): “El interés del menor en los Tribunales españoles”. En VV.AA., *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Madrid: Marcial Pons. [30-56].

ANEXO DE TABLAS

Tabla 1. Grupos de edad en la población Inca.....	27
Tabla 2. Monasterios de monjas en la época colonial Quito.....	40
Tabla 3. Reconocimiento y protección del niño en las Constituciones de 1830 a 2008.	58
Tabla 4. Textos normativos en materia de niñez en latinoamericana.....	60
Tabla 5. Códigos de Menores del Ecuador de 1938 a 1992.	67
Tabla 6. Categorías básicas del conjunto de derechos establecidos en la CDN de 1989.....	85
Tabla 7. Tránsito hacia la doctrina de la protección integral.....	179
Tabla 8. Conceptualización de Administración Pública.....	216
Tabla 9. Base Normativa del Sistema Descentralizado de la Infancia y Adolescencia del Ecuador.	228
Tabla 10. Servicios prestados por el MIES para los NNA.	233
Tabla 11. Atención a los NNA en la erradicación de la mendicidad.....	235
Tabla 12. Presupuesto de atención a los NNA en el programa de erradicación de la mendicidad en dólares.	235
Tabla 13. Acogimiento familiar, unidades del MIES existentes para el seguimiento y usuarios atendidos.	236
Tabla 14. Presupuesto del acogimiento familiar	236
Tabla 15. Acogimiento institucional centros existentes y usuarios atendidos.	237
Tabla 16. Presupuesto del acogimiento institucional en dólares.	237
Tabla 17. Adopciones totales en el Ecuador.....	237
Tabla 18. Trabajo infantil en el año 2012.....	238
Tabla 19. Centros creciendo con nuestros hijos para el año 2016.....	239
Tabla 20. Centros infantiles del buen vivir para el año 2016.....	239
Tabla 21. Cobertura de las Juntas Cantonales de Protección de Derechos año 2018...	242
Tabla 22. Jueces especializados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.....	248
Tabla 23. Personal de oficinas técnicas.	248
Tabla 24. Sentencias dictadas por la Corte Constitucional por años.....	252

Tabla 25. Proyección de la población de Ecuador de 0 a 5 años.....	256
Tabla 26. Número de inscripciones según formulario nacido vivo.....	257
Tabla 27. Sistema de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en Ecuador.	261
Tabla 28. Estructura Administrativa y Judicial de Protección de la niñez y adolescencia de Colombia.	270
Tabla 29. Cuadro Comparativo de la Estructura Administrativa y Judicial de la Protección de la Niñez y la Adolescencia, Colombia, España y Ecuador.....	279
Tabla 30. Resultados encuesta de opinión.....	287
Tabla 31. Medidas de Protección en la República del Ecuador.	294
Tabla 32. Indicadores de riesgo psicosocial.	296
Tabla 33. Reinserción Familiar.	298
Tablas 34. Allanamientos.	305
Tabla 35. Acogimiento Familiar.....	312
Tabla 36. Costos mensuales por usuario en acogimiento familiar en dólares.....	312
Tabla 37. Acogimiento Institucional.	317
Tabla 38. Costos mensuales por usuario en acogimiento institucional en dólares.....	317
Tabla 39. Asignación presupuestaria para los programas de acogimiento y participación, en el presupuesto del MIES en dólares.....	318
Tabla 40. Adopciones por regiones.	328
Tabla 41. Agencias Internacionales autorizadas para la gestión de adopción en el Ecuador.....	329
Tabla 42. Presupuesto asignado y ejecutado para el Consejo Sectorial de lo Social	361
Tabla 43. Presupuesto asignado y ejecutado Ministerio de Inclusión Económica y Social.....	362
Tabla 44. Porcentaje de participación del Gasto Social en el PIB periodo 1990-2003	363
Tabla 45. Porcentaje de participación del Gasto Social en el PIB periodo 2004-2017	363
Tabla 46. Representación del Gasto Social en el PIB periodo 1990-2017: Ecuador, Venezuela y Colombia	364

ANEXO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

I. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

- Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 28 de febrero de 1924.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.
- Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (Instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, vigencia a partir de 27 de enero de 1980.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979 (CEDAW).
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores (Reglas de Beijing) de 28 de noviembre de 1985.
- Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana) de 14 de diciembre de 1990.
- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) de 14 de diciembre de 1990.
- Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. La Haya 29 de mayo de 1993.
- Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 25 de junio de 1993.
- Comité de los Derechos del Niño 2001, Observación General No. 1: Propósitos de la educación. 1 Abril de 2001, Nueva York: UNICEF
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1 de julio de 2002.
- Comité de los Derechos del Niño 2002, Observación General No. 2: El papel de las instituciones nacionales independientes de los derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño. CRC/GC/2003/5 - 03-45517 – OHCHR (2002) Nueva York: UNICEF
- Comité de los Derechos del Niño 2003, Observación General No. 3: el VIH/Sida y los derechos del niño. Nueva York: UNICEF
- Comité de los Derechos del Niño 2003, Observación General No. 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York: UNICEF
- Comité de los Derechos del Niño 2003, Observación No. 4: La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York: UNICEF
- Manual para Parlamentarios No. 8 del 2005, Unión Interparlamentaria de Derechos Humanos.
- Comité de los Derechos del Niño 2005, Observación General No. 6: Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Nueva York: UNICEF
- Comité de los Derechos del Niño 2005, Observación General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia. Nueva York: UNICEF

- Comité de los Derechos del Niño 2006, Observación General No. 8: El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes. Nueva York: UNICEF
- Comité de los Derechos del Niño 2007, Observación General No. 9: Los derechos de los niños con discapacidad. Nueva York: UNICEF
- Comité de los Derechos del Niño 2007, Observación General No. 11: Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la convención de los derechos de los niños Nueva York: UNICEF
- Comité de los Derechos del Niño 2009, Observación General No. 10: Los derechos del niño en la justicia de niños, niñas y adolescentes. Nueva York: UNICEF
- Comité de los Derechos del Niño 2009, Observación General N° 12: sobre el derecho del niño a ser escuchado. Nueva York: UNICEF.
- Comité de los Derechos del Niño 2011, Observación General N° 13: derechos del niño a no ser objeto de ningún tipo de violencia. Nueva York: UNICEF
- Comité de los Derechos del Niño 2013 Observación General N° 14: sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Nueva York: UNICEF
- Comité de los Derechos del Niño 2013, Observación General N° 15: sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud. Nueva York: UNICEF.
- Comité de los Derechos del Niño 2013, Observación General N° 16: sobre las obligaciones del estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño. Nueva York: UNICEF
- Comité de los Derechos del Niño 2013, Observación General N° 17: sobre el derecho del niño al descanso, esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes. Nueva York: UNICEF
- Comité de los Derechos del Niño 2014, Observación General No. 18: 14 de noviembre 2014 que se emite conjuntamente con la Recomendación General núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer CEDAW y el Comité de los Derechos del Niño, sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta. Nueva York: UNICEF
- Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015.
- Comité de los Derechos del Niño 2016, Observación General N° 19: sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (en relación al artículo 4° de la Convención de los Derechos del Niño). 21 de julio de 2016. Nueva York: UNICEF
- Comité de los Derechos del Niño 2016, Observación General N° 20 del Comité de los Derechos del Niño: sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia. Nueva York: UNICEF

II. LEGISLACIÓN EUROPEA

- Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de Septiembre de 1992.
- Consejo Europeo Reglamento N° 2201 de 27 de noviembre de 2003.

III. LEGISLACIÓN AMERICANA

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Bogotá de 1948.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), firmado 22 de noviembre de 1969.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 4/84, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, de 19 de enero de 1984.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "Protocolo de San Salvador" de 1988.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/02, Condición jurídica y derechos humanos del niño, 28 de agosto de 2002.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 21/14, Derechos y Garantías de Niños y Niñas en el contexto de Migración. 21 de octubre del 2014.

IV. LEGISLACIÓN ECUATORIANA

- **CONSTITUCIONES**

- Constitución del Estado del Ecuador de 1830.
- Constitución de la República del Ecuador de 1835.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1843.
- Constitución de la República del Ecuador de 1845.
- Constitución de la República del Ecuador de 1852.
- Constitución de la República del Ecuador de 1861.
- Constitución de la República del Ecuador de 1869.
- Constitución de la República del Ecuador de 1878.
- Constitución de la República del Ecuador de 1884.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1897.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1906.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1929.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1945.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1946.
- Constitución de la República del Ecuador de 1967.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1979.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1983.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1998.
- Constitución de la República del Ecuador de 2008.

- **LEYES ORGÁNICAS**

- Ley Orgánica de Instrucción Pública de 1897.
- Ley Orgánica de Hogares de Protección Social de 1937.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009.
- Ley Orgánica de Servicio Público, (LOSEP), de 2010.
- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, de 2010.
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de 2003.
- Ley Orgánica de Educación Intercultural de 2011.
- Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad de 2014.

- Código Organico Integral Penal de 2014.
- Código Organico General de Procesos de 2015.
- Código Organico Administrativo de 2018.

- **LEYES ORDINARIAS**

- Codigo Penal Ecuatoriano de 1837.
- Codigo Penal Ecuatoriano de 1871.
- Ley sobre trabajo de mujeres y menores y de la protección de la maternidad de 1928
- Ley de Organización de Colonias Agrícolas-Industriales para Menores de 1938.
- Código de Menores de 1938.
- Código de Menores de 1944.
- Ley de Asistencia Pública de 1946.
- Código de Menores de 1969.
- Código de Menores de 1976.
- Código de Menores de 1992.
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva de 1994.

- **DECRETOS**

- Decreto Supremo de Organización Total de los Estudios, 25 de agosto de 1835.
- Decreto Supremo de Enseñanza Publica, 20 de febrero de 1836.
- Decreto Supremo N° 4, Registro Oficial N° 15, de 12 de noviembre de 1937.
- Decreto Supremo N° 10, Registro Oficial N° 71, de 20 de enero de 1938.
- Decreto Supremo N° 181-A, Registro Oficial N° 2, de 1 de agosto de 1938.
- Decreto Supremo N° 3815, Registro Oficial N° 208, de 12 de junio de 1980.
- Decreto Ejecutivo N° 1 323, Registro Oficial N° 294, de 8 de octubre de 1999.
- Decreto Ejecutivo N° 0023, Registro Oficial N° 8, de 2 de febrero de 2000.
- Decreto Ejecutivo N° 0828, Registro Oficial N° 175, de 23 de septiembre de 2003.
- Decreto Ejecutivo N° 1017, Registro Oficial N° 199, de 28 de octubre de 2003.
- Decreto Ejecutivo N° 0103, Registro Oficial N° 26 Suplemento, de 22 febrero 2007.
- Decreto Ejecutivo N° 580, Registro Oficial N° 8, de 23 de agosto de 2007.
- Decreto Ejecutivo N° 242, Registro Oficial N° 64, de 16 de abril de 2007.
- Decreto Ejecutivo N° 378, Registro Oficial N° 111, de 06 de julio de 2008.
- Decreto Ejecutivo N° 007⁹³², de 24 de mayo de 2017.
- Plan Nacional de Desarrollo del Buen Vivir 2013- 2017.
- Plan Nacional de Desarrollo “Toda una Vida” 2017-2021.

- **REGLAMENTOS**

- Reglamento General al Código de Menores Registro Oficial N° 711, 7 de junio de 1935.
- Reglamento para la Corte de Tribunales de Menores de la República, Registro Oficial No.110 de 28 de enero de 1948.
- Reglamento a la Ley Orgánica de la Policía Nacional. Decreto Ejecutivo N° 845 Registro Oficial N° 187 de 10 de mayo de 1999.

⁹³² Sobre este decreto no existe un Registro Oficial asociado, por lo tanto se hace referencia a la fecha de suscripción.

- Reglamento a la Ley Orgánica de Consejos Nacionales para la Igualdad. Decreto Ejecutivo N° 686 Registro Oficial N° 12 de Junio de 2015
- **RESOLUCIONES**
 - Resolución 6 de las Defensorías Comunitarias de la Niñez y Adolescencia. Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial N° 603 de 02 de junio del 2009.
 - Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por procesos del Ministerio de Inclusión Económica Social de 2015.
- **NORMAS TÉCNICAS.**
 - CONAMU Presupuestos Participativos con Enfoque de Género de 2007.
 - SENPLADES, CONCOPE, CONAJUPARE, AME. Lineamiento para la Planificación del Desarrollo y Ordenamiento Territorial de 2010.
 - Ministerio de Inclusión Económica y Social. Subsecretaría de Desarrollo Infantil Integral (MIES). Política Pública. Desarrollo Integral Infantil. Ecuador de 2013.

V. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

- Leyes de Toro de 1505.
- Célula Real del Rey de España de 1777.
- Célula Real del Rey de España de 1794.
- Constitución de 29 de diciembre de 1978.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 Código Civil
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Código Penal.
- Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero; de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 6/1997 de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (derogada por la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).
- Ley 5/2011 (Comunitat Valenciana), de 1 de abril, de las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.
- Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo (derogado).
- Real Decreto 415/2016, de 3 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales.
- Real Decreto 485/2017, de 12 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.
- Real Decreto 770/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.
- Real Decreto 931/2017, 27 de octubre, que regula la memoria del análisis de impacto normativo.

PLANES Y OBSERVACIONES

- I Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia (PENIA I) 2006-2009.
- II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia (PENIA II) 2013-2016.
- Políticas Públicas y la Infancia en España: Evaluación Impactos y Percepciones; UNICEF España Febrero de 2011.
- Observación Finales del Comité de los Derechos del Niño a España 1 de febrero de 2018.

VI. LEGISLACIÓN IBEROAMERICANA

A) ARGENTINA

- Ley Agote de 1919, Patronato Estatal de Menores.
- Código de la Infancia y Consejo del Niño de 1934.

B) BRASIL

- Código de Infancia de 1927.
- Ley 13.058, Ley de Custodia Compartida.

C) CHILE

- Política Nacional de la Niñez y Adolescencia. Sistema Integral de Garantías de Derechos de la Niñez y Adolescencia, 2015-2025.
- Ley 20.680 de junio de 2013, modificaciones al Código Civil.

D) COLOMBIA

- Ley 98 de 1920 Creación de Juzgados y Casas de Reforma y Corrección de Menores.
- Ley 75 de 1968 Filiación y creación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
- Ley 7 de 1979 Establecimiento del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, reorganización del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
- Constitución de la Republica de Colombia de 1991.
- Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia. Colombia.
- Políticas Públicas Nacional de Primera Infancia “Colombia por la primera infancia”, de 2007.
- Ley 1285 de 2009 Reforma a la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia.
- Ley 1564 de 2012 Se expide el Código General del Proceso.

E) COSTA RICA

- Código de Infancia de 1932.

F) MÉXICO

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, reformada el 24 de febrero del 2017.

G) PERÚ

- Constitución Política de 1993.

H) URUGUAY

- Código del Niño 1934.

VII. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Caso 11.491. 10 de marzo de 1999 Menores detenidos con adultos vs Honduras.
- Caso 11.383. 19 de noviembre de 1999 "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs Guatemala.
- Caso 12.352. 28 de febrero de 2002 Bruce Harris vs Guatemala.
- Caso 11.016. 8 de julio de 2004, Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.
- Caso 11.666. 2 de septiembre de 2004 "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay.
- Caso 12.250. 15 de septiembre de 2005 masacre de Mapiripán vs Colombia.
- Caso 12.132. 1 de marzo de 2005 hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador.
- Caso 11.607. 6 de agosto de 2009 Víctor Hugo Maciel vs Paraguay.
- Caso 12.496. 12.497 y 12.498, 16 de noviembre de 2009 González y otras ("Campo Algodonero") vs. México.
- Caso 12.584. 27 de abril de 2012 Forneron e hija vs. Argentina. Caso 12.502. 12 de febrero 2012 Atala Riffo y Niñas- Chile.
- Caso 208.05, 1 de diciembre de 2011, Chitay Nech y otros vs Guatemala.
- Caso 12.723, 5 de noviembre de 2013, Gonzales Lluy y otros vs Ecuador.
- Caso 11.576, 24 de septiembre de 2014, García Ibarra y otros vs Ecuador.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- Caso Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias vs. España (23298/12), 11 de octubre de 2016.

VIII. JURISPRUDENCIA ECUATORIANA

CONSTITUCIONAL

- Corte Constitucional Sentencia N° 038-17-SEP-CC Caso N° 1737-12-EP.
- Corte Constitucional Sentencia N° 022-14-SEP-CC Caso N° 1699-11-EP.
- Corte Constitucional Sentencia N° 131-15-SEP-CC Caso N° 0561-12-EP.
- Corte Constitucional Sentencia N° 048-13-SCN-CC Caso N° 0179-12-CN.
- Corte Constitucional Sentencia N° 113-14-SEP-CC Caso N° 0731-10-EP.
- Corte Constitucional Sentencia N° 022-14-SEP-CC Caso N° 1699-11-EP.

