

ANÁLISIS DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL ECUADOR

Farith Simon Campaña

Sumario.-

Introducción. Los antecedentes y el proceso de redacción. Contenidos, principios y estructura de la ley: ley integral, ley garantista. Naturaleza jurídica. Contenido: logros, definiciones, principios. Institucionalidad. Procedimientos. Problemas de la ley. Problemas de la implementación.

INTRODUCCIÓN.-

El Código de la Niñez y Adolescencia (Ley No. 100, publicada en Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003 y vigente desde el 3 de julio de ese mismo año) es la finalización de un largo proceso de discusión, redacción y debate legislativo que se inició cuando la reforma legislativa de 1992 demostró su inadecuación con los principios y contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta nueva ley debe ser entendida como parte de un significativo proceso de reconocimiento normativo de los derechos de la infancia y adolescencia en el Ecuador, proceso que se inició con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en febrero de 1990, que se desarrolló con la reglamentación de las adopciones internacionales en el mismo año, continuó con el Código de Menores de 1992, con las reformas constitucionales de 1996 y 1997, y con la Constitución de 1998.

Con el Código de la Niñez se consolidó una forma diferente de “redactar” las leyes, dejando de ser un proceso en un grupo de

“expertos”, para pasar a ser un amplio ejercicio democrático en el que personas de diferentes ciudades, edades, profesiones, intervinieron en su proceso de redacción.

Muchas son las innovaciones que la nueva ley introduce, desde el uso de nuevos conceptos jurídicos (por ejemplo niño, niña y adolescente que asumen un contenido jurídico específico, la desaparición de la declaración de abandono, la declaratoria de adoptabilidad, el acogimiento familiar e institucional, etc.), hasta el desarrollo normativo de una institucionalidad encargada de promover y garantizar los derechos que desarrolla¹ la ley (por que ya se encontraban plenamente reconocidos y declarados en la Convención sobre los Derechos de los Niños y en la Constitución), concretando principios como el de la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, mejorando algunas instituciones jurídicas específicas (patria potestad, alimentos, responsabilidad penal juvenil, etc.). Sin embargo, en nuestra opinión, la contribución más importante de la nueva ley es el establecimiento de un conjunto de mecanismos de exigibilidad de todos los derechos declarados, tanto individuales como colectivos.

El presente análisis se encuentra dividido en tres partes: en la primera se revisa los antecedentes de la nueva Ley y el proceso de redacción; en la segunda parte se analiza el contenido, principios y estructura de la nueva Ley; y, en la tercera los retos y sus problemas de implantación.

LOS ANTECEDENTES Y EL PROCESO DE REDACCIÓN

En agosto de 1992 se aprobó una reforma al Código de Menores ecuatoriano que había estado en vigencia desde 1976. Esta reforma de manera explícita tenía por objetivo “compatibilizar” y dar “efectividad” a la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por el Ecuador en febrero de 1990² (en adelante la “la Convención”).

¹ “Desarrollar “ se usa en el sentido que los redactores del Código le otorgan “dotarle de contenido” a esos derechos estableciendo algunas de las implicaciones de los derechos declarados, ejemplo notable de esto son las normas sobre el derecho a la identidad.

² Los considerandos del Código de Menores de 1992 explícitamente establecen “Que el Ecuador ha suscrito y ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual es Ley de la República y, por tanto, lo obliga como Estado parte a adoptar medidas para hacer efectivos los derechos allí reconocidos...Que el Código de Menores, dado el 2 de

ANÁLISIS DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL ECUADOR

En líneas generales, la reforma de 1992 fue el resultado de un proceso de consulta social limitada, basado en un acuerdo técnico-político entre el Ministerio de Bienestar Social y Defensa de los Niños Internacional-Sección Ecuador y con el respaldo del Consejo Nacional de Menores y UNICEF. Si bien la voluntad de todas las organizaciones que impulsaron este proceso era la de lograr la plena adecuación de la legislación nacional y de la institucionalidad a la Convención, la poca comprensión de las implicaciones de las normas de la Convención, y el limitado interés del sector público de introducir transformaciones a su estructura y funcionamiento produjeron una reforma con severas limitaciones. Varios análisis sobre el contenido del Código de Menores de 1992 demuestran su incompatibilidad con la Convención³, y por ende con la doctrina de la protección integral.

En el año 1995 varias organizaciones (algunas ya habían participado en el proceso de redacción del Código de Menores) dan inicio a un proceso de reflexión sobre las limitaciones de la legislación vigente⁴. Este proceso reafirmó la necesidad de una reforma integral del Código Menores, especialmente de la institucionalidad encargada de la garantía y protección de los derechos. Pese al consenso que existía al respecto, el Servicio Judicial de Menores (dependiente en ese momento de la Función Ejecutiva) realizó una amplia campaña de desprestigio de la propuesta de la reforma. Esta oposición, y la cercanía de la aprobación del Código vigente a la fecha, frenó cualquier posibilidad de reforma en ese momento.

En el año 1996 el movimiento por los derechos de la niñez del Ecuador, liderado por el Foro de la Infancia, propuso una enmienda a la

junio de 1976, mantiene una estructura y visión incompatibles con los principios internacionales que trae la Convención sobre los Derechos del Niño”.

³ Para un análisis más completo sobre la incompatibilidad del Código de Menores con la Convención sobre los Derechos del Niño se puede revisar el artículo de Luis Parraguez y Farith Simon sobre “Los elementos centrales de la propuesta de matriz legislativa del proyecto de nuevo Código de Infancia y Adolescencia-ecuatoriano” publicado en “Infancia, ley y democracia en América Latina”. Editorial Depalma y Temis. Bogotá. 1998.

⁴ Las organizaciones que promovieron este proceso son: el Programa Nacional de Reforma a la Justicia (Projusticia), UNICEF, INNFA, la Comisión del Niño, Juventud y Familia del Congreso Nacional.

Constitución para asegurar la existencia de normas específicas sobre los derechos de la infancia y adolescencia. Producto de esto se incorpora un artículo⁵ sobre los derechos del niño/a. Pese a las claras limitaciones que tiene esa reforma constitucional es un importante antecedente de los cambios posteriores, en especial por la incorporación de los principios de corresponsabilidad del estado, la sociedad y la familia y el de prevalencia de los derechos. Este artículo se mantuvo en la codificación de la Constitución de 1997.

Por una coyuntura política derivada del derrocamiento de Abdalá Bucaram las fuerzas sociales del Ecuador promueven La Asamblea Nacional Constituyente de 1998. Esta Asamblea es recordada por el conjunto de las organizaciones y movimientos sociales del Ecuador como un espacio privilegiado en el que se buscó la “constitucionalización” de las aspiraciones y búsquedas históricas de todos esos movimientos.

Un grupo de organizaciones públicas y privadas que trabajan en el tema de los derechos de los niños, niñas y adolescentes promovieron la incorporación en la Constitución de normas específicas sobre los derechos de la infancia. Esto se consideró como parte de un proceso destinado al “reconocimiento social de la obligación política, jurídica e institucional que tiene el Estado de satisfacer los derechos de las personas”⁶.

La propuesta de reforma constitucional presentada por el movimiento por los derechos del niño/a tenía los siguientes elementos⁷:

- a) Reconocer que todos los ecuatorianos/as son ciudadanos/as desde su nacimiento;

⁵ Art. 36.-“Los menores tienen derecho a la protección de sus progenitores, de la sociedad y del Estado para asegurar su vida, integridad física y psíquica, salud, educación, identidad, nombre y nacionalidad. Serán consultados de acuerdo con la Ley, protegidos especialmente del abandono, violencia física o moral y explotación laboral. Sus derechos prevalecerán sobre los derechos de los demás”.

⁶ Manuel Martínez. Derechos Humanos, políticas públicas y derechos de los niños y niñas ecuatorianos. Publicado en Niños, Niñas y Adolescentes en la Constitución Ecuatoriana. Foro de la Infancia. Agosto de 1998.

⁷ Las consignas que movilizaron al movimiento por los derechos del niño/a en el proceso de la Asamblea Constituyente eran “niño(a) ciudadano(a), niño(a) prioridad nacional”.

