

MODULO 2
CURSO DE CAPACITACION EN DERECHOS DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE¹

ANALISIS DEL CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.....	1
Contenido, principios y estructura del Código de la Niñez y Adolescencia.....	1
El Código como ley “integral”.....	1
El Código como ley “garantista”.....	2
Naturaleza jurídica del Código.....	3
Contenido.....	3
Algunos problemas de la ley.....	11
DEFINICIONES Y PRINCIPIOS DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL	
ECUADOR (Libro I. Título I: Definiciones. Artículos 1 al 5).....	13
Consideraciones generales.....	13
El niño como sujeto pleno de derechos (artículo 15).....	13
Protección Integral: finalidad de la Ley (artículo 1).....	14
Desarrollo integral, protección integral, doctrina de protección integral.....	14
Supletoriedad general y definiciones del CNA.....	15
Sujetos protegidos (artículo 2).....	16
Definición de niño, niña y adolescente (artículo 4).....	17
Presunción de edad (artículo 5).....	18
Principios fundamentales.....	19
Principio de igualdad y no discriminación (artículo 6).....	20
Principio de diversidad étnica y cultural (artículo 7).....	21
Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia (artículo 8 CNA).....	23
Función básica de la familia (artículos 9 y 10).....	26
Interés Superior (artículo 11).....	28
Principio de prioridad absoluta (artículo 12).....	34
Principio del ejercicio progresivo (artículo 13).....	39
Restricciones a los derechos.....	41
Aplicación e interpretación más favorable (artículo 14).....	42
DERECHOS, GARANTIAS Y DEBERES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES(Libro I.	
Título III. Artículos 20 al 80).....	46
Consideraciones generales.-.....	46
Normas autoejecutables.....	47
Disposiciones generales sobre los derechos y garantías (artículos 15 a 19).....	48
Naturaleza de los derechos y garantías (artículo 16).....	49
Deber jurídico de denunciar (artículo 17).....	51
Exigibilidad de los derechos (artículo 18).....	53
Sanciones por violación a los derechos (artículo 19).....	56
Organización de los derechos en el Libro I.....	56
Derechos de supervivencia (Capítulo II: artículos 20 a 32).....	57
Derechos relacionados con el desarrollo (Capítulo III: artículos 33 a 49).....	57
Derechos de protección (Capítulo IV: artículos 50 a 58).....	58
Derechos de participación (Capítulo artículos 59 a 63).....	58

¹ Este material es una adaptación del Manual de Derechos de la Niñez y Adolescencia de Farith Simon. Es para uso exclusivo del curso de facilitadores de la ciudad de Lago Agrio.

ANALISIS DEL CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

En este módulo se realiza un examen general del contenido, principios y estructura del Código de la Niñez y Adolescencia, el material que sigue a continuación permite mirar al Código en su conjunto, la lógica de funcionamiento y la manera en que se aplica.

Contenido, principios y estructura del Código de la Niñez y Adolescencia.

Como se revisó anteriormente el Código de la Niñez y Adolescencia busca superar la visión tutelar, a partir de incorporar los principios de la doctrina de la protección integral y creando una serie de mecanismos para buscar dar efectividad a los derechos declarados, con estos antecedentes podemos decir que nuestro Código tiene como características ser: "integral" y "garantista".

El Código como ley "integral".

El Código es "integral"² 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 delito³.

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 del CNA, norma en la que se establece su finalidad.

Como se revisó en el primer módulo algunas características de las legislaciones basadas 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 y el establecimiento de los medios, procedimientos, recursos y responsables de respetarlos y garantizarlos. La excepción a esto es el tratamiento diferenciado del trabajo infantil; y, del maltrato, explotación sexual, abuso, tráfico y pérdida de niños.

Al proyecto de ley que sirvió de base la aprobación del CNA se lo "caracterizaba" como derivado de la protección integral por los siguientes elementos:

² Esta caracterización está tomada de Mary Beloff. Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina 1989-2004 publicado en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Emilio García Méndez y Mary Beloff, compiladores. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2004.

³ El otro modelo normativo es que trata en textos jurídicos diferenciados a los temas de protección y responsabilidad penal juvenil.

...se fundamenta en los siguientes principios: los niños y adolescentes son titulares todos los derechos humanos, además de los específicos para su edad⁴; 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 aplicables e invocables ante cualquier juez o autoridad⁵; 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 persona⁶.

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 garantiza y proteger los derechos, estableciendo políticas, instituciones, programas, medidas, sanciones, recursos y procedimientos⁷.

El Código como ley "garantista".

El Código de la Niñez y Adolescencia no deja duda alguna sobre la "justiciabilidad"⁸ 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 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 derechos⁹.

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,

⁴ Artículo 49 Constitución Política de la República

⁵ Artículo 18 Constitución Política de la República

⁶ Artículo 19 Constitución Política de la República

⁷ Simon y Parraguez. Op. Cit.

⁸ 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.

⁹ Este tema se encuentra ampliamente tratado en el artículo de Emilio García Méndez "Infancia, Ley y Democracia en América Latina" ya citado anteriormente.

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"¹⁰.

El Código en este sentido pretendía establecer derechos "definitivos", según Alexy, "es decir, de pretensiones que se pueden defