

MATERIAL MODULO 1¹

ÍNDICE

Capítulo I: De la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina de la Protección integral	
Doctrina de la Situación Irregular	2
Niños objetos de protección.....	3
Niños, niñas y menores. La confusión entre víctimas y victimarios.	3
La separación al “interior de la categoría infancia entre niños-adolescentes y menores”.	3
El papel de los tribunales de menores (los jueces de menores).....	4
Las medidas que se toman.....	5
Doctrina de la Protección Integral.....	5
Los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos.....	7
Reconocimiento de todos los derechos para todos los niños, niñas y adolescentes.....	7
Diferenciación entre niños, niñas y adolescentes víctimas de violaciones y adolescentes acusados de infracciones.....	7
Establecimiento de la diferenciación entre protección social y protección jurídica	8
CAPITULO II: EVOLUCION DEL DERECHO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN EL ECUADOR: DE LA TUTELA A LA CIUDADANIA	11
El Código de Menores de 1938.....	11
Código de Menores de 1992	14
El proceso de elaboración y aprobación del Código de la Niñez y Adolescencia del 2003. .	15
Evolución constitucional	21
La Constitución vigente	23
Ciudadanía universal.....	26
Las críticas a la ciudadanía universal.....	29

¹ Este material ha sido seleccionado del Manual sobre derechos de la infancia y adolescencia de Farith Simon. 2007. Inédito.

Capítulo I: De la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina de la Protección Integral

Consideraciones preliminares.-

En América Latina se ha extendido el uso de las llamadas doctrinas de la situación irregular y de la protección integral para caracterizar los fundamentos teóricos y las características de las legislaciones aprobadas antes o después de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN).

Debemos concordar como Mary Beloff que el uso de estas categorías correspondió a una necesidad clave, acompañar el proceso de reflexión sobre la necesidad de cambios legislativos en la región a partir de la aprobación de la CDN. Las explicaciones doctrinarias "...fueron pensad[a]s como instrumentos metodológicos, pedagógicos, como modelos explicativos y con una finalidad clara de ser útiles para provocar transformaciones en el ámbito de la práctica..." y advierte que el uso extensivo de las mismas, especialmente con fines teóricos para lo que no fueron pensadas, han provocado su desnaturalización y "...han impedido desarrollar una elaboración científica rigurosa, más sofisticada y profunda, en torno del tema".²

En palabras del propio Emilio García Méndez, uno de los principales propulsores de esta reflexión, al referirse a la doctrina de la protección irregular, dice "Se trata en realidad de una doctrina jurídica que poco tiene de doctrina y nada de jurídica [...] constituye en realidad, una colcha de retazos del sentido común que el destino elevó a categoría jurídica..."³. El mismo autor al referirse a la doctrina de la protección integral nos dice que la misma se refiere a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional, especialmente la CDN, que "expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración jurídica de la infancia".

En realidad el uso de estas categorías es exclusivo de América Latina, no encontrándose producción teórica al respecto ni en Europa o en los Estados Unidos⁴, pero en términos prácticos han cobrado tanta importancia en la región que no existe trabajo actual sobre el tema que no estudie a estas "doctrinas", adicionalmente legislaciones como la ecuatoriana, como analizaremos a detalle más adelante, expresamente invocan a la doctrina en sus normas por lo que es fundamental dedicar un espacio importante para presentar los principales elementos de las dos doctrinas jurídicas.

² Mary Beloff, Op. Cit. Pág. 31.

³ Emilio García Méndez. La legislación de menores en América Latina: una doctrina en situaciones irregulares. Publicado en Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral. UNICEF. Bogotá. 1998.

⁴ Bellof. Op. Cit. Pág. 31.

Doctrina de la Situación Irregular⁵

El origen de la doctrina se puede ubicar, en Latinoamérica, en los primeros años del siglo XX, con la aprobación de las primeras legislaciones específicas sobre menores de edad (la primera en Argentina 1919 -Ley Agote- y la última en Venezuela en 1939). Estas aparecen como respuesta a la forma en que se resolvían los casos de menores de edad acusados de delitos, los que eran tratados en términos generales de igual forma que los adultos, únicamente recibiendo una rebaja del tiempo de la pena aplicable.

El proceso en Latinoamérica, como nos recuerda García Méndez, a pesar de sus especificidades, es producto de un proceso mayor “originado en los EE.UU. de fines del siglo XIX, que repercutió con inusitada fuerza en Europa occidental de comienzos del siglo XX...las leyes de menores nacen vinculadas a un dilema crucial. Satisfacer simultáneamente el discurso de la piedad asistencial, junto a las exigencias más urgentes de orden y control social.”⁶.

Un papel central en la aparición de las nuevas legislaciones tienen los llamados “Reformadores” , quienes a partir de la indignación de la situación de detención de los menores de edad junto con los adultos, buscaron un cambio de ciertas prácticas, pero en particular impulsaron “...la existencia de lugares de internación específicamente para menores y...la creación de una jurisdicción especializada...”⁷, para esto era fundamental “sacar” a los menores del derecho penal de adultos y asegurar un tratamiento diferenciado, para el que se utiliza como base el positivismo criminológico. A partir de esto se establece el primer tribunal de menores en Illinois EE.UU. en el año 1899 como revisaremos con mayor detalle más adelante.

Algunos autores prefieren llamar a este “modelo tutelar”⁸, en donde “...inquisición y el positivismo (cita zafaroni 48.1)

De una revisión de varios trabajos⁹ sobre el tema presento lo que considero los principales rasgos de esta doctrina: consideración de los niños y niñas

⁵ En esto seguiremos las ideas especialmente de Emilio García Méndez, existen varios trabajos del autor que tratan el tema y que se han publicado en diferentes formatos y medios. Una recopilación de los trabajos realizados por el en un período de aproximadamente 10 años puede encontrarse en “Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral”, de las que existe varias ediciones, la más reciente es la publicada por la Cátedra “Ciro Angarita” y UNICEF Colombia en el año 1998. Otra fuente importante para este capítulo es un trabajo más reciente (2004) de Mary Beloff (Los derechos del niño en el sistema interamericano) ya citado anteriormente.

⁶ García Méndez. Op. Cit. Pág. 17.

⁷ Los reformadores aparecen en el trabajo de Anthony Platt. Los Salvadores de la Infancia. La invención de la delincuencia. Editorial Siglo XXI. México. 1977. Estos son descritos como personas de clase alta en especial mujeres. Una descripción de su papel en Latinoamérica se puede encontrar en Emilio García Méndez. Para una historia del control socio-penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social.

⁸ Mary Beloff. Op. Cit. Pág. 21.

⁹ El ya citado de García Méndez: Legislaciones Infanto-Juveniles en América Latina: modelos y tendencias; Alessandro Baratta: Elementos de un nuevo derecho para la infancia y

exclusivamente como objetos de protección; establecimiento de una legislación exclusiva para un sector de la infancia y adolescencia, en la que se encuentran confundidos los que han sido víctimas de violaciones a sus derechos con los que han infringido o se les acusa por violaciones a la ley penal; se establece una institucionalidad tutelar en la que sobresale el papel de los tribunales de menores; y, se establecen las medidas llamadas de “internamiento institucional”, eufemismos para referirse a la privación de la libertad, como la respuesta por antonomasia del sistema.

Niños objetos de protección

La base de esta doctrina es la consideración de la infancia y adolescencia exclusivamente como “objetos de protección, control y represión por parte de los adultos y los órganos del Estado¹⁰”. Como hemos revisado ampliamente en otras secciones del presente trabajo esto es un elemento clave en la transformación jurídica del tema.

La idea de la “protección especial” permite que el Estado tome las medidas que considere “necesarias” para ejecutar la protección sin considerar ningún límite en particular, en la práctica aparece que el “derecho” más importante de niños, niñas y adolescentes es la posibilidad de intervención del Estado en su vida y su familia sin reconocer garantías mínimas, actuando *“in loco parentis”*, es decir, en reemplazo de los progenitores teniendo como consideración principal el “cuidado y bienestar” de la persona menor de edad y no sus derechos.

Como derivado lógico de esta idea de “protección” es que se considera innecesario en los procedimientos para efectivizarlo observen de las garantías básicas comunes a todos los ciudadanos, no se requiere un juez independiente si la intervención es “tutelar”; es superflua y hasta problemática la presencia de un abogado ya que se vuelve más lento el proceso y adicionalmente podría dar un mensaje equivocado al menor al que se busca reeducar; para qué la presunción de inocencia o el principio de legalidad, etc.

Niños, niñas y menores. La confusión entre víctimas y victimarios.

La separación al “interior de la categoría infancia entre niños-adolescentes y menores”.

Los primeros son los que se encuentran bajo cuidado de su familia, tienen satisfechas sus necesidades, asisten a la escuela, a ellos se les aplica las reglas contenidas en el Código Civil, los segundos son los que “...no ingresan

adolescencia; Mary Beloff: Los derechos del niño en el sistema latinoamericano; Miguel Cillero: Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva.

¹⁰ Miguel Cillero. Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva. En las memorias del seminario: En derechos universales realidades particulares. UNICEF. s/f

al circuito de la socialización a través de la familia, primero, y de la escuela...”¹¹. Estos pueden ser quienes se encuentran abandonados, maltratados, hijos de familias pobres, desertores de la escuela, quienes tienen problemas con su conducta, quienes comenten delitos, o muestran algún nivel de peligrosidad. Exclusivamente a ellos se dirigen las “legislaciones de menores” y toda la institucionalidad que se organizó a partir de estas nuevas leyes.

El Estado para poder intervenir en la vida de los “menores” los declara en “situación irregular, en otras legislaciones de “conducta irregular”¹², o se los califica como abandonados, y a partir de esta declaración se asume su cuidado en reemplazo de los padres.

A partir de esta confusión se da un “igual tratamiento [a] la infancia que se ve amenazada o dañada en su desarrollo y aquellos niños, niñas y adolescentes que infringen las leyes penales y, más aún, entre estos últimos y aquellos que estaban en riesgo de hacerlo [...]. Para realizar estas funciones ya no sólo hay que hacerse cargo de los niños, niñas abandonados, sino que también hay que detectar a los que estén en peligro o sean ‘peligrosos’”¹³.

Clave en esta respuesta estatal es la declaración de que los menores de edad son “inimputables” y que por tanto intervención estatal no es determinar su responsabilidad por la comisión de un delito, sino su protección, ya que no deben ser tratados como adultos. El costo de esta separación como vimos es la negación de las garantías del proceso. En palabras de Baratta¹⁴

...sobre la base de una equivocada justificación o percepción del derecho penal, no se quería llamar penal a este régimen; no definirlo como penal era considerado como una emancipación del menor que lo aseguraba la irresponsabilidad penal, negándole sin embargo, al mismo tiempo, toda garantía de protección de sus derechos frente a la intervención del Estado y del juez de menores.

El papel de los tribunales de menores (los jueces de menores)

Aparecen como una figura fundamental del sistema tutelar los jueces de menores¹⁵, en nuestro país los tribunales de menores (más adelante veremos esto en detalle). Estos asumen una serie de “funciones en una sola persona: juez/ padre / defensor / acusador / decisor”¹⁶. Se espera que actúen como un “buen padre de familia”.

¹¹ Beloff. Op. Cit. 23.

¹² Código de Menores del Ecuador de 1938.

¹³ Cillero. Op. Cit. 71.

¹⁴ Alessandro Baratta. Elementos para un nuevo derecho de infancia y adolescencia. En la Niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal. UNICEF/ILANUD. San Salvador. 1995. Pág. 48.

¹⁵ Una amplia descripción de la institucionalidad que surge en el marco de esta doctrina es lo que Jacques Donzelot llama el “complejo tutelar”, en su libro La policía de las familias. Editorial Pre-textos. Valencia. 1979.

¹⁶ Beloff. Op Cit. Pág. 28.

Para Baratta en esta “doctrina la protección social y la protección legal son de competencia de la jurisdicción de menores, de tal forma que la definición de la situación del menor era potestad de los jueces de menores facultados para definir tanto los programas de asistencia social como el tratamiento ‘*reeducativo*’ del menor que comete una infracción a la ley penal.”¹⁷.

Recordemos además que sus procedimientos y decisiones no estaban limitadas por las garantías del debido proceso por lo que se da una “centralización del poder [y asumen una] competencia omnímoda y discrecional.”¹⁸. Su actuación es concordante con las lógicas del sistema inquisitivo que se implantó en toda Latinoamérica.

Las medidas que se toman

Un elemento que caracteriza la doctrina de la situación irregular es la naturaleza de las “medidas de protección”, que en la mayoría de los casos eran el ingreso de los “menores” en las instituciones de “protección”, las cuales se organizaban como un “todo”, es decir a su interior se desarrollaba la vida de los niños y niñas, escuela, médico, alimentación, recreación, etc. en la mayor parte de los casos esta situación permanecía hasta que cumplían la mayoría de edad.

El llamado “internamiento” se daba de manera indiferenciada para aquellos acusados de delitos y para los que habían sido víctimas de maltratos, abusos o eran pobres, por esto García Méndez habla de una “criminalización de la pobreza, disponiendo internaciones que constituyen verdaderas privaciones de libertad, por motivos vinculados a la mera falta o carencia de recursos materiales.”¹⁹

Doctrina de la Protección Integral

Luego de más de medio siglo de hegemonía de la doctrina de la situación irregular empieza un proceso de transformación del tratamiento jurídico a la infancia, este proceso se inicia en los Estados Unidos con el ya paradigmático caso Gault²⁰ (país en que se creó el primer Tribunal de Menores en el año 1969), pero en los países latinoamericanos la situación se mantiene inalterada hasta la aprobación por parte de las NU de la CDN en 1989, a partir de ese momento se da inicio a un continuo proceso de reformas normativas en prácticamente todos²¹ los países de la región . La

¹⁷ Baratta. Op. Cit 48.

¹⁸ García Méndez. Modelos y tendencias. Pág. 20.

¹⁹ Op. Cit. Pág. 20.

²⁰ Ver más adelante.

²¹ Decimos prácticamente porque Chile, Argentina a nivel federal, Colombia, no han podido completar procesos de reforma o su reforma no ha sido consistente con la CDN como en el caso de Colombia.

primera de todas ellas es la del Estatuto de la Crianca y Adolescencia en el Brasil, en el mismo año de la aprobación de la Convención.

Al igual que las reformas legislativas de la primera parte del Siglo XX se hicieron en base a la llamada doctrina de la situación irregular, las nuevas reformas se corresponden a la llamada **doctrina de la protección integral**, como vimos esta se origina en la aprobación de la CDN y otros instrumentos internacionales de derechos del niño, que parten del reconocimiento de que la niñez y adolescencia son sujetos plenos de derechos.

Esto es confirmado por García Méndez:

Con el término “*doctrina de la protección integral*” se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia. Reconociendo como antecedente directo la “*Declaración Universal de los Derechos del Niño*”...²²

Estos documentos, algunos de ellos no vinculantes y anteriores de la CDN, configuran este nuevo tratamiento jurídico a la infancia:

- a) La Convención sobre los derechos del niño²³ y sus dos Protocolos Facultativos: Protocolo Facultativo relativo a la Venta, de Niños, Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía Infantil²⁴ y el Protocolo Facultativo relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados²⁵;
- b) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing)²⁶;
- c) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de la Libertad²⁷;
- d) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad)²⁸.

Estos instrumentos forman parte del ya revisado *corpus juris* de derecho internacional, por tanto debemos considerar como parte de las bases normativas de la Doctrina de la Protección Integral todos los instrumentos de derechos humanos vigentes en el país (para una lista completa ver anexo).

²² García Méndez: Legislaciones Infanto-Juveniles.

²³ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

²⁴ Resolución A/RES/54/263 de 18 de enero del 2002.

²⁵ Resolución A/RES/54/263 de 12 de febrero del 2002.

²⁶ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas por resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

²⁷ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas por resolución 40/153 de 14 de diciembre de 1990.

²⁸ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas por resolución 45/112 de 14 de diciembre de 1990.

Después de la revisión del trabajo de varios autores, en mi opinión, hay cuatro rasgos centrales de esta Doctrina: consideración de los niños como sujetos plenos de derechos; reconocimiento de todos los derechos para todos los niños, niñas y adolescentes; diferenciación entre niños, niñas y adolescentes víctimas de violaciones y adolescentes acusados de delitos; y, el establecimiento de una diferenciación entre protección social y protección jurídica.

Los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos

Como ya hemos visto ampliamente en otras secciones del presente libro (ver más arriba) básicamente esta parte del reconocimiento de que la infancia y adolescencia es titular de todos los derechos humanos además de los específicos para su edad, y que puede ejercer todos estos derechos de manera progresiva.

Lo que me interesa resaltar en esta sección son los derivados concretos de este reconocimiento, además de la titularidad de los derechos.

El ser sujetos plenos de derechos no desconoce que al mismo tiempo exista un derecho a la protección especial derivada de las necesidades específicas de la infancia por su edad y desarrollo, pero esta protección tiene como límite y objetivo la totalidad de los derechos reconocidos por tanto ya no existe una intervención estatal indiscriminada, sino se busca garantizar los derechos, es decir asegurarlos, y en caso de que estos sean violados buscar su restitución. Los responsables de respetarlos y garantizarlos son el “estado, la sociedad y la familia”.

Reconocimiento de todos los derechos para todos los niños, niñas y adolescentes

A diferencia de la doctrina de la situación irregular que se dirigía a un sector de la infancia, la doctrina de la protección parte del reconocimiento del principio de igualdad de derechos de todos los niños, niñas y adolescentes, por lo tanto los derechos declarados son para todos los niños, niñas y adolescentes.

Esto explica además la desaparición de las leyes para “menores”, ya que no existe la separación entre “niños, niñas y adolescentes” como la porción de la infancia que tiene satisfechas sus necesidades básicas y “menores”, que no las tienen, la protección integral supone una protección a todos los niños, niñas y adolescentes.

Diferenciación entre niños, niñas y adolescentes víctimas de violaciones y adolescentes acusados de infracciones

La acción estatal y su posible intervención tiene en cuenta la profunda diferencia que existe entre una situación de vulneración de derechos, ya sean civiles y políticos o económicos sociales y culturales, y los casos en los que el adolescente viola derechos de otros cuando comete un delito. En el primer caso la acción debe dirigirse al responsable de la acción u omisión que provocó la amenaza o violación del derecho, el niño, niña y adolescente en este caso es la víctima, “la protección es ahora de los derechos del niño. No se trata como en el modelo anterior, de proteger a la persona del “menor”, sino garantizar los derechos de todos los niños. Si no hay ningún derecho amenazado violado (sic) no es posible intervenir. Por tanto, esa protección reconoce y también promueve derechos, no los viola, ni los restringe, y por ese motivo la protección no puede traducirse en intervenciones estatales coactivas, salvo supuestos excepcionales en los que exista peligro concreto para la vida del niño.”²⁹.

Se reconoce la existencia de “responsabilidad penal juvenil”, por tanto en los casos en que se acusa a un adolescente de una infracción este tiene derecho a juicio rodeado de todas las garantías del debido proceso, y a que únicamente se tome una medida luego de determinar su responsabilidad. Ahora bien este procedimiento implica algunas particularidades frente al de adultos, de acuerdo a lo dispuesto por la CDN y los otros instrumentos internacionales aplicables al caso: jueces especializados, procedimientos específicos (con garantías) con una amplia posibilidad de uso de medidas alternativas, medidas diferentes a la de los adultos.

Establecimiento de la diferenciación entre protección social y protección jurídica

Esto implica el establecimiento de mecanismos para dar efectividad a los derechos declarados, ya que al declarar esta condición se considerada “superada la concepción filantrópica y caritativa, esta asume un significado fuerte como deber, jurídicamente calificado...”³⁰, por lo tanto el dar efectividad a todos derechos implica promover el desarrollo de políticas sociales y no exclusivamente de mecanismos jurisdiccionales de protección individual de derechos. Esto es lo que se ha llamado “desjudicialización” de las políticas sociales básicas e implica la obligación de los estados de establecer una institucionalidad capaz de responder a esta obligación. Vamos a ver más adelante algunos de los principios de esta acción estatal.

La **protección social** de acuerdo a Palomba es

...es una actividad dirigida a ofrecer las condiciones necesarias para el desarrollo de la personalidad y la satisfacción de los derechos fundamentales de los sujetos en edad menor (sic). Es una actividad fundamentalmente política y la administración es el organismo encargado de realizarla con idóneos

²⁹ Beloff. Op. Cit. Pág. 39.

³⁰ Federico Palomba. Tendencias evolutivas en la protección de los menores de edad. En la Niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal. UNICEF/ILANUD. San Salvador. 1995. Pág. 19.

instrumentos y servicios, en cuya elección se ha venido progresivamente consolidando la intuición de que estos tienen que favorecer el desarrollo de la persona en su ambiente de vida, limitándose al mínimo las intervenciones institucionalizantes y segregantes, y privilegiándose el apoyo a la familia y a la presencia de los servicios general del Estado en los lugares de vida del menor. Esta tendencia lleva a valorar de forma muy positiva el papel de la comunidad local.

En cambio la protección jurídica cambia de contenido y sentido, ya que los jueces no son más responsables de resolver los casos producto de las omisiones de políticas sociales³¹, en este sentido “Se desvinculan las situaciones de mayor riesgo, de patologías de carácter individual, posibilitando que las deficiencias más agudas sean percibidas como omisiones de las políticas sociales básicas. No es más el niño o el adolescente que se encuentra en situación irregular, sino la persona o institución responsable por la acción u omisión”³².

En cambio la **protección jurídica** se explica de la siguiente manera:

En tanto que la precedente [la protección social] concierne a una función de promoción en el desarrollo, [la protección jurídica]... concierne eminentemente a una función de garantía. Los modernos Estados de Derecho atribuyen solamente a la función jurisdiccional el poder de incidir sobre los derechos subjetivos. Estos se refieren, ante todo, a los fundamentales como el derecho de libertad. Por lo tanto la colocación institucional de un niño o de un adolescente no puede ser dispuesta o autorizada sino por el poder judicial. Esto vale también cuando en el caso de intervenciones de protección social se incide sobre el derecho de los padres a tener consigo el hijo y del hijo a estar con sus propios padres [...]En la misma línea, se han venido individualizando órganos jurisdiccionales específicos y especializados de mayor o menor amplitud de competencia, la cual va desde los actos concernientes a las infracciones penales de los adolescentes, hasta aquellas en materia de familia...³³

En términos de García Méndez esto implica que “Se jerarquiza la función judicial, devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica.”³⁴.

El rol de la administración de justicia y su nuevo papel en relación a la infancia y adolescencia se revisará ampliamente en la sección correspondiente.

Para Daniel O’Donnell las cuatro bases de la Doctrina de la Protección Integral son “el niño como sujeto de derechos, el derecho a la protección especial, y el derecho a condiciones de vida que permitan su desarrollo integral. El cuarto elemento esencial...es el principio de la unidad de la

³¹ Aunque como veremos más adelante cumplirán un papel fundamental en el establecimiento de mecanismos de justiciabilidad de derechos económicos, sociales y culturales.

³² García Méndez. Legislaciones Infanto-Juveniles. Op. Cit.

³³ Palomba. Op. Cit. Pág. 21.

³⁴ García Méndez. Op. Cit.

familia, la corresponsabilidad de la familia, el Estado, y la comunidad en la protección de los derechos del niño.”³⁵.

No existe en la literatura sobre derechos de infancia una definición acabada y compartida de protección integral, pero concuerdo con Mary Beloff³⁶ que en nuestro contexto latinoamericano **la protección integral es la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.**

³⁵ Daniel O’Donnel. La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas vigentes en la relación a la familia. Ponencia publicada en el XIX Congreso Panamericano del Niño. 2004.

³⁶ Op. Cit. Pág. 67.

*CAPITULO II: EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN EL
ECUADOR: DE LA TUTELA A LA CIUDADANÍA*

Como examinamos en los primeros capítulos la aprobación de la CDN significó una transformación fundamental en la consideración jurídica de la infancia y adolescencia, esa transformación se dio con claridad en América Latina gracias a la aprobación de este instrumento internacional, a continuación examinaremos de manera general esa evolución a nivel nacional, tomando como punto de partida la aparición del primer Código de Menores en el Ecuador aprobado en el año 1938, esto no significa que antes de ese año no existiera un tratamiento normativo a los temas de la niñez y adolescencia, como se puede revisar ampliamente en la famosa obra de Emilio Uzcategui “la Situación del Niño en la Legislación Ecuatoriana” del año 1935³⁷, pero con el Código de Menores se da inicio el tratamiento jurídico específico a las personas menores de edad en el Ecuador.

En este capítulo exploraremos también la evolución constitucional de los derechos de la niñez y adolescencia, y se revisará la introducción en la constitución del concepto ciudadanía universal, como elemento para comprender la evolución del tratamiento jurídico a la niñez y adolescencia.

El Código de Menores de 1938

Hasta el año 1938 las normas referentes a los menores de edad se encontraban dispersas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, Uzcategui las caracterizaba como llenas de “arcaísmos e injusticias”, consideraba que existían “muchas disposiciones bastante buenas” que no llegaban a cumplirse y le preocupaba especialmente que el “problema de la delincuencia infantil permanece intocado en nuestra legislación positiva. Hay muy escasas, arcaicas y deficientes normas al respecto”. Concluía que es necesario que se “redacte y expida el Código de Niño Ecuatoriano por una comisión formada por médicos, pedagogos y juristas que trate el problema integralmente.

³⁷ En la bibliografía el autor cita las leyes estudiadas: Constitución Política de la República de 1928-1929, Código Civil de 1889, Código de Enjuiciamiento Civil de 1917, Código Penal de 1906, Código de Enjuiciamiento en materia criminal de 1920, Código de Comercio de 1906, Código de Policía de 1906, Código de Policía Sanitaria de 1927, Código de Derecho Internacional Privado “Sánchez de Bustamante” de 1934, Ley Orgánica de Instrucción Pública de 1932, Reglamento de Régimen Escolar, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Elecciones de 1929, Ley de Matrimonio Civil de 1902, Ley de Registro civil de 1901, Ley de responsabilidad por accidentes de trabajo de 1928, Ley sobre contrato individual de trabajo de 1928, Ley sobre trabajo de mujeres y menores y de protección a la maternidad de 1928, Ley de Extranjería, extradición y naturalización de 1921, Ley de Cultos de 1904, Ley de Asistencia Pública de 1926, Reglamento para la Aplicación de la Ley de Asistencia Pública, Ley de Régimen Municipal de 1928 y sus reformas de 1929 y 1933, Ley de Jubilación, Montepío Civil, Ahorro y Cooperativa de 1928, Ley de Impuesto sobre Herencias, Legados, Donaciones, etc. de 1928, Ley de impuesto a la Renta de 1927 y, Decreto No. 19 que establece la Censura Cinematográfica de 1927. Como se podrá constatar del listado solamente la Ley sobre trabajo de mujeres y menores y de protección a la maternidad es pensada específicamente para los menores de edad, obviamente se refiere a este tema.

Efectivamente, se aprueba en Código de Menores en la dictadura del General Alberto Enríquez Gallo mediante Decreto Supremo 181³⁸. Para la redacción de este cuerpo legal creó una Comisión a la que le encargó la redacción de un “Código del Niño y Tribunales de Menores” :

La Comisión fue creada mediante Decreto Supremo No. 123 de 13 de diciembre de 1937, pese a que las declaraciones hechas para su conformación decían que era para todos los niños, desde su creación de la Comisión da cuenta de que el propósito fundamental era la llamada “delincuencia juvenil”, a partir de la idea ya generalizada en ese momento de que la respuesta no encontrarse en el derecho penal, por lo que la solución debía provenir de medicina y la pedagogía fundamentalmente, así se puede leer en el Decreto:

...el problema de la delincuencia juvenil en el Ecuador no ha sido resuelto todavía, puesto que los niños que cometen faltas son enviadas a las cárceles a adquirir vicios que no los han tenido [...] siendo necesario tratar el problema desde los puntos de vista médico, pedagógico y jurídico [...] con el fin de arbitrar a las medidas técnicas contra la delincuencia juvenil.³⁹

Emilio Uzcátegui, quien fue miembro de la Comisión redactora, reconoce que el Código de Menores ecuatoriano se “inspiró” en una ley similar aprobada en Uruguay en 1937, que nuestra legislación no cubría exclusivamente llamada “delincuencia juvenil”.

Para este autor el propósito fundamental de la ley ecuatoriana era “proteger al menor”, pero sus palabras dan cuenta de la importancia que se le otorga al tema de la delincuencia juvenil:

...aquellas obras previsivas son las más eficaces [...]es el mundo circundante, antes que el antropológico, el factor más influyente en la conducta desviada de los niños; y juntamente con esto arrancar al menor del campo penal por tratarse de un ser inimputable⁴⁰.

En sus palabras el “principio básico de la protección es que todo menor, por el mero hecho de serlo, tiene derecho a la asistencia y protección del Estado; pero especialmente quienes estén desvalidos, huérfanos, material y jurídicamente abandonados, los huérfanos, indigentes, inadaptados, peligrosos, irregulares, débiles mentales, etc.”⁴¹.

La protección brindada por el Código de Menores, de acuerdo a Uzcátegui, comprendía “... todos los períodos evolutivos del menor en los siguientes aspectos: a) salud, desenvolvimiento físico y desarrollo mental; b) derecho a un hogar; c) adaptación familiar y social, y d) formación profesional e intelectual.”. Sin embargo, en la práctica la ley no se dirigía al conjunto de las

³⁸ Registro Oficial No. 2 de 12 de agosto de 1938.

³⁹ Registro Oficial No. 50 de diciembre 23 de 1938.

⁴⁰ Emilio Uzcátegui. El niño en la legislación ecuatoriana. Segunda Edición. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito. 1955. Página 210.

⁴¹ Op. Cit. 211.

personas menores de 18 años, sino a aquellos que se encontraban en una “situación irregular”.

En realidad el Código de 1938 estableció un conjunto de reglas que facultaban a los tribunales de menores (creados por esta ley) a “realizar todos los actos que contribuyan a proteger a los menores⁴² empleando para esto el celo de un buen padre de familia⁴³” en las siguientes situaciones:

a) Conflictos sociales o familiares propios de los “menores en estado de peligro”, que de acuerdo a la formula general de la Ley era “toda circunstancia que coloque al menor en estado de peligro moral o material, especialmente cuando la permanencia en el hogar constituya un peligro para su moralidad⁴⁴”. Algunas de estas situaciones eran: “descuido en la crianza, educación personal o educación del hijo”; “permitir al menor que se entregue a la vagancia o la mendicidad en lugares públicos; aún cuando fuere a pretexto de profesión u oficio”; maltratar o dar malos ejemplos al menor”; y “atender quejas y denuncias relacionadas con malos tratos, castigos exagerados o inhumanos...”;

b) Juzgamiento de menores de edad a los que se les acusaba de infracciones de cualquier clase, sea como autores o como cómplices;

c) Atender los casos en que se considere que los “menores han observado mala conducta” y que sus padres o guardadores soliciten su reclusión en “establecimientos especiales”.

Es evidente que a pesar de la declaración inicial de “protección de todo menor” se reduce a una legislación de “control social”, como ya lo ha demostrado en trabajos previos Emilio García Méndez⁴⁵, nuestro Código de Menores se basó en la llamada Doctrina de la Situación Irregular, la que he analizado ampliamente.

Otros temas relevantes incorporados en este Código es la competencia que se le otorga al tribunal de menores para resolver sobre la contribución que debían hacer los padres, que han perdido la patria potestad, han sido suspendidos en su ejercicio y han perdido o han sido suspendidos en la “tuición”, de proveer a la educación y sustento de sus hijos, lo que se considera un antecedente de la posterior competencia que asumirán los tribunales de menores para resolver sobre la pensión alimenticia.

En cuanto a la estructura institucional la ley establece un nivel de “Organismos directivos” conformado por el Consejo Nacional de Menores⁴⁶, la

⁴² A efectos del de la llamada protección social la ley comprendía a “todo individuo humano desde su gestación hasta la edad de 21 años”, para el caso de delitos a las “personas que no han cumplido 18 años” (Artículo 1).

⁴³ Artículo 32 literal f.

⁴⁴ Artículos 32 literal a y 56 literal g.

⁴⁵ Legislaciones infanto-juveniles en América Latina: Modelos y Tendencias; Pre-historia e historia del control socio-penal. Los artículos se han publicado en diversas ediciones

⁴⁶ Este organismo colegiado era responsable de (art 15), era autárquico pero relacionado al Ministerio de Previsión Social y se encontraba formado por (art. 18).

Asistencia Pública⁴⁷, la Dirección General de Hogares de Protección Social⁴⁸ y, los Tribunales de Menores, a los que estudiaremos con mayor detalle más adelante.

Varias reformas se dieron posteriormente al Código de Menores, pero en lo principal no sufrió alteraciones hasta el año 1969 cuando se aprueba un nuevo Código de Menores que difería de los anteriores en que trata algunas materias como: adopciones, guarda, trabajo, alimentos, etc. Desaparecen los tribunales de menores, se crean juzgados de menores, etc. Esta reforma en la práctica nunca se implementó.

La siguiente reforma de importancia es la de 1976, en ella se aprueba un nuevo Código de Menores, el que mantiene la correspondencia ideológica con la Doctrina de la Situación Irregular, la institucionalidad es similar, pero se crea la llamada Dirección Nacional de Protección de Menores, continua el Consejo Nacional de Menores presidido por el Ministro de Previsión Social, y los tribunales de menores y la Corte Nacional de Menores como parte de éste Ministerio.

Código de Menores de 1992

En agosto de 1992 se aprobó una nueva reforma al Código de Menores. Esta reforma se decía tenía por objetivo “compatibilizar” y dar “efectividad” a la CDN.

En los considerandos de la Ley se reconocía esto de en los siguientes términos:

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

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, acuerdo respaldado por el Consejo Nacional de Menores y UNICEF.

Si bien la voluntad de todas las organizaciones que impulsaron la redacción del Código de 1938 era 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

⁴⁷ La Asistencia Pública era responsable de las instituciones de las siguientes instituciones: (Art. 23).

⁴⁸ La Dirección de Hogares de Protección Social tenía bajo su dependencia a las siguientes institucionales: (art. 25)

produjeron una reforma con severas limitaciones. Varios análisis sobre el contenido del Código de Menores de 1992 demuestran su incompatibilidad con la Convención⁴⁹, y por ende con la doctrina de la protección integral.

Si bien existieron innovaciones, algunas deficiencias se mantenían, de acuerdo a un análisis del mismo:

El Código de Menores de 1992 significó ciertos avances en 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, etc⁵⁰.

La reforma constitucional de 1998 dio un nuevo impulso a los esfuerzos de transformación de la legislación, aunque los sectores vinculados a los tribunales de menores realizaron serios esfuerzos para evitarlo, como veremos más adelante, especialmente alegando que la adecuación ya se había realizado y lo que se necesitaba en realidad era una reforma que mejore el Código de 1992.

El proceso de elaboración y aprobación del Código de la Niñez y Adolescencia del 2003⁵¹.

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 vigente⁵². 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

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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.

⁵¹ Esta sección recoge un trabajo previo del autor llamado "Análisis General del Código de la Niñez y Adolescencia".

⁵² 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.

oposición, y la cercanía de la aprobación del Código vigente a la fecha, frenaron 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 Constitución para asegurar la existencia de normas específicas sobre los derechos de la infancia y adolescencia en la norma suprema. Producto de esta iniciativa se incorpora un artículo⁵³ sobre los derechos de las personas menores de 18 años.

Pese a las claras limitaciones que tiene esa reforma constitucional es un importante antecedente de los cambios posteriores, en particular 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 la 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”⁵⁴.

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^{55 56}.

⁵³ 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”.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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

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 nacional⁵⁷ dieron el impulso final al proceso de 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 Nacional⁵⁸, asumieron la responsabilidad de impulsar el proceso de reforma, proceso que todos coincidían tenía que ser ampliamente participativo y de alta calidad técnica.

Se constituyó un “Comité” de la Ley formado por las organizaciones antes señaladas. Este Comité estructuró un “equipo técnico redactor” de amplia

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.
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.

⁵⁶ 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”.

⁵⁷ 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”.

⁵⁸ Posteriormente Plan Internacional asumió de manera decidida apoyar el proceso de aprobación de la Ley.

competencia técnica a cargo de la preparación de los textos legales y dio inicio al proceso de consulta social a escala nacional⁵⁹.

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 proponentes⁶⁰.

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 Redactor⁶¹, responsable de la preparación de los textos legales, elaboró como insumo de para la discusión pública una Matriz Legislativa, que se basó en los principios de la doctrina de la 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 “Código⁶²” con categoría de ley orgánica⁶³. 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

⁵⁹ 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.

⁶⁰ Estas acciones se realizaron gracias al apoyo del INNFA y en coordinación con diferentes organizaciones no gubernamentales.

⁶¹ La coordinación del equipo estuvo a cargo de ProJusticia y contó con el apoyo técnico y financiero de UNICEF e INNFA.

⁶² 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.

⁶³ 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.

(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 Familia⁶⁴ 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 al Código de Menores de 1992 y descalificando el proceso de elaboración del Código de la Niñez⁶⁵.

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 Ley⁶⁶ y el Congreso Nacional se allanó a la objeción parcial, por lo que ordenó su publicación 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 de la propuesta, disfrazando su defensa gremial con un discurso de defensa del Código de Menores de 1992. A ellos se sumaron sectores legislativos especialmente conservadores que criticaban a la propuesta por razones ideológico-políticas.

⁶⁴ Este proceso se encuentra detenido en el Congreso Nacional debido a la oposición de los sectores más conservadores de la legislatura, especialmente el Partido Social Cristiano, y ciertos sectores de la Iglesia Católica.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ 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).

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 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 a un proyecto de “Código de Familia” que se traducía de manera automática al Código de la Niñez y Adolescencia, ya que algunos sectores comunes propugnaron las dos leyes⁶⁷.

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 procedimiento⁶⁸, la modificación en la descripción de algunas instituciones⁶⁹, la eliminación de las sanciones de carácter penal⁷⁰, las normas transitorias sobre el servicio

⁶⁷ Es el caso de la Comisión del Niño, Mujer y Familia del Congreso Nacional y Projusticia.

⁶⁸ Por ejemplo se eliminó el procedimiento previsto para la acción de protección.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ Esto ha implicado que no exista la sanción penal para tráfico de niños y niñas o la sanción para la explotación sexual, etc.

judicial de menores y el paso de los funcionarios de esta institución a los juzgados de la niñez y adolescencia⁷¹, 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 públicas⁷² 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 Consejo⁷³.

Evolución constitucional⁷⁴

La primera Constitución que contiene una referencia específica a los niños es la de 1929, marcando el sentido y la forma en que se trataría a la niñez-adolescencia en la norma fundamental hasta la década de los noventa: objetos de protección especial y cuya vida se ve reducida exclusivamente al ámbito de la familia y la escuela.

Esta Constitución en el numeral 19 del artículo 159, garantizaba: “ La protección del matrimonio, de la familia y el haber familiar”; “La Ley reglará la protección de la maternidad y de la infancia. En el Presupuesto de cada año, se hará constar una partida especial para la protección del niño en la forma más eficaz”; “Los hijos ilegítimos tienen también derecho a ser criados y educados por sus padres , y a heredarles en la proporción que determine la Ley”; “Establécese el derecho de investigación de la paternidad, en la forma y en los casos que la Ley determine”; “El Estado, a falta de los padres, cuidará de crear para los hijos ilegítimos condiciones suficientes para el mejor desarrollo físico, intelectual y social”.

La Constitución de 1945 contiene un tratamiento mucho más extenso del tema, y presenta una serie de interesantes disposiciones que, inclusive

⁷¹ 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.

⁷² 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.

⁷³ Cómo veremos más adelante esto tiene serias implicaciones en la paridad normativamente estipulada.

⁷⁴ Otras normas relevantes en las Constituciones sobre los niños, niñas y adolescentes son las relativas a la nacionalidad y la educación. Respecto a ésta, se ha consagrado de manera parecida las reglas para su adquisición desde 1945, diferenciando a los ecuatorianos: por origen, por nacimiento y por naturalización. Los cambios más importantes en este ámbito se han dado en épocas recientes al aceptar la doble nacionalidad de manera general y no exclusivamente para los iberoamericanos. No deja de llamar la atención que las primeras Constituciones no dijeran prácticamente nada sobre la educación, apenas en 1869 se la introduce como una de las atribuciones del Ejecutivo. A partir de 1878 cambia esta tendencia, de modo que progresivamente se empieza a ampliar el tratamiento al respecto. A partir de la Constitución de 1929 se han mantenido tres principios básicos respecto de la educación: su obligatoriedad, gratuidad y laicismo.

muchos años después, fueron consideradas por algunos autores como muestra de una “excesiva liberalidad”⁷⁵, se consagró entre otras cosas que los “hijos ilegítimos tienen los mismo derechos que los legítimos en cuanto crianza, educación y herencia”; “La ley reglamentará todo lo referente a la filiación y sus derecho, y a la investigación de la paternidad. Al inscribir los nacimientos, no podrán exigirse declaración alguna sobre la calidad de la filiación”; “ Se garantizan la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia y los derechos del niño a la educación y a la vida de hogar”; “ El Estado creará para los menores que carezcan de protección familiar o económica, condiciones adecuadas para su desarrollo; y por primera y única vez se hace referencia al tratamiento de los menores de edad en lo penal al establecerse que “En materia penal, los menores de edad están sometidos a una legislación especial protectora y no punitiva” (artículo 142).

Esta Carta Política apenas estuvo vigente un año; por supuesto no existió ninguna posibilidad de que algunos de los principios constitucionales se desarrollaran, aunque algunos de ellos ya existían en la legislación secundaria, especialmente lo referido al tratamiento de los menores de edad acusados del cometimiento de infracciones.

La Constitución de 1946 eliminó algunos contenidos más bien de avanzada, pero al mismo tiempo incorporó algunas interesantes novedades en su texto. “El Estado ampara la maternidad y protege a la madre y al hijo, sin considerar antecedentes. El Estado creará para los menores de catorce años que carezcan de protección familiar y económica, condiciones adecuadas para su amparo y desarrollo”(art. 162). “El Estado protege y las leyes regularán el matrimonio, la familia y el haber familiar” (art. 163). “No solamente los hijos legítimos, sino también los ilegítimos, tienen derecho a ser criados y educados por sus padres, y a heredarles en los términos que la Ley establezca. En caso de concurrencia con hijos legítimos, cada hijo ilegítimo tendrá una porción hereditaria que será igual a la mitad que corresponda a cada hijo legítimo”. (art. 164). “La Ley reglamentará todo lo referente a la filiación y sus derecho, y a la investigación de la paternidad. Al inscribirse los nacimientos, no podrá exigirse declaración alguna sobre la calidad de la filiación”. (art. 165). “La madre trabajadora será objeto de particular solicitud. La mujer en gravidez no será obligada a trabajar en el lapso que fije la Ley anterior y posterior al parto, durante el cual tendrá derecho a remuneración completa, la madre gozará, además, durante el trabajo, del tiempo necesario para lactar a su hijo”. (art. 185, j)

En esta Constitución se establece por primera vez una edad mínima para trabajar, con posibilidad de establecer excepciones, y se determina la obligación de regular lo relativo al trabajo de los menores de 18 años: “Se prohíbe el trabajo de menores hasta de catorce años, salvo las excepciones

⁷⁵ A este respecto obsérvese la afirmación de Julio Tobar Donoso y Juan Larrea Holguín al referirse a la Constitución de 1946 de la siguiente manera “La Carta de 1946 corrige la excesiva liberalidad en materia de herencia a favor de los hijos ilegítimos, y señala, de acuerdo a lo ya establecido en la ley secundaria, que heredarán la mitad de los legítimos en caso de concurrencia con estos”.

que la Ley establezca, y se reglamentará el de los menores hasta los diez y ocho años”. (art. 185, k)

La Carta Constitucional de 1967 incorpora una disposición sobre la obligación del Estado de proteger a las familias numerosas, y recupera el principio de la igualdad de hijos legítimos e ilegítimos para efectos hereditarios.

La Constitución que entró en vigencia el 10 de agosto de 1979 introduce una disposición expresa sobre los niños, con el artículo 23 que determina que “El Estado protege al hijo desde su concepción y ampara al menor a fin de que pueda desarrollarse normalmente con seguridad para su integridad moral, mental y física, así como su vida en el hogar”. Mantiene las disposiciones sobre protección a la familia, la igualdad de los hijos, el respeto al derecho de los padres a ejercer la autoridad “paterna” y establece la obligación de vigilar “el cumplimiento de las obligaciones recíprocas de padres e hijos”. La novedad más importante en esta Constitución es el reconocimiento legal de la unión de hecho.

La reforma de 1983, si bien modifica en algo el texto, no introduce ninguna novedad al tratamiento constitucional sobre el tema.

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 Constitución para asegurar la existencia de normas específicas sobre los derechos de la infancia y adolescencia. Producto de esto se incorpora un artículo⁷⁶ sobre los derechos del niño/a, de la que resalto los siguientes elementos:

- 1) La corresponsabilidad de los progenitores, la sociedad y el Estado en la protección de los derechos;
- 2) El derecho a ser consultados ;y,
- 3) El principio de prevalencia de los derechos.

Adicionalmente se incluyó de manera expresa la prohibición de la discriminación por causa de la edad.

Este artículo se mantuvo en la codificación de la Constitución que se realizó en el año 1997.