ANÁLISIS DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL ECUADOR

- b) Reafirmar que los niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos humanos, además de los específicos de su edad;
- c) Reconocer ciertos principios y derechos específicos de la infancia y adolescencia;
- d) Determinar las condiciones de la institucionalidad pública encargada de la protección y garantía de los derechos; y,
- e) Establecer las formas de participación de la sociedad civil en la definición, control y evaluación de las políticas públicas, de los programas y los proyectos.

La Asamblea recogió la totalidad de las propuestas hechas por el movimiento a favor de los derechos de la infancia, en un marco constitucional de amplio reconocimiento a los derechos humanos^{8 9}.

⁸ Art. 6.- "...Todos los ecuatorianos son ciudadanos y, como tales, gozan de los derechos establecidos en esta Constitución, que se ejercerán en los casos y con los requisitos que determine la ley".

Art. 48.- Será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás.

Art. 49.- Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; 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 a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas, de conformidad con la ley.

Art. 50.- El Estado adoptará las medidas que aseguren a los niños y adolescentes las siguientes garantías:

1. Atención prioritaria para los menores de seis años que garantice nutrición, salud, educación y cuidado diario.
2. Protección especial en el trabajo, y contra la explotación económica en condiciones laborales peligrosas, que perjudiquen su educación o sean nocivas para su salud o su desarrollo personal.
3. Atención preferente para su plena integración social, a los que tengan discapacidad.
4. Protección contra el tráfico de menores, pornografía, prostitución, explotación sexual, uso de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y consumo de bebidas alcohólicas.
5. Prevención y atención contra el maltrato, negligencia, discriminación y violencia.
6. Atención prioritaria en casos de desastres y conflictos armados.

Sin embargo esta reforma constitucional no es relevante exclusivamente para el país, ya que como señala Emilio García Méndez el artículo 6 (de la Constitución Ecuatoriana) es un ejemplo “...técnico jurídico” de la desvinculación del “concepto de ciudadanía de la estrecha comprensión que lo reduce a un mero sinónimo de derecho a sufragio...”¹⁰.

Estos dos elementos: las disposiciones constitucionales sobre los derechos de la infancia y adolescencia, y la incorporación directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos a la legislación nacional¹¹ dieron el impulso final al proceso de la reforma de la ley.

El Foro de la Infancia, el Instituto Nacional del Niño y la Familia, UNICEF, Projusticia y la Comisión Especializada del Niño, Mujer, Familia y Juventud del Congreso Nacional¹², asumieron la responsabilidad de impulsar el proceso de reforma, proceso que todos coincidían tenía que ser ampliamente participativo y de alta calidad técnica.

7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes nocivos que se difundan a través de cualquier medio, y que promuevan la violencia, la discriminación racial o de género, o la adopción de falsos valores.

Art. 51.- Los menores de dieciocho años estarán sujetos a la legislación de menores y a una administración de justicia especializada en la Función Judicial. Los niños y adolescentes tendrán derecho a que se respeten sus garantías constitucionales.

Art. 52.- 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 derechos. Su órgano rector de carácter nacional se integrará paritariamente entre Estado y sociedad civil y será competente para la definición de políticas. Formarán parte de este sistema las entidades públicas y privadas.

Los gobiernos seccionales formularán políticas locales y destinarán recursos preferentes para servicios y programas orientados a niños y adolescentes.

⁹ El texto final del artículo 50 de la Constitución no fue aprobado por el Pleno de la Asamblea, este texto fue modificado por la comisión encargada de revisar la redacción final. El texto original era “Los menores de dieciocho años estarán sujetos a una legislación especializada y a una administración de justicia especializada en la Función Judicial”.

¹⁰ Los artículos 49, 50, 51, 52 son un verdadero resumen del contenido de la Convención de los derechos del niño. Sin embargo como hemos visto en nuestro texto muchos autores consideran de mayor importancia el texto del artículo 6 de la Constitución.

¹¹ Artículo 163 “Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”.

¹² Posteriormente Plan Internacional asumió de manera decidida apoyar el proceso de aprobación de la Ley.

ANÁLISIS DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL ECUADOR

Se constituyó un “Comité” de la Ley formado por las organizaciones antes señaladas. Este Comité estructuró un “equipo técnico redactor” de amplia competencia técnica a cargo de la preparación de los textos legales y dio inicio al proceso de consulta social a escala nacional¹³.

Para las decisiones de carácter político se formó un Comité Consultivo, en este se encontraba una representación de los diferentes sectores: por el Ejecutivo participó el Ministro de Bienestar Social, por el legislativo la Presidenta de la Comisión de la Mujer, el Niño y la Familia del Congreso Nacional, por la Función Judicial ProJusticia, y varios representantes de sector no gubernamental como el Foro de la Infancia y el Instituto Nacional del Niño y la Familia.

Para el desarrollo del proceso de consulta se formó un Equipo de Participación ciudadana, quien fomentó los procesos de consulta en el ámbito nacional y canalizó las propuestas y comentarios de los diferentes proponentes¹⁴.

La consulta social se articuló alrededor de 29 “Comités de Gestión Local por los Derechos de los niños, niñas y adolescentes” que se organizaron en todo el país. El resultado de este proceso fue la participación directa de más de 200 instituciones (públicas y privadas), de más de 18000 personas (en los que se incluyeron grupos de niños, niñas y adolescentes, autoridades locales y nacionales, profesionales, etc.). Además, se organizaron más de 300 talleres de discusión y validación de la Ley.

El Equipo Técnico Redactor¹⁵, responsable de la preparación de los textos legales, elaboró como insumo de para la discusión pública una Matriz Legislativa¹⁶, que se basó en los principios de la doctrina de la

¹³ El proceso seguido estuvo claramente inspirado en la experiencia venezolana, que al momento de iniciarse la redacción de la Ley ecuatoriana había culminado con la presentación del proyecto de Ley a la legislatura de ese país.

¹⁴ Estas acciones se realizaron gracias al apoyo del INNFA y en coordinación con diferentes organizaciones no gubernamentales.

¹⁵ La coordinación del equipo estuvo a cargo de ProJusticia y contó con el apoyo técnico y financiero de UNICEF e INNFA.

¹⁶ Para una descripción mayor de su contenido y base teórica se puede consultar el trabajo publicado en la primera y segunda edición del presente Libro.

protección integral contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Constitución Política de la República.

Se tomaron varias decisiones que marcaron el proceso general de discusión y preparación de la Ley, se trabajó desde el inicio en la redacción de un “Código¹⁷” con categoría de ley orgánica¹⁸. Se trabajó en cuatro “módulos”, de los cuales el primero (definiciones, principios y derechos) y el cuarto (los mecanismos de protección y garantía de derechos) se encontraban vinculados y eran interdependientes, en cambio el módulo segundo (relaciones familiares) y el cuarto (responsabilidad del adolescente infractor) podían ser retirados sin afectar la coherencia de la Ley.

Esta decisión se tomó debido a que en ese momento se encontraba en marcha la de elaboración de un Código de Familia¹⁹ que contenía materias similares, y se consideró que en caso de aprobación previa de este cuerpo normativo se podía eliminar esta sección de la ley sin afectarla.

En cuanto al módulo sobre responsabilidad penal de los adolescentes infractores, se consideró que por su contenido y naturaleza podía ser tratado y aprobado en forma independiente, sin afectar el contenido sobre protección de derechos.

El proceso de discusión de la ley no estuvo exento de inconvenientes, especialmente por la oposición de ciertos sectores del servicio judicial de menores y de algunas entidades involucradas en los procesos de adopción que iniciaron una fuerte campaña de oposición, defendiendo

¹⁷ La explicación más usada para esto es que en el Ecuador existe una tradición jurídica que considera de un mayor valor a los “códigos”, estos definidos por ser la recopilación de todas las normas sobre una misma materia.

¹⁸ El artículo 142 de la Constitución Política de la República establece que las leyes que regulen 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 que regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección deben ser orgánicas. Estas requieren una mayoría calificada para su aprobación y en la jerarquía normativa se encuentran por encima de la leyes ordinarias.

¹⁹ Este proceso se encuentra detenido en el Congreso Nacional debido a la oposición de los sectores más conservadores de la legislatura y ciertos sectores de la Iglesia Católica.

ANÁLISIS DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL ECUADOR

al Código de Menores de 1992 y descalificando el proceso de elaboración del Código de la Niñez²⁰.

El proyecto fue presentado al Congreso Nacional en el año 2000. De acuerdo a las reglas de aprobación de leyes el primer debate se desarrolló entre el 18 de octubre del 2000 y el 15 de marzo del 2001. El segundo y definitivo debate se dio entre el 8 de noviembre del 2001 y el 30 de octubre del 2002.

El Presidente de la República objetó parcialmente la Ley²¹ y el Congreso Nacional se allanó a la objeción parcial, por lo que ordenó la publicación del cuerpo normativo en el Registro Oficial.

El proceso de aprobación legislativa no estuvo exento de inconvenientes, a la permanente oposición de los funcionarios del viejo sistema que desarrollaron una campaña de desprestigio del 92 la propuesta, disfrazando su defensa gremial con un discurso de defensa del Código de Menores, se sumaron sectores legislativos especialmente conservadores que criticaban a la propuesta por razones ideológico-políticas.

Las principales críticas al interior del Congreso se centraron en cuatro ámbitos: a) críticas de contenido, especialmente en lo referente al sistema integral de protección de la infancia y adolescencia (lo que incluye la reforma del llamado servicio judicial de menores) y lo referente a la responsabilidad penal juvenil; b) críticas de forma, por cuanto se consideraba que era un texto “muy largo” y por tanto de difícil tratamiento

²⁰ Se acusó de que este era un proceso “impuesto” al país destinado a “copiar” modelos extranjeros contrarios a la “cultura jurídica ecuatoriana”, llegando a afirmar que el modelo de tribunales de menores dependientes del ejecutivo, era un “aporte” del Ecuador al pensamiento jurídico.

²¹ El veto parcial estuvo dirigido de manera especial a incrementar la autoridad de los progenitores, y de los adultos en general, un ejemplo de esto son los artículos 45 sobre el derecho a la información “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a buscar y escoger información; y a utilizar los diferentes medios y fuentes de comunicación, con las limitaciones establecidas en la ley **y aquellas que se derivan del ejercicio de la patria potestad**”, el artículo 53 sobre el derecho a la privacidad y a la inviolabilidad del hogar y las formas de comunicación “**Sin perjuicio de la natural vigilancia de los padres y maestros, los niños, niñas y adolescentes** tienen derecho a que se respete la intimidad de su vida privada y familiar; y la privacidad e inviolabilidad de su domicilio, correspondencia y comunicaciones telefónicas y electrónicas, de conformidad con la ley” (el resaltado es nuestro).

para un Congreso que tenía otros temas “urgentes”; c) críticas al alcance de la reforma, ya que algunos sectores legislativos consideraban que era suficiente una reforma al Código de Menores vigente; y, e) crítica a la existencia de legislaciones especializadas, por considerar que estas eran causantes de la “inflación normativa” en el país y en consecuencia de la pérdida de la capacidad regulativa del derecho. Estas últimas críticas consideraban que se debía tramitar reformas al Código de Menores, al Código Penal y al Código Civil, y no un nuevo cuerpo normativo.

En el proceso de aprobación legislativa surgieron dos temas adicionales que dificultaron el proceso de discusión y aprobación de la Ley, el primero que tenía que ver con una disputa entre comisiones legislativas sobre la competencia para tratar el tema de la Ley, ya que los miembros de la Comisión Legislativa de lo Civil y Penal consideraban que ellos tenían que estar a cargo del tratamiento legislativo y no la Comisión Especializada del Niño, Mujer y Familia; el segundo estaba relacionado con las críticas de ciertos sectores al proyecto de Código de Familia que se traducían de manera automática al Código de la Niñez y Adolescencia, ya que algunos sectores comunes propugnaron las dos leyes²².

Las “críticas”, en algunos casos, ocultaban la defensa del status quo, pero muchas de ellas eran evidencias claras de la resistencia ideológica a considerar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos y asumir las implicaciones de ese reconocimiento. Estos temas fueron enfrentados por el grupo promotor de la Ley, por medio de una amplia campaña de cabildeo e información, proceso que fue acompañado por la presión de amplios sectores sociales que sentían a este proyecto como “suyo” por la participación en el proceso de redacción.

Es indudable que estas posiciones tuvieron un impacto en el contenido final de la ley, ya que para favorecer su aprobación se creó una comisión especial legislativa que realizó varias propuestas de cambio, por ejemplo la reducción del número de artículos, especialmente los de procedimiento²³, la modificación en la descripción de algunas institu-

²² Es el caso de la Comisión del Niño, Mujer y Familia del Congreso Nacional y Projusticia.

²³ Por ejemplo se eliminó el procedimiento previsto para la acción de protección.

ANÁLISIS DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL ECUADOR

ciones²⁴, la eliminación de las sanciones de carácter penal²⁵, las normas transitorias sobre el servicio judicial de menores y el paso de los funcionarios de esta institución a los juzgados de la niñez y adolescencia²⁶, entre otros.

Otro elemento que influyó significativamente en el contenido final del Código de la Niñez y Adolescencia es la búsqueda de algunas de las instituciones públicas²⁷ de mantener privilegios o el control de alguna parte de la institucionalidad, por ejemplo el papel de Ministerio de Bienestar Social, a través de su Ministro, como Presidente nato del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia o la participación del INNFA como representante de la sociedad civil en ese Consejo²⁸.

CONTENIDO, PRINCIPIOS Y ESTRUCTURA DE LA NUEVA LEY

Al analizar la “matriz legislativa”²⁹ (publicada en la primera y segunda edición de este libro) que sirvió de base para el Código de la Niñez y Adolescencia se describía a esta como necesaria para “...superar las severas deficiencias de la actual legislación de menores que tiene claros elementos de la vieja doctrina de la Situación Irregular, la misma que fue superada muy parcialmente en la reforma legislativa de 1992. Los inconvenientes de esta doctrina arrancan de una concepción limitante que pone el acento en lo que el niño y el adolescente no son (no adultos) y en un escenario de situaciones de riesgo. Ciertamente es que nuestro Código

²⁴ Se eliminaron varias definiciones, como por ejemplo qué son los alimentos para niños, niñas y adolescentes. Un acuerdo al que llegó esta Comisión, por influencia de los defensores del Código Civil, era el de no introducir cambios a este cuerpo normativo que ya no existieran en el Código de Menores vigente a la fecha, por esto se mantuvo la dualidad en la legislación sobre capacidad o sobre las relaciones de familia.

²⁵ Esto ha implicado que no exista la sanción penal para tráfico de niños y niñas o la sanción para la explotación sexual, etc.

²⁶ Esto ha tenido un impacto significativo en la implementación de la ley, ya que los funcionarios del viejo sistema están a cargo de garantizar la nueva ley, se considera que al margen del entrenamiento que puedan recibir, existe un cambio cultural que muchos de ellos no están dispuestos, o no pueden, transitar, por tanto se están realizando viejas prácticas con nuevas normas.

²⁷ Esta presión también se recibió de parte del INNFA que siendo una entidad privada tiene fondos públicos y se encuentra conducido por la Primera Dama de la Nación.

²⁸ Cómo veremos más adelante esto tiene serias implicaciones en la paridad normativamente estipulada.

²⁹ Este es el documento que sirvió de base para la discusión pública del contenido de la Ley.

de Menores recepta algunos principios y normas de las nuevas tendencias expuestas en la Convención sobre Derechos del Niño y del Adolescente, pero es un hecho demostrado por varios estudios nacionales de indiscutible seriedad, que existe una notoria prescindencia, y violaciones sistemáticas, de las normas de ese instrumento internacional, tanto en el texto legal cuanto en la práctica judicial³⁰.

Está claro que el Código de la Niñez y Adolescencia busca superar a la doctrina de la situación irregular y se encuentra inspirado en los principios de la doctrina de la protección integral. Por tanto la Ley tiene dos características: es “integral” y “garantista”.

El Código como ley “integral”.-

El Código es “integral”³¹ por su contenido, ya que contempla en su texto tanto los derechos, como los responsables y mecanismos de protección y garantía de estos derechos, y en el mismo cuerpo normativo, pero de manera diferenciada, las reglas para el juzgamiento de los adolescentes acusados de un delito³².

También es “integral” porque recoge plenamente la doctrina de la protección integral, de acuerdo a los instrumentos internacionales y a la Constitución Ecuatoriana. Esto se reconoce expresamente en el artículo 1 de la Ley, identifica que la finalidad de la Ley:

³⁰ El Código de Menores de 1992 significó ciertos avances con relación a la legislación vigente hasta ese momento, particularmente se modificó el tratamiento legislativo respecto a los adolescentes acusados de infracciones a la ley penal, estableciendo todas las garantías del debido proceso, no permitiendo las medidas de plazo indefinido, etc. Se recogieron en el texto la mayor parte de derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, se mejoró sustancialmente las normas sobre adopciones y se avanzó en el establecimiento de formas de participación de la sociedad en la definición de políticas y en la implementación de programas y servicio. 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, etc.

³¹ Esta caracterización esta tomada de Mary Beloff, en el artículo “Los sistemas de responsabilidad penal en América Latina” que se encuentra contenido en la primera y segunda edición de este libro.

³² El otro modelo normativo es que trata en textos jurídicos diferenciados a los temas de protección y responsabilidad penal juvenil.

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** (los resaltados son nuestros)³³.

Algunos de los elementos que caracterizan a una legislación basada en la doctrina de protección integral son: la consideración jurídica de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos, por tanto se busca garantizar el pleno desarrollo de todos los niños y adolescentes, enfatizando su condición de ser humano en pleno desarrollo, sin dirigirse exclusivamente a aquellos niños y adolescentes que tienen carencias o cuyos derechos han sido violados. Por esto la Ley no se organiza en función de situaciones de violación a derechos, sino a raíz del reconocimiento de los derechos del conjunto de la niñez-adolescencia. La excepción a esto es el tratamiento diferenciado del trabajo infantil; y, del maltrato, explotación sexual, abuso, tráfico y pérdida de niños.

En la segunda edición de este libro se caracterizaba al proyecto de ley como derivado de la protección integral por los siguientes elementos:

“...se fundamenta en los siguientes principios: los niños y adolescentes son titulares todos los derechos humanos, además de los específicos para su edad³⁴; los derechos funcionan sobre la base de un principio de indivisibilidad y no jerarquización de estos; se reconoce las diferencias entre niñez y adolescencia, por tanto la posibilidad de ejercicio progresivo de los derechos; el reconocimiento de que son exigibles tanto los derechos individuales, como los colectivos; que son derechos directamente

³³ Artículo 1 del Código de la Niñez y Adolescencia.

³⁴ Artículo 49 Constitución Política de la República

aplicables e invocables ante cualquier juez o autoridad³⁵; la enumeración de los derechos no excluye a otros que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material y que deriven de su naturaleza como persona³⁶.

Por el reconocimiento de su titularidad de derechos, también se reconoce la existencia de obligaciones compatibles con su edad y desarrollo, así como se reconoce la existencia de responsabilidad penal juvenil, con un tratamiento diferenciado al de los adultos y rodeado de garantías.

Sobre la base de la declaración de los derechos el conjunto de la legislación se organiza alrededor de la determinación de estrategias y medios para lograr el respeto y la efectivización de los derechos individuales y colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes, así como protegerlos en caso de que se encuentren en una situación de amenaza o violación a sus derechos, sea por acción u omisión del Estado, la sociedad, los particulares y sus padres o responsables, para esto se establece y organiza un sistema de protección integral para garantizar y proteger los derechos, estableciendo políticas, instituciones, programas, medidas, sanciones, recursos y procedimientos³⁷.

El Código como ley “garantista”.-

El Código de la Niñez y Adolescencia no deja duda alguna sobre la “justiciabilidad”³⁸ directa de todas las clases de derechos declarados, inclusive de los económicos, sociales y culturales, pero también deja claro que no es posible que la totalidad de las normas sean efectivas a partir de la vigencia formal de la ley. Esto es importante recordar, y abandonar, la

³⁵ Artículo 18 Constitución Política de la República

³⁶ Artículo 19 Constitución Política de la República

³⁷ Simon y Parraguez. Op. Cit.

³⁸ La “justiciabilidad” en el marco de este trabajo se entiende como la facultad que tienen los jueces (o las juntas cantonales de protección de derechos) de declarar la violación (o amenaza de violación) de un derecho específico, tomar la medida (o medidas) de protección que se requieran, sancionar al responsable por la acción (u omisión) de sus obligaciones y ordenar la restitución y reparación del derecho violado.

falacia “normativista” por la cual se confunde la realidad con el derecho, en sus dos vertientes: el derecho debe representar a la realidad y, el derecho transforma la realidad.

Nos parece que es claro que uno de los objetivos más importantes de la ley es cambiar una realidad marcada por el abuso, desconocimiento y exclusión de la infancia y adolescencia. Obviamente esto no quiere decir que no se reconozca que la misma tiene base en la realidad, que se nutre de ella y que esta es su mayor fundamento, pero el derecho no puede “reflejar” la realidad, sino busca transformarla a partir de los derechos³⁹.

La segunda afirmación, la aprobación de la ley cambia la realidad, se enfrenta a un hecho concreto, el Código contiene normas de aplicación inmediata (por ejemplo aquellas de procedimiento, los cambios relativos a las regulaciones sobre capacidad, etc.), pero otras regulaciones requieren de medidas adicionales, como desarrollos normativos secundarios, asignación de recursos, reformas institucionales, provisión de fondos, entrenamiento y capacitación, etc., en fin hay que tomar una serie de acciones para que esas disposiciones se vuelvan efectivas.

Para esto la Ley establece una serie de condiciones institucionales, administrativas y económicas para que las normas declaradas se concreten en la realidad, en resumen la ley tiene un conjunto de garantías destinadas a reducir la distancia que existe entre lo declarado (deber ser) y la realidad (el ser), por esto recogemos la definición de “garantías” de Luigi Ferrajoli: “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 fundamentales”⁴⁰.

Naturaleza jurídica del Código.-

El Congreso Nacional calificó al Código de la Niñez y Adolescencia como “ley orgánica”, esto en correspondencia al artículo 142 de la Constitución Política de la República que establece que, entre otras,

³⁹ Este tema se encuentra ampliamente tratado en el artículo de Emilio García Méndez “Infancia, Ley y Democracia en América Latina” ya citado anteriormente.

⁴⁰ Luigi Ferrajoli. “Derechos y garantías. La ley del más débil”. Editorial Trotta. Madrid. 2001.

deben ser leyes orgánicas aquellas que “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”.

Por ser una ley orgánica sus disposiciones fueron aprobados por una mayoría absoluta de los miembros del Congreso Nacional, pero lo más importante de esta declaración es que es una ley jerárquicamente superior a las leyes ordinarias de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución.

Algunos sectores opinan que la declaración global del Código como “ley orgánica” es un error, ya que se considera que las condiciones constitucionales la cumplen solo ciertas normas.

Contenido.-

Como resultado de su característica de “integral”, el Código de la Niñez y Adolescencia se organiza en cuatro libros:

Libro Primero: Los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.

Libro Segundo: El niño, niña y adolescente en sus relaciones de familia.

Libro Tercero: Del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la niñez y adolescencia.

Libro Cuarto: Responsabilidad del Adolescente Infractor.

Libro Primero: Los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.-

En este primer libro se contienen las definiciones, principios y derechos, además las reglas sobre trabajo infantil y el tratamiento al maltrato, explotación y pérdida de niños y niñas.

Definiciones.-

En esta primera parte se establece la finalidad de la ley, la misma que es la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben

garantizar a todos niños, niñas y adolescentes, para lograr el desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, para lo que regula el goce, ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de estos, así como los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos(artículo 1).