- Corte Constitucional Sentencia N° 064-15-SEP-CC Caso N° 0331-12-EP.
- Corte Constitucional Sentencia N° 229-16-SEP-CC Caso N° 1906-15-EP.
- Corte Constitucional Sentencia N° 133-15-SEP-CC Caso N° 0273-12-EP.
- Corte Constitucional Sentencia N° 356-16-SEP-CC Caso N° 0223-12-EP.
- Corte Constitucional Sentencia N° 038-17-SEP-CC Caso N° 1737-12-EP.
- Corte Constitucional Sentencia N° 380-17-SEP-CC Caso N° 2334-16-EP.

ORDINARIA

- Corte Nacional de Justicia Sala Civil Mercantil y Familia Resolución N° 33-2009 Causa N° 17661-2009-0082.
- Corte Nacional de Justicia Sala Civil Mercantil y Familia Resolución N° 123-2009 Causa N° 17661-2009-0145.
- Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de la Familia Niñez y Adolescencia Resolución N° 0028-2012 Causa N° 17661-2012-0143.
- Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de la Familia Niñez y Adolescencia Resolución N° 0112-2012 Causa N° 17661-2012-0153.
- Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de la Familia Niñez y Adolescencia Resolución N° 0318-2012 Causa N° 17661-2012-0253.
- Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de la Familia Niñez y Adolescencia Resolución N° 0043-2014 Causa N° 17661-2013-0158.
- Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de la Familia Niñez y Adolescencia Resolución N° 0104-2017 Causa N° 17661-2017-0007.

PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES OBLIGATORIOS

- Corte Nacional de Justicia Resolución N° 0005-2014 Suplemento del Registro Oficial N° 346 de 02 de octubre de 2014.

RESOLUCIONES CON FUERZA DE LEY

- Corte Nacional de Justicia Resolución N° 0010-2016 Causa N° 17661-2013-0158 Suplemento del Registro Oficial N° 950 de 22 de febrero de 2017.

IX. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

CONSTITUCIONAL

- Sentencia 14/2000 Tribunal Constitucional Sala Primera 29 de mayo.
- Sentencia 17/2006 Tribunal Constitucional Sala Primera 1 de marzo.
- Sentencia 163/2009 Tribunal Constitucional Sala Segunda 29 de junio.

ORDINARIA

- Sentencia 565/2009, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil 31 de julio.
- Sentencia 633/2012 Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil 25 de octubre.
- Sentencia 757/2013, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil 29 de noviembre.
- Sentencia 761/2013, Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil 12 de diciembre.

- Sentencia 355/2014, Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil 30 de junio.
- Sentencia 616/2014, Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil 18 de noviembre.
- Sentencia 687/2015 Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil 2 de diciembre.
- Sentencia 138/2016 Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil 9 de marzo.
- Sentencia 193/2016 Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil 29 de marzo.
- Sentencia 251/2016 Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil 13 de abril.
- Sentencia 319/2016 Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil 13 de mayo.
- Sentencia 526/2016 Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil 12 de septiembre.
- Sentencia 135/2017 Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil 28 de febrero.
- Sentencia 157/2017 Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil 20 de octubre
- Sentencia 26/2005, Audiencia Provincial de Toledo, 2 de febrero.
- Sentencia 696/2006, Audiencia Provincial de Barcelona, 20 de diciembre.

X. JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

CONSTITUCIONAL

- Corte Constitucional Sentencia T-510, 9 de junio de 2003.
- Corte Constitucional Sentencia T-543, 28 de mayo de 2004.
- Corte Constitucional Sentencia T-329, 4 de abril de 2005.
- Corte Constitucional Sentencia T-331, 4 de abril de 2005.
- Corte Constitucional Sentencia T-160, 8 de marzo de 2010.
- Corte Constitucional Sentencia T-617, 5 de agosto de 2010.
- Corte Constitucional Sentencia T-2597191, 28 de agosto de 2014.
- Corte Constitucional Sentencia C-833/2015, 4 de noviembre 2015.
- Corte Constitucional Sentencia SU214/16, 18 de abril de 2016.

ORDINARIA

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia Ref. 54001-22-13-000-2010-00112-01, 28 de septiembre de 2010.

ANEXO DE PAGINAS Y SITIOS WEB

- Boletín Cultural Kuri Muyu (2007), Sistema Ancestral de Crianza, educación y formación de la niñez y la Adolescencia Indígena. Fecha de consulta: 10 de noviembre de 2016, <http://kuri-muyu.blogspot.com/2007/08/sistema-ancestral-de-crianza-educacion.html>.
- Universidad Nacional Autónoma de México (2016), EL DERECHO INDIANO; Beatriz Bernal. Fecha de consulta 12 de noviembre de 2016, <http://www.posgrado.unam.mx/sites/default/files/2016/04/0702.pdf>.
- Derecho indiano (2014). Fecha de consulta 13 de noviembre de 2016, https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_indiano.
- Duoda, Centro de Investigación de Mujeres. Universidad de Barcelona (2008), Testamento y codicilo de Isabel I de Castilla, llamada la Católica Isabel I de Castilla. Fecha de consulta 13 de noviembre de 2016, <http://www.ub.edu/duoda/diferencia/html/es/primario16.html>.
- Biografías y vidas, La Enciclopedia Biográfica en Línea (2004), Fray Bartolomé de Las Casas. Fecha de consulta 13 noviembre 2016, https://www.biografiasyvidas.com/biografia/l/las_casas.htm.
- EFEMÉRIDES, Discurso de Olmedo sobre la abolición de las Mitas. Fecha de consulta 15 de noviembre de 2016, http://Www.Efemerides.Ec/1/Marzo/1_3mita.Htm.
- Sistema de Información Científica Redalyc, Las prácticas de crianza entre la Colonia y la Independencia de Colombia: los discursos que las enuncian y las hacen visibles Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. Fecha de consulta 3 de diciembre de 2016, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77350107>.
- IDD impulsa Pacto Político por la niñez y adolescencia. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2018, <http://cne.gob.ec/es/institucion/sala-de-prensa/noticias/3758-idd-impulsa-pacto-politico-por-la-ninez-y-adolescencia/>.
- Secretaría Técnica Plan Toda una Vida. Programa Misión Ternura. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2018, <http://www.todaunavida.gob.ec/economia-popular-y-solidaria/>.
- 50 colectivos que velan por los DD.HH. de la niñez y la adolescencia plantean a los ocho candidatos un Pacto Político. Fecha de consulta: 25 de febrero de 2018, <http://www.elcomercio.com/actualidad/organizacioneslocales-extranjeras-pactopolitico-ninezadolescencia.html>.
- Organización de Naciones Unidas. Objetivos desarrollo sostenible. 17 objetivos para desarrollar nuestro mundo. Fecha de consulta: 25 de febrero de 2018, <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. ¿Qué son los Objetivos de Desarrollo Sostenible? Fecha de consulta: 25 de febrero de 2018, <http://www.ec.undp.org/content/ecuador/es/home/sustainable-development-goals.html>.
- Organización Panamericana de la Salud. Asamblea del Ecuador aprobó el Proyecto de Resolución sobre el cumplimiento de la Agenda 2030. Fecha de consulta: 25 de febrero de 2018, http://www.paho.org/ecu/index.php?option=com_content&view=article&id=1945:asamblea-del-ecuador-aprobo-el-proyecto-de-resolucion-sobre-el-cumplimiento-de-la-agenda-2030&Itemid=360.

- Agencia Pública de Noticias del Ecuador y Suramérica. Ecuador se compromete a implementar la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible de la ONU. Fecha de consulta: 25 de febrero de 2018, <https://www.andes.info.ec/es/noticias/politica/3/ecuador-compromete-implementar-agenda-2030-desarrollo-sostenible-onu>.
- Niños de Ecuador, Descubriendo los derechos infantiles en Ecuador. Fecha de consulta 19 de febrero de 2018, <https://www.humanium.org/es/ecuador/>.
- Sistema Integrado de Indicadores Sociales del Ecuador, Marco institucional del SIISE, Ministerio de Coordinación de Desarrollo Social. Fecha de consulta 18 de marzo de 2018, http://www.siise.gob.ec/siiseweb/PageWebs/SIISE/macsii_frente.htm.
- Policía Nacional de Ecuador. Director DINAPEN. Fecha de consulta 29 de marzo de 2018, <http://www.policia.ecuador.gob.ec/quienes-somos/>.
- El Telégrafo. Dinapen recupera bebé plagiada de hospital público. Fecha de consulta 21 marzo de 2018, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/dinapen-recupera-bebe-plagiada-de-hospital-publico>.
- El Telégrafo. Dinapen lidera operativos de erradicación del trabajo infantil y mendicidad en Manabí. Fecha de consulta 21 marzo de 2018, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/dinapen-lidera-operativos-de-erradicacion-del-trabajo-infantil-y-mendicidad-en-manabi>.
- El Telégrafo. 'Clara' recupera a su hija robada después de seis años. Fecha de consulta 21 marzo de 2018, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/clara-recupera-a-su-hija-robada-despues-de-seis-anos>.
- Delitos y abusos por redes sociales, Bufete Vázquez&Apraiz y Asociados. Fecha de consulta: 22 de marzo de 2018, <http://www.tuabogadodefensor.com/delitos-redes-sociales/>.
- El Defensor del Pueblo. Coordinación. Fecha de consulta: 30 de julio de 2017, <https://www.defensordelpueblo.es/coordinacion-de-los-asuntos-que-afectan-a-los-derechos-de-los-ninos-y-adolescentes/>.
- Gobierno de España. Cuerpo de Policía Nacional. Fecha de consulta: 29 de marzo de 2018, <https://www.policia.es/orgcentral/judicial/ufam/ufam.html>.
- Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES). Bienvenidos. Subsecretaría de Desarrollo Infantil Integral. Fecha de consulta: 28 de marzo de 2018, <http://186.46.86.234/formacioncontinuada/>.
- Consejo de Igualdad Intergeneracional. Fecha de consulta: 28 de marzo de 2018, <http://www.igualdad.gob.ec/quienes-somos/>.
- Defensoría del Pueblo del Ecuador. ¿Qué hacemos? Fecha de consulta: 28 de marzo de 2018, <http://www.dpe.gob.ec/que-hacemos/>.
- World Vision Ecuador. Fecha de consulta 23 de febrero de 2018, <https://www.worldvision.org.ec/>.
- Save the Children. Fecha de consulta 23 de febrero de 2018, <https://ecuador.savethechildren.net/es/>.
- CARE Ecuador. Fecha de consulta 30 de marzo de 2018, <http://www.care.org.ec/care-ecuador/>.
- ChildFund International. Fecha de consulta 27 de febrero de 2018, <https://www.onlinevolunteering.org/es/node/390984>.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. 5 de abril de 2018, <https://www.icbf.gov.co/bienestar/sistema-nacional-bienestar-familiar>.

- Observatorio de la Infancia. Fecha de consulta 29 de julio de 2017, <http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/presentacion/home.htm>.
- UNICEF, Nueva Ley de Protección de la Infancia: 6 aspectos a destacar. Fecha de consulta 06 de abril 2018, <https://www.unicef.es/noticia/nueva-ley-de-proteccion-de-la-infancia-6-aspectos-destacar?gclid=Cj0KCQjwtZz>.
- Suecia aprueba la adopción de niños por parejas de gays y lesbianas, Los padres adoptivos deben estar inscritos en el registro de uniones. Fecha de consulta 23 de abril de 2018, https://elpais.com/diario/2002/06/07/sociedad/1023400809_850215.html.
- Diario ABC España. Matrimonio homosexual: una batalla legal con 8 años de historia. Fecha de consulta: 23 de abril de 2018, <http://www.abc.es/20121106/espana/abci-cronologia-matrimonio-homosexual-espana-201211061112.html>.
- Toda la actualidad LGTBI en España. Las parejas del mismo sexo pueden adoptar legalmente en los 50 estados norteamericanos. Fecha de consulta 23 de abril de 2018, <https://www.loottis.com/las-parejas-del-mismo-sexo-pueden-adoptar-legalmente-en-los-50-estados-norteamericanos/>.
- Telesur. Conozca los países donde se permite la adopción igualitaria. Fecha de consulta: 25 de abril de 2018, <https://www.telesurtv.net/news/Conozca-los-paises-donde-se-permite-la-adopcion-igualitaria-20151105-0048.html>.
- Hijos de familias homoparentales ¿Cómo son y cómo prevenimos la discriminación? Fecha de consulta: 25 de abril de 2018, https://blog.cognifit.com/es/hijos-familias-homoparentales-como-son-prevenir-discriminación/WBRD2ARIsAIPenY3M3ONA9vwHFMws_6nVXt2chvMvGh1_IUknjJsuZJP_99-abAfA4yMaAgsEEALw_wcB&gclid=Cj0KCQjwtZz.
- Nuevas realidades entorno a la familia: Familias homoparentales y la adopción. Fecha de consulta: 23 de abril de 2018, <https://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/actopan/n1/e1.html#nota18>.