La Constitución vigente

La Constitución de 1998 es un evidente avance, tanto cualitativo como cuantitativo en el tratamiento de los derechos de la infancia. Cualitativamente incorpora una visión de la infancia como sujetos de derechos, al reconocer que éstos tiene la posibilidad de ejercer los derechos que se les reconocen , y establece una serie de importantes principios como el del interés superior y

⁷⁶ 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”.

la prioridad absoluta, y reitera el de la prevalencia de derechos y el de corresponsabilidad de la familia, la comunidad y el Estado en la vigencia de los derechos. Reafirma el derecho a que los niños, niñas y adolescentes sean consultados, y establece las bases para la construcción de una nueva institucionalidad, encargada de asegurar la vigencia y ejercicio de los derechos.

Sus normas son claramente inspiradas en la Convención sobre los Derechos del Niño, sus principales novedades son:

- a. La Constitución reconoce que las personas menores de 18 años son titulares de todos los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. En otras palabras, a más de las disposiciones contenidas en los artículos 45 a 52, deben ser considerados como titulares de cualquier otro derecho contenido en la Constitución y en los instrumentos de derechos humanos aprobados y ratificados por nuestro país. En concreto, los niños, niñas y adolescentes no son titulares únicamente de los derechos políticos; no obstante, la Constitución reconoce que éstos deben ser consultados en los asuntos que les afecten.
- b. Como se verá en profundidad en otros documentos de esta serie, se plantean varios principios en relación a los derechos, que son:
 - i. La condición de los niños como sujetos de derechos, es decir, con la posibilidad del ejercicio pleno de sus derechos, de acuerdo a la evolución de sus facultades;
 - ii. El principio de no discriminación e igualdad ante la ley, es decir que todos los niños, niñas y adolescentes tienen los mismos derechos sin importar su situación personal o familiar, su edad, su sexo, o cualquier otra condición;
 - iii. El principio de la corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad en la búsqueda de la vigencia de los derechos y de su desarrollo integral;
 - iv. El principio de la máxima prioridad en el desarrollo integral de niños y adolescentes y el de prevalencia de sus derechos;
 - v. El principio del interés superior del niño, considerado aquél como la búsqueda de la máxima satisfacción de sus derechos;
- c. Se establece que es obligación del Estado garantizar y asegurar el cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes, en particular en lo que se refiere a: 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.

d. Se reconocen explícitamente varios derechos de participación: a ser consultados en los asuntos que les afecten, a su libertad de expresión y asociación y, como una manifestación concreta de este derecho, al funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.

e. Se pone énfasis en la búsqueda de ciertas condiciones para la vigencia de los derechos, así se hace hincapié en que debe atención prioritaria para los menores de seis años, que garantice nutrición, salud, educación y cuidado diario; protección especial en el trabajo y contra la explotación económica en condiciones laborales peligrosas, que perjudiquen la educación o sean nocivas para la salud o el desarrollo personal de los niños; atención preferente, para su plena integración social, a quienes tengan discapacidad; protección contra el tráfico de menores, pornografía, prostitución, explotación sexual, uso de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y consumo de bebidas alcohólicas; prevención y atención contra el maltrato, negligencia, discriminación y violencia; atención prioritaria en casos de desastres y conflictos armados; 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.

f. Se establecen las condiciones de una nueva institucionalidad encargada de asegurar el ejercicio y garantía de los derechos, que debe caracterizarse por ser descentralizada, por la participación de las entidades públicas y privadas, y por la activa participación de los gobiernos locales. Debe contar con un órgano rector de carácter nacional, que será el encargado de definir las políticas del sector y que estará conformado paritariamente por el Estado y la sociedad civil.

Además se regula la existencia de una justicia especializada para niños, niñas y adolescentes, al interior de la Función Judicial.

g. La Constitución reconoce que los niños y adolescentes tienen derecho a que se les respeten todas las garantías constitucionales, es decir, es plenamente aplicable para su caso el hábeas corpus, el hábeas data, el amparo, las garantías del debido proceso, etc.

h. Se establece constitucionalmente que debe existir una legislación especializada que trate los asuntos que se refieren a la población infantil y juvenil, y que parte del supuesto de su condición de sujetos de derechos.

i. La actual Constitución brinda un tratamiento muy amplio a la protección de los menores de edad contra el maltrato y la violencia intrafamiliar; al respecto se pueden encontrar varias disposiciones que abordan este tema: el artículo 23, numeral segundo, inciso segundo, el artículo 47, que señalan que las víctimas de maltrato infantil tienen derecho a una atención prioritaria y preferente.

Ciudadanía universal

Para Emilio García Méndez⁷⁷ el aporte más significativo de la Constitución de 1998 es la introducción del concepto de "ciudadanía universal", en sus palabras

...un nuevo tipo de derecho constitucional inspirado en la Convención (se refiere a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño) abre las puertas para una nueva reformulación del pacto social, con todos los niños y adolescentes como sujetos activos del nuevo pacto. Valga como ejemplo técnico-jurídico el histórico artículo aprobado hace muy pocos meses por la Convención Constituyente del Ecuador (sic), consagrado en la nueva Constitución Nacional. Desvinculando el concepto de ciudadanía de la estrecha comprensión que lo reduce a un mero sinónimo del derecho al sufragio...Estoy convencido de que la importancia de esta nueva refundación del concepto de ciudadanía difícilmente puede ser subestimada.

El artículo 6 establece que "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" .

El texto constitucional reconoce la existencia de diversas dimensiones de la ciudadanía -civil, política y social- ya que considera que todos "los ecuatorianos son ciudadanos" sin más condiciones, se añade que todos "gozan" de los derechos establecidos en la Constitución y las leyes, pero el "ejercicio" de los mismos dependen de los "requisitos" que se determinen para cada caso.

Tradicionalmente el concepto ciudadanía ha estado ligado al ejercicio de los derechos políticos como el de elegir y ser elegido para cargos públicos, es decir, se ha considerado únicamente la dimensión política, y reduciéndola a su alcance más restringido, es decir al ejercicio del sufragio. Generalmente Esta concepción política de la ciudadanía ha sido excluyente, de las mujeres, de los pobres, de los indios y negros, de los analfabetos, etc. Y al momento a quedado un único criterio de exclusión, la edad.

Alessandro Barratta⁷⁸ considera que:

La ciudadanía es el estado jurídico de plena participación en la comunidad estatal y en los entres políticos territoriales. En su forma integral ella presupone la vigencia, de derecho y de hecho, de principios y normas constitucionales propias del estado social y democrático de derecho, y la titularidad de todos los derechos fundamentales que caracterizan esta forma de Estado, incluyendo aquellos políticos y de participación política. Por otro lado... el pleno ejercicio de esos derechos tiene como condición el ejercicio de todos los otros derechos fundamentales, de los derechos civiles y de la libertad y de los derechos

⁷⁷ Emilio García Méndez. Infancia, ley y democracia en América Latina. Editorial Depalma. Tercera Edición. 2005.

⁷⁸ Alessandro Baratta. Infancia y democracia. En Infancia, ley y democracia en América Latina. Editorial Depalma y Temis. Bogotá. 1998.

económicos, sociales y culturales. La ciudadanía no es idéntica a la democracia, pero no puede existir ciudadanía sin democracia, y no puede existir democracia sin ciudadanía...

En el artículo 26 de la Constitución vigente se establece que "Los ciudadanos ecuatorianos gozarán del derecho de elegir y ser elegidos, de presentar proyectos de ley al Congreso Nacional, de ser consultados en los casos previstos en la Constitución, de fiscalizar los actos de los órganos del poder público, de revocar el mandato que confieran a los dignatarios de elección popular, y de desempeñar empleos y funciones públicas. Estos derechos se ejercerán en los casos y con los requisitos que señalen la Constitución y la ley."