Se establece quienes son los sujetos protegidos por el Código, “todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad” (artículo 1)⁴¹.

Se define jurídicamente a niños y niñas como todas las personas que no han cumplido 12 años de edad, y a los adolescentes como las personas, de cualquiera de los dos sexos, entre 12 y 18 años de edad (artículo 4). Esta definición es de gran trascendencia a lo largo de la ley, por ejemplo a los niños y niñas se les debe consultar su opinión en los casos de adopción, a los adolescentes se les solicita su consentimiento cuando se encuentre en posibilidades de darlo; los niños y niñas son inimputables e irresponsables penalmente, los adolescentes son inimputables pero responsables penalmente⁴². Con relación a esta definición se establece la siguiente regla de presunción de la edad: “cuando exista duda sobre la edad de una persona, se presumirá que es niño o niña antes que adolescente; y que es adolescente, antes que mayor de dieciocho años” (artículo 5).

Esta disposición no modifica las definiciones contenidas en el Código Civil, por ejemplo infantes, impúberes, púberes, menor adulto, etc., ya que su alcance se refiere al Código de la Niñez y Adolescencia.

Principios de la ley.-

⁴¹ Esto se declara en concordancia con la Constitución que establece la necesidad de protección al que esta por nacer. Hay algunos casos de protección a personas mayores de esa edad previstos por el Código, por ejemplo la posibilidad de demandar alimentos para personas de más de 18 años que tengan alguna incapacidad física o mental.

⁴² Otro tema importante tratado en la primera parte de la Ley es la regla sobre “supletoriedad general”, en la que se establece que en “lo no previsto expresamente por este Código se aplicarán las demás normas del ordenamiento jurídico interno, que no contradigan los principios que se reconocen en este Código y sean más favorables para la vigencia de los derechos de la niñez y adolescencia” (artículo 3).

Los principios del Código son: igualdad y no discriminación⁴³; interculturalidad⁴⁴; corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia⁴⁵; función básica de la familia y responsabilidad compartida de los progenitores⁴⁶; deber del Estado frente a la familia⁴⁷; interés superior del niño⁴⁸; prioridad absoluta⁴⁹; ejercicio progresivo⁵⁰; y, aplicación e interpretación más favorable de la ley al niño, niña y adolescente⁵¹.

⁴³ “Todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia; color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares. El Estado adoptará las medidas necesarias para eliminar toda forma de discriminación.”(artículo 6)

⁴⁴ “La ley reconoce y garantiza el derecho de los niños, niñas y adolescentes de nacionalidades indígenas y afroecuatorianos, a desarrollarse de acuerdo a su cultura y en un marco de interculturalidad, conforme a lo dispuesto en la Constitución Política de la República, siempre que las prácticas culturales no conculquen sus derechos.”(artículo 7)

⁴⁵ “Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños; niñas y adolescentes. El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna.” (artículo 8)

⁴⁶ “La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.
Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos.”(artículo 9)

⁴⁷ “El Estado tiene el deber prioritario de definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia para cumplir con las responsabilidades especificadas en el artículo anterior.” (artículo 10)

⁴⁸ “El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento
Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.
Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla”(artículo 11).

⁴⁹ “En la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a las que se asegurará, además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran.
Se dará prioridad especial a la atención de niños y niñas menores de seis años.

De los derechos, garantías y deberes.-

En esta sección de la ley se recogen los principales derechos y garantías consagradas en las normas constitucionales e instrumentos internacionales en favor de los niños y adolescentes, además, en algunos casos, se desarrollan ciertas implicaciones de estos. Dos consideraciones llevaron a esto “Una de orden simplemente metodológico, ya que proporciona una visión unitaria del sistema y, por lo mismo, facilita su comprensión y aplicación. La otra pertenece al fondo y tiene que ver con el hecho de que, una vez recogidos categóricamente por la ley secundaria, se disipa cualquiera duda que pudiera abrigarse sobre la concreción y exigibilidad práctica de los derechos y garantías constitucionales en la materia que nos interesa”⁵².

Se reitera que los niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos, además de los específicos de su edad, se clasifica a los derechos por el objetivo que estos tienen en la vida de los niños, niñas y adolescentes: supervivencia, protección, participación y desarrollo, alejándose de esta manera de las formas tradicionales de clasificación. Se reconoce que los derechos son “interdependientes, indivisibles”⁵³ y que estos (y las garantías) son “... potestades cuya observancia y protección son exigibles a las personas y organismos responsables de asegurar su eficacia...”⁵⁴.

En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás”(artículo 12)

⁵⁰ “El ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez. Se prohíbe cualquier restricción al ejercicio de estos derechos y garantías que no esté expresamente contemplado en este Código”(artículo 13)

⁵¹ “Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño” (artículo 14).

⁵² Simon y Parraguez . Op. Cit.

⁵³ Artículo 16 del Código de la Niñez y Adolescencia.

⁵⁴ Artículo 18 del Código de la Niñez y Adolescencia.

En el primer libro además se contiene: un listado de deberes de los niños, niñas y adolescentes (artículo 64), reglas especiales sobre la capacidad jurídica de los adolescentes (artículo 65), y reglas sobre la responsabilidad civil de los niños, niñas y adolescentes (artículo 66).

Una disposición importante contenida en esta sección es el reconocimiento de la plena capacidad de los adolescentes para “ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías” (derecho de petición). En el caso de los niños y niñas, se reconoce que estos “podrán pedir directamente auxilio para la protección de sus derechos cuando deban dirigir la acción contra su representante legal”

Finalmente el libro primero contiene las disposiciones referentes a la protección contra el maltrato, abuso, explotación sexual, tráfico y pérdida, y las reglas sobre trabajo infantil, definiéndolas y estableciendo las medidas de protección y las sanciones cuando se produce una amenaza o violación a estos derechos. Lamentablemente por una decisión del Congreso Nacional se eliminaron las sanciones penales (a excepción de las multas), dándose el caso que en el Ecuador no existe el delito de tráfico de niños o el de explotación sexual.

En el caso del trabajo infantil se establece la prohibición de explotación laboral a niños, niñas y adolescentes, siendo responsables la sociedad, la familia y el Estado de elaborar y ejecutar políticas, planes y programas tendientes a erradicar el trabajo de los niños/as y adolescentes menores de 15 años y los trabajos prohibidos para los menores de 18 años y mayores de 15.

Se fijaron los 15 años como edad mínima para el trabajo, a excepción de aquellos trabajos de naturaleza educativa o vinculados a prácticas ancestrales, que no sean violatorios a sus derechos⁵⁵.

Se reconoce que los adolescentes trabajadores tienen todos los derechos laborales, pero ciertas condiciones especiales como jornadas

⁵⁵ Esta edad se ha establecido con relación al fin de la educación básica obligatoria, y es concordante con las normas internacionales sobre la materia. Ecuador a ratificado el Convenio 182 y el 138 de la OIT.

reducidas, prohibición de trabajo en fines de semana o en las noches. Se establece un listado de trabajos prohibidos por ser perjudiciales o peligrosos para los adolescentes, y se crea un mecanismo por el cual se puede ampliar este listado por parte del Consejo Nacional de Derechos. Para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes menores de 15 años que dejen de trabajar por estas disposiciones se establecen una serie de medidas de protección y se crean sanciones aplicables por violación a las disposiciones relativas a las regulaciones referentes a trabajo.

Libro Segundo: El niño, niña y adolescente en sus relaciones de familia⁵⁶.

Las relaciones de familia de los niños, niñas y adolescentes se regularon, sobre la base de lo dispuesto por el Congreso Nacional, exclusivamente en aquellos temas ya tratados por el Código de Menores de 1992, lo que implicó mantener una duplicidad en estas materias. Los principales aspectos tratados son:

- a) Se mantuvo la regulación de la patria potestad diferenciado sus contenidos patrimoniales y extrapatrimoniales, desarrollándose las reglas sobre su ejercicio, el mismo que se consagra en favor de ambos progenitores, salvo en los casos de separación, en que se la entrega a aquél a quien se ha confiado la tenencia del hijo. Se diferencia por primera vez con claridad la titularidad del ejercicio, y se disipa cualquier duda respecto a que el titular de la tenencia ejerce plenamente esta potestad, incluida la representación legal del hijo, sin necesidad de la concurrencia, consentimiento u opinión del otro progenitor, para quien solamente se reserva la facultad de oponerse a los actos y decisiones del tenedor que estime inconvenientes para el niño o el adolescente.

Se establece con claridad diferencias entre limitación, suspensión, terminación de la patria potestad.

⁵⁶ El análisis del Libro Segundo se preparó sobre la base de lo publicado en el análisis de la matriz legislativa preparada por el autor de este artículo con Luis Parraguez.

- b) En el ámbito de la patria potestad se modificó la forma en que se otorga la autorización para que el niño y el adolescente puedan salir del país, y cuyo tratamiento ocupaba gran parte del tiempo de la antigua administración de justicia de menores, se optó por una medida práctica: la autorización extrajudicial ante Notario, cuando existe acuerdo entre los padres. Sólo en casos de ausencia de uno de los padres o de controversia entre ellos, deberá recurrirse a la justicia especializada del niño y del adolescente.
- c) En cuanto al comúnmente llamado derecho de visita, que en la práctica del sistema minorista solía ser entendido como un derecho del padre o madre privados de la tenencia del hijo, en la ley se regula como un derecho que compete a padres e hijos, pero con énfasis en la titularidad del niño o adolescente
- d) Se mejoraron ostensiblemente las reglas sobre tenencia, visitas, derecho de alimentos^{57 58}, y adopción (sí bien es una medida judicial de protección, se lo trató en esta sección por ser una forma de establecimiento de la filiación).

Libro Tercero: Del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la niñez y adolescencia

El Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia se lo define 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

⁵⁷ En alimentos se incluyó la posibilidad de que los jueces de la niñez y adolescencia puedan declarar la paternidad en caso de que el hijo/a no haya sido reconocido y exista un examen de ADN positivo, constituyéndose en el primer caso normativo de reconocimiento del valor de estas pruebas científicas para la declaración de paternidad y maternidad.

⁵⁸ Algunas de las críticas al Código de la Niñez se han centrado en esta sección por razones de carácter procesal, lamentable algunos sectores “defensores” de los derechos limitan la discusión sobre la protección a los derechos al de los alimentos.

adolescentes, establecidos en este Código, la Constitución Política y los instrumentos jurídicos internacionales⁵⁹.

Esta conformado por organismos, entidades y servicios públicos y privados, repartidos en tres grupos:

- Organismos de definición, planificación, control y evaluación de políticas, que son el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia; y, los Consejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia;
- Organismos de protección, defensa y exigibilidad de derechos que son: las Juntas Locales de Protección de Derechos; la Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia; y, otros organismos como las defensorías comunitarias;
- Organismos de ejecución de políticas, planes, programas y proyectos, que son las entidades públicas de atención; y las entidades privadas de atención.

Estos organismos en el ámbito de su competencia definen, ejecutan, controlan y evalúan las políticas, planes, programas y acciones con el propósito de garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia y define medidas, procedimientos, sanciones y recursos, en todos los ámbitos, para asegurar la vigencia, ejercicio, exigibilidad y restitución de los derechos.

Los dos grandes ejes de su accionar son el garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia y asegurar la vigencia, ejercicio, exigibilidad y restitución de los derechos. Estos organismos y entidades actúan de manera articulada y coordinada, basan su accionar en la Constitución Política del Estado, los instrumentos internacionales y el Código, que de forma específica establece los siguientes principios: 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.

⁵⁹ Artículo 190 Código de la Niñez y Adolescencia.

Los programas se encuentran en el nivel de las acciones y pueden representar una amplísima variedad, por lo que su enumeración será ejemplificativa.

Los órganos administrativos del sistema se encuentran divididos en: órganos de definición de políticas, nacionales y locales y en órganos de protección de derechos locales.

Los órganos de definición de políticas son entendidos como los espacios responsables por velar por el cumplimiento de los derechos colectivos y difusos declarados, se conforman de manera paritaria entre el Estado y la Sociedad Civil, y definen las políticas, controlan su ejecución y absuelven consultas en los ámbitos de sus competencia.

Las políticas son el conjunto de orientaciones y directrices que guían las acciones que se desarrollan para asegurar la vigencia de los derechos y garantías son públicas en el sentido en que éstas son formuladas entre el Estado y la sociedad civil (más adelante veremos la naturaleza, composición y atribuciones de dichos órganos); se refieren a las orientaciones, directrices que deberán guiar las acciones, y no a una acción en particular; emanan de órganos debidamente autorizados; su finalidad es garantizar el ejercicio y pleno goce de los derechos; y, son de carácter obligatorio.

Los órganos de protección se encargan de proteger a los niños, niñas y adolescentes en caso de amenaza o violación de sus derechos y garantías individuales o individualmente violados. Son entidades públicas, vinculadas al gobierno local, son permanentes y autónomos.

Estos son los encargados de conocer, en los casos puestos a su conocimiento o actuando de oficio, las medidas de restitución de derechos y para esto tendrían una amplia competencia que incluye; tomar las medidas de protección, promover la ejecución de medidas, interponer acciones ante órganos jurisdiccionales y denunciar al Ministerio Público cuando en una violación a los derechos exista un delito.

ANÁLISIS DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL ECUADOR

En cuanto a la administración de justicia (jueces de la niñez y adolescencia) se produce una transformación radical, se traslada la administración de justicia a la Función Judicial, se abandonó la composición pluridisciplinaria, vigente desde 1938, y heredera del modelo asistencial, que no garantizaba los principios de legalidad y debido proceso. Este modelo se reemplazó por una judicatura unipersonal, independiente, letrada, especializada, con discrecionalidad regulada y sólida preparación en los fundamentos y normas que hacen la Doctrina de la Protección Integral, asistida por unidades técnicas multidisciplinarias (organismo técnico auxiliar) con funciones periciales. El procedimiento judicial es oral, en concordancia a lo dispuesto por la Constitución.

Se garantiza que todo fallo sea motivado jurídicamente, para asegurar la equidad y legalidad de las resoluciones judiciales.

Las entidades y servicios de atención son las instituciones públicas o privadas que ejecutan los programas, las medidas y las acciones de protección, para controlar su operación se propone la creación de un sistema de registro, autorizaciones, controles y supervisión de las entidades, que estaría a cargo de los Consejos locales. La ley establecerá los requisitos, condiciones de funcionamiento y demás aspectos que deben cumplir estas entidades, que únicamente podrían funcionar si cuentan con su registro y aprobación.

Para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes se proponen establecer una serie de procedimientos y medidas de protección.

Los procedimientos se han dividido en administrativos y jurisdiccionales:

El procedimiento administrativo de protección de derechos se lleva frente a la junta cantonal de protección de derechos o ante el juez de la niñez y adolescencia. Tres son los asuntos para los que este procedimiento es el adecuado: a) La aplicación de medidas de protección cuando se ha producido una amenaza o violación de los derechos individuales o colectivos de uno o más niños, niñas o adolescentes; b) el conocimiento y sanción de las infracciones sancionadas con amonestación; y, c) el

conocimiento y sanción de las irregularidades cometidas por las entidades de atención.

Los procedimientos judiciales son dos: la acción judicial de protección, que tiene por objeto un requerimiento (orden) para la protección de los derechos colectivos y difusos de la niñez y adolescencia, y consiste en la imposición de una determinada conducta de acción u omisión, de posible cumplimiento, dirigido a la persona o entidad requerida, con las prevenciones contempladas en la ley; y, el procedimiento contencioso general, que se aplica para la sustanciación de todas las materias contenidas en el Libro Segundo, y las del Libro Tercero cuya resolución es de competencia privativa del Juez de la Niñez y Adolescencia. Los asuntos contenidos en el Libro Segundo son: el abandono del hogar; patria potestad y los temas relacionados: asignación, suspensión, limitación, privación, pérdida y restitución de la patria potestad; tenencia, tutela y régimen de visitas; alimentos (y la posible declaración de paternidad derivado de la reclamación de alimentos sin prueba del estado civil); alimentos a la mujer embarazada; y, adopción (qué es una medida judicial de protección pero contenida en el libro segundo). Los asuntos contenidos en el Libro Tercero son: medidas judiciales de protección (acogimiento familiar y acogimiento institucional)⁶⁰; y el juzgamiento por retardo en la administración de justicia a los miembros de los Consejos de la Niñez y Adolescencia y de las Juntas de Protección.

Los tres elementos finales del sistema son las medidas, las sanciones y los recursos.

En cuanto a las medidas son determinadas por la autoridad correspondiente con la finalidad de restituir los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sufrido amenaza o violación de derechos sean de carácter individual o colectivo.

Las medidas son aplicables tanto a los niños, como a los padres o responsables de estos, algunas de las medidas de protección consideradas son: ingreso a los niños en programas de protección, matrícula u orden

⁶⁰ Otra medida de protección de competencia exclusiva de los jueces de la niñez y adolescencia pero que tiene un trámite especial es el de allanamiento y recuperación víctima de una práctica ilícita (artículo 79).

ANÁLISIS DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL ECUADOR

de matriculación en establecimientos públicos o privados de educación, amonestación a los padres, orden de cuidado a los propios padres o responsables, tratamiento médico, psicológico o de otro tipo a los padres o responsables y al propio niño o adolescente, separación del maltratante, abrigo, colocación familiar y adopción.

En cuanto a las sanciones, estas se proponen como medidas a ser aplicadas a los que violen los derechos del niño ya que los responsables de dichas violaciones pueden ser sujetos de sanciones, las sanciones propuestas pueden ser de carácter civil o penal. Las de carácter penal son exclusivamente multas.

En cuanto los recursos la ley establece la existencia del Fondo Nacional para la Protección de la Niñez y Adolescencia (FONAN), que tiene por finalidad financiar: programas y proyectos de atención a la niñez y adolescencia; y, estudios e investigaciones sobre la niñez y adolescencia. El Fondo se nutre de los aportes, subvenciones y subsidios que fueren acordados en su favor por instituciones públicas y privadas, nacionales y extranjeras; tasas por inscripción de entidades y programas de atención a la niñez y adolescencia; recursos provenientes del Fondo de Solidaridad; recursos provenientes de convenios de cooperación internacional; el 1% de los recursos provenientes del FODINFA; las patentes anuales de operación de entidades de adopciones y de centros de desarrollo infantil privados; el 1% de la cooperación internacional a entidades de atención a la niñez y adolescencia; y, donaciones, herencias y legados que se hicieren a su favor.

Además, se establece la posibilidad de que los gobiernos municipales puedan constituir fondos para el financiamiento de programas, proyectos, acciones e investigaciones para la niñez y adolescencia, elaborados por los organismos locales del Sistema y aprobados por el respectivo Concejo Municipal, en el marco de sus políticas y planes locales.

Los Fondos serán administrados, de conformidad con el reglamento aprobado para el efecto, por los respectivos Consejo Nacional y Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia.

Libro Cuarto: Responsabilidad del Adolescente Infractor.

En materia de responsabilidad penal juvenil, el Código confirma y perfecciona algunos aspectos que ya se esbozaron en el Código de Menores de 1992, en función de los artículos 38 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño y posteriormente consolidados por la Constitución de 1998.

El sistema propuesto parte de la premisa de que el adolescente es responsable de sus actos y que la justicia penal especializada⁶¹, dentro de las garantías de legalidad y debido proceso, debe arbitrar las medidas que le correspondan como infractor. Asegura el respeto a los derechos humanos de los adolescentes y fomenta su desarrollo integral con el fin de reintegrarlos a la sociedad para que ejerzan a plenitud sus derechos

Algunos elementos del tratamiento normativo actual son:

1. Se reconoce que los niños y niñas (personas menores de 12 años de edad) no son responsables penalmente y son absolutamente inimputables, por tanto si se les acusa del cometimiento de delitos se toman solamente medidas de protección.
2. Los adolescentes (entre 12 y 18 años) son inimputables penalmente, es decir no pueden ser juzgados por jueces penales ordinarios⁶² ni se les aplica las sanciones previstas por las leyes penales, pero son responsables penalmente (además de responsables civilmente en los términos del Código Civil) por los delitos que cometan y están sujetos a las medidas socio-educativas establecidas en el Código si se determina que han tenido un grado de participación en el hecho del que se les acusa, y siempre que no exista una causa de excusa o justificación.

⁶¹ Este es uno de los temas en el que se puso en evidencia la ambigüedad en la consideración de la infancia, ya que por un lado algunos sectores buscaban que se mantenga un tratamiento en base a la declaratoria de "situación irregular", varios buscaban que se disminuya la edad de imputabilidad a los 16 años.

⁶² Una excepción a la prohibición del juzgamiento por parte de jueces penales es aquella contenida en el artículo 263 del Código que establece que en los cantones en que no exista Juez de la Niñez y Adolescencia, el conocimiento y resolución de las materias relacionadas con la responsabilidad del adolescente infractor corresponde al Juez Penal, quién debe aplicar las normas de la legislación especializada, es decir el procedimientos y las medidas contenidas en el Código de la Niñez y Adolescencia.

ANÁLISIS DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL ECUADOR

La medida más compleja es la de “internamiento institucional” hasta por un máximo de cuatro años, medida que se cumple en un centro especializado solo para adolescentes. Esta se limita a los delitos más graves.

3. Se garantiza plenamente el principio de legalidad en el juzgamiento a los adolescentes acusados de delitos, es decir, únicamente pueden ser juzgados por aquellas conductas tipificadas como delitos por la ley penal.
4. Se aplican todas las restantes garantías del debido proceso (la única que se establece de manera diferenciada es el principio de “publicidad”, que existiendo para las partes impide la entrega de información a terceros). Algunos de los principios son: presunción de inocencia, derecho a la defensa, derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial, etc. El nuevo Código estructura un procedimiento que se “toma en serio” las garantías declaradas. Uno de los ejemplos más notorios de esto es la creación de los “Procuradores de Adolescentes” que son fiscales especializados en adolescencia, en concordancia con la norma constitucional que encarga el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público, y además que permite al juez especializado mantener su imparcialidad en los casos sometidos a su conocimiento.

Los procuradores de adolescentes deben actuar, por los objetivos del proceso de juzgamiento de delitos cometidos por adolescentes infractores, promoviendo el fortalecimiento “... el respeto del adolescente por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, promover la reintegración del adolescente y que éste asuma una función constructiva en la sociedad”⁶³.

5. Se establece un sistema acusatorio de conocimiento mediante audiencias, garantizando el principio de la debida defensa. El

⁶³ Artículo 309 del Código de la Niñez y Adolescencia.

- adolescente podrá ser escuchado, podrá interrogar a los testigos y peritos y contradecir la prueba.
6. El proceso diseñado es breve, totalmente oral, con múltiples salidas anticipadas (conciliación, remisión, suspensión condicional), con un alto contenido garantista.
 7. La medida cautelar de privación de la libertad esta circunscrita a casos de extrema gravedad, ya que se la considera excepcional. Se contempla un amplio catálogo de medidas socio-educativas, las que tienen por finalidad “lograr la integración social del adolescente y la reparación o compensación del daño causado”. Las medidas establecidas en la ley son amonestación, amonestación e imposición de reglas de conducta; orientación y apoyo familiar; reparación del daño causado; servicios a la comunidad; libertad asistida; internamiento domiciliario; internamiento de fin de semana; internamiento con régimen de semi-libertad; e, internamiento institucional⁶⁴.
 8. Para las contravenciones se establece un procedimiento sumario especial donde no cabe medidas de privación de la libertad.
 9. El procedimiento de impugnación garantiza que el superior, falle con celeridad y equidad;
 10. La ejecución de las medidas socio-educativas se puede realizar en centros especializados privados, pero es responsabilidad del Estado, el control policial de las medidas, el control de los programas y el financiamiento de las medidas.
 11. Todas las medidas socio-educativas son revisables y modificables si han cumplido con su objetivo. Esta posibilidad se encuentra a cargo del Juez de Infancia y Adolescencia.

⁶⁴ Esta medida se aplica únicamente a adolescentes infractores mayores a catorce años de edad y por infracciones que en la legislación penal ordinaria son sancionadas con reclusión. A los adolescentes menores a catorce años, se les aplicará únicamente en los delitos de asesinato, homicidio, violación, plagio de personas y robo con resultado de muerte.

ALGUNOS PROBLEMAS DE LA LEY.-

El Código de la Niñez y Adolescencia tiene algunos “problemas”, que como se señaló anteriormente, se deriva de algunas condiciones del proceso de discusión y aprobación, otras del proceso de implementación. En nuestra opinión las principales son:

1. La eliminación de normas procesales, medidas y sanciones por parte del Congreso Nacional disminuyeron la capacidad de acción del sistema nacional descentralizado, y por tanto limitaron de manera sensible sus posibilidades de proteger y garantizar los derechos. Algunos ejemplos son: la eliminación de sanciones penales para los casos de explotación sexual, tráfico, etc., la inexistencia de normas procesales para la acción judicial de protección que ha hecho que algunos administradores de justicia se nieguen a tramitar estas acciones.
2. La composición del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia tiene una estructura que asegura la paridad entre estado y sociedad civil solamente en el discurso, ya que el Instituto Nacional de la Infancia y Adolescencia (INNFA), que consta como representante de la sociedad civil, se encuentra presidido por la esposa del Presidente de la República y maneja fondos públicos, lo que hace muy poco creíble que actúe de manera independiente.
3. Las normas transitorias establecieron que quienes conforman la justicia de niñez y adolescencia sean los operadores del viejo sistema, quienes sin capacitación y formación adecuada se encuentran trabajando con una nueva ley aplicando viejas prácticas y concepciones;
4. La falta de medidas del conjunto de la institucionalidad pública para transformarse para la aplicación de la nueva legislación, ya que las normas de transición no establecieron de manera clara la forma, los plazos y los recursos que se requerían para esto;
5. La deficiente capacitación al conjunto de personas e instituciones involucradas en la aplicación de la ley, que ha provocado que se

reproduzcan viejas prácticas en la aplicación del Código o, se incrementen las resistencias derivadas del juzgamiento de la nueva ley con viejas concepciones ideológicas, que se mantienen aún en varios espacios, especialmente en la mayor parte de la formación universitaria.

6. La demora en la toma de decisiones claves, como por ejemplo la conformación del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, el mismo que se produjo tras un largo y complejo proceso, que dio como resultado un Consejo dependiente de intereses de ciertos sectores (los más numerosos) que trabajan con la niñez y adolescencia, especialmente de los programas de atención de niños de menos de cinco años;
7. La no separación de la autoridad judicial que trata la fase inicial del juzgamiento de los adolescentes acusados de delitos y del juzgamiento de estos, impide que quien resuelve no haya tenido contacto previo con el caso y por tanto se afecta la imparcialidad del juzgamiento;
8. La insuficiencia de recursos del Estado para tomar las acciones necesarias para la implantación de la ley, o para desarrollar los programas y proyectos que se derivan de la misma;
9. Los limitados recursos humanos debidamente capacitados para acompañar el proceso de implantación de la Ley, esto se deriva del divorcio que existe entre la formación de los profesionales en las universidades y los nuevos contenidos normativos, en la mayor parte de centros universitarios se continúa enseñando conceptos, categorías y principios incompatibles con la doctrina de la protección integral;
10. Una cultura “reglamentarista” que ha hecho depender la aplicación de la ley a la existencia de un conjunto de normas de carácter secundario, debilitando de esta manera las reglas sobre aplicación directa de los derechos.

Retos de la implementación.

A partir de la publicación del Código de la Niñez y Adolescencia se ha generado un debate sobre la llamada “aplicabilidad” de la ley, en el proceso

de defensa del Código hemos insistido en diferenciar vigencia, validez o legitimidad y eficacia. Esto especialmente por los intentos de que el Código de la Niñez y Adolescencia sea declarado inconstitucional⁶⁵.

No hay duda de que el Código de la Niñez y Adolescencia esta vigente ya que esto se refiere, en su sentido técnico-formal, a que la norma fue regularmente aprobada, promulgada y publicada de acuerdo a las disposiciones vigentes, por tanto que existe jurídicamente y se vuelve de observancia obligatoria (algunos autores dicen que se vuelve exigible en términos jurídicos). El Código, como todos sabemos esta vigente desde el 3 de julio del año pasado, una vez que se cumplió la *vacatio legis* prevista en el Código publicado en el Registro Oficial de 3 de enero (debemos recordar que existieron normas de vigencia anticipada como las relativas a la justicia especializada y hay otras normas que tienen un plazo mayor de vigencia, como por ejemplo el plazo de 18 meses para la organización de los Consejos Cantonales).

Cuando hablamos de **validez o legitimidad** nos referimos a la conformidad de las normas del instrumento con las normas de jerarquía superior en el ordenamiento jurídico, en este caso por la naturaleza orgánica del Código, se debe corresponder a la Constitución y a los instrumentos internacionales. No existe dudas sobre la correspondencia del Código con estos instrumentos, de hecho fue redactado pensando en compatibilizar la legislación nacional con estos instrumentos. Esta afirmación la hacemos al margen de la anecdótica existencia de una infundada demanda de inconstitucional presentada al Tribunal Constitucional, la cual ha recibido rechazo de todos los sectores y que estamos seguros que si el tribunal actúa conforme a derecho la desechara en su totalidad.

Finalmente cuando hablamos de **eficacia** nos estamos refiriendo a que es capaz de producir los efectos previstos en sus disposiciones.

⁶⁵ Una demanda de inconstitucionalidad en contra del Código se presentó ante el Tribunal Constitucional a fines del 2003, el peticionario es un ex – funcionario del servicio judicial de menores apoyado, especialmente, por una serie de firmas recogidas por una asociación de madres que considera que las reglas para el cobro de pensión alimenticias son menos eficaces y por un ex – Presidente de la Corte Nacional de Menores, que ha demostrado una abierta oposición a la doctrina de la protección integral, por razones poco claras desde la perspectiva intelectual.

En este último sentido, cuando hablamos de aplicabilidad, estamos afirmando que la norma jurídica debe tener la posibilidad cierta de regular el comportamiento humano, ya que es el objetivo de toda regla jurídica, “regir relaciones, conductas humanas”.

Como dijimos antes en el Código podemos encontrar una diversidad de normas, algunas de ellas con efectos inmediatos, otras que requieren del accionar humano que debe tomar las medidas necesarias para que sean efectivas sus disposiciones, como hemos dicho muchas otras veces la ley es un instrumento, una herramienta, su utilidad depende de su uso.

La aplicabilidad, como algunos críticos al Código utilizan el concepto, se refiere a la compatibilidad, o no, de la legislación con una cultura “jurídica” nacional. En este sentido nos parece que el Código de la Niñez y Adolescencia no podía ser de otra forma, aunque podía ser mejor, porque se correspondía a exigencias de normas superiores que establecieron la base de los nuevos conceptos, procedimientos, instituciones y visiones, etc., en correspondencia a una nueva comprensión de la infancia y sus derechos, de la organización del Estado, de la participación de la sociedad civil, del rol de la familia, de lo local, etc.

En este sentido, la aplicabilidad, se convierte en un reto transformador, de un Estado que se niega a asumir una nueva forma de organización, de mentalidades cerradas y conservadoras que creen que el mundo no cambió, que los conceptos no se transforman, que no se innovan las soluciones a viejos y nuevos problemas. Sin embargo, estamos convencidos de que existen muchos aliados y aliadas dispuestas a usar la herramienta, a comprometerse con el cambio, a promover su aplicación y trabajar sobre su perfeccionamiento.

Quito, marzo del 2004