En función de este artículo podemos ver que la Constitución para cada uno de los derechos políticos establece requisitos, así para el derecho al voto el artículo 27 de la Constitución determina que "tendrán derecho a voto los ecuatorianos que hayan cumplido a los dieciocho años de edad y se hallen en goce de los derechos políticos"; en este sentido también la consulta popular puede ser solicitado por los ciudadanos que gocen de los derechos políticos (artículos 103 a 108 de la Constitución) y para la revocatoria del mandato se establece que "participan obligatoriamente todos los ciudadanos que gocen de los derechos políticos" (art. 112 Constitución), y a manera de ejemplo citaremos los requisitos para ser diputado "...ser ecuatoriano por nacimiento, estar en goce de los derechos políticos, tener al menos veinticinco años al momento de la inscripción de su candidatura..." (art. 127).

El reconocimiento de la ciudadanía no implica que los "recién nacidos" puedan votar o que sean candidatos a una diputación, como algunos críticos de la Constitución insinuaron⁷⁹, pero si que las niñas, niños y adolescentes, de acuerdo a su edad y a la evolución de sus facultades, pueden participar en la vida de la familia, la comunidad y el país.

La ciudadanía civil, se caracteriza por el reconocimiento de la capacidad personal que tienen ciertos individuos para gobernarse por sí mismo y disponer de los bienes, es decir, contratar libremente y testar, obviamente esta dimensión también es excluyente ya implica como requisito tener determinada edad . En nuestro ordenamiento jurídico el tratamiento jurídico a este tema se lo hace desde el derecho civil, por medio de la capacidad jurídica y de acuerdo a las reglas contenidas en el Código Civil.

Fraser y Gordon⁸⁰ consideran que "ideológicamente se ha impuesto un modelo dicotómico en las relaciones humanas, marcado por la oposición contrato versus caridad, asumen que los derechos civiles, en vez de producir igualdad, produjeron desigualdad, en la medida que implicaban básicamente derechos de propiedad, de compraventa, entre otros." .

⁷⁹ Estos comentarios se dieron en ciertos círculos académicos.

⁸⁰ Fraser Nancy and Gordon Linda. 1994. Civil Citizenship against Social Citizenship, citado por Virginia Valente. Ibid.

Finalmente la ciudadanía social se encuentra caracterizada por la "potestad que la persona ejerce de manifestar voluntad eficaz para tener atendidas sus necesidades básicas siempre que ellas fueran amenazadas o violadas" . En esta última dimensión no existe posibilidad de exclusión, ya que la protección de los derechos no se encuentra condicionada a la edad o a cualquier otra condición personal, en este sentido da lo mismo tener uno u ochenta años de edad, además se manifiesta en la posibilidad de demandar tanto individual como colectivamente; es decir se modifica la relación con lo público, ya que la protección de las personas ya no es un asunto de caridad, en la cual el virtual receptor de los "beneficios" que le provee el Estado es un ente pasivo sujeto a la voluntad de éste, sino que todas las personas, también los niños y adolescentes, tienen el derecho, y por lo tanto, pueden demandar su cumplimiento.

Este es el cambio fundamental al ampliar el concepto de ciudadanía a lo social, dotar a todas las personas de la capacidad de demandar la protección de sus derechos y por lo tanto relacionarse con el Estado ya no como cliente, sino como ciudadano.

Según Marshal⁸¹, se superan "las incongruencias de la ciudadanía civil ...por el reconocimiento de la dimensión de la ciudadanía social , la que debería ofrecer un mínimo social básico que permitiera a todos tener acceso igual al necesario bienestar económico, cerrando así las brechas entre igualdad política y desigualdad económica y social" .

En este sentido "El reconocimiento de la ciudadanía universal implica crear un nuevo tipo de relaciones en las que cada individuo tiene la capacidad de exigir sus derechos, pero también de asumir obligaciones en la búsqueda del bienestar colectivo; implica, además, el reconocimiento de la necesidad de que exista una democracia participativa y no meramente formal, ya que se crean las condiciones para que cada ciudadano busque, en el espacio público, que sus derechos se reconozcan y se respeten, pero no en un ejercicio excluyente e individualista, sino colectivo y pleno. Implica una transformación absoluta de viejas concepciones jurídicas para las que la ciudadanía era un concepto formal; ahora ésta se convierte en una condición, en un atributo que tiene que transformarse en un ejercicio real."

Algunos críticos de la Constitución de 1998 consideran equivocada la disposición transitoria primera que establece que "Cuando las leyes o convenciones internacionales vigentes se refieran a 'nacionalidad', se leerá 'ciudadanía', y cuando las leyes se refieran a 'derechos de ciudadanía', se leerá 'derechos políticos'".

Los conceptos de nacionalidad y ciudadanía se han utilizado de manera indistinta a partir del momento en que el concepto nación se vinculó al concepto de estado moderno, sin embargo en el caso de la nueva Constitución

⁸¹T. H. Marshal. Class, Citizenship and Social Development. Citado por Vargas. Ibid.

a la ciudadanía se le considera como nexo jurídico con el Estado y se adquiere por nacimiento o por naturalización.

No se puede alegar que este uso significa un riesgo de generar casos de "apatridas", ya que se establece con claridad la forma en que se adquiere la nacionalidad ecuatoriana, la forma en que esta se puede perder y el derecho a cambiar de nacionalidad sin limitaciones, lo cual se encuentra en total concordancia con lo dispuesto en los instrumentos internacionales sobre la materia.

Para la incorporación del nuevo concepto de ciudadanía tuvieron una importante influencia las organizaciones de mujeres y niños del país, pero nos parece que el cambio respondió fundamentalmente al reconocimiento de que el Ecuador es un Estado "pluricultural y multiétnico" (art. 1) en el que existen "pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales" (art. 83), por lo que se debía reemplazar a la nacionalidad como el concepto que indicaba el nexo jurídico entre una persona y el Estado.

Las críticas a la ciudadanía universal

En los últimos años han surgido algunas voces que critican el concepto de ciudadanía social como concepto clave en la protección y garantía de los derechos⁸², esto a que el nexo con los derechos no sería la condición de ciudadano, sino el de ser humano, la ciudadanía implica una relación jurídica con el estado, relación que no tienen los extranjeros, legales o no, los cuales son excluidos de muchos derechos por no tener el estatus jurídico de ciudadanía. En cualquier caso la ciudadanía debería ser únicamente una condición para alcanzar la titularidad de ciertos derechos políticos y no el conjunto de ellos⁸³.

⁸² Luigi Ferrajoli. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Editorial Trotta. Madrid. 2001.

⁸³ Respecto a esto se puede leer la Opinión Consultiva No 18 de la Corte I.D.H. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. OC-18/03 de 17 de septiembre del 2003.

TAREAS

PREGUNTAS GENERADORAS INDIVIDUALES

1. Explique con sus palabras que es la Doctrina de la Situación Irregular.
2. Haga un cuadro comparativo entre las características de la Doctrina de la Situación Irregular y la Doctrina de la Protección Integral.
3. Indique y explique las cinco razones , de acuerdo a la lectura, por las que el Código de Menores de 1992 debía ser reformado totalmente.
4. Explique las tres dimensiones de la ciudadanía
5. Explique que significa el artículo 6 de la Constitución Política de la República y la importancia del mismo para su trabajo

PREGUNTA GENERADORA EN GRUPO

En los grupos que se conformarán en la jornada de introducción a la capacitación deberán contestar lo siguiente:

De su experiencia de trabajo identifique tres prácticas que se corresponden a la Doctrina de la Protección Integral y tres a la Doctrina de la Situación Irregular.

Para realizar el trabajo el grupo deberá ponerse de acuerdo en la respuesta con los restantes miembros del Grupo.

TAREAS PARA ELvi MODULO 1

En la jornada presencial del Módulo 1 usted deberá entregar por escrito:

**1) Las respuestas a las preguntas generadoras
(RECUERDE: ESTE ES UN TRABAJO INDIVIDUAL)**

2) Las respuestas del grupo a la pregunta generadora de grupo

RECUERDE ADEMÁS:

Para la jornada presencial usted debe haber:

- 1) Leído el material entregado
- 2) Revisado los artículos de la Constitución Política de la República sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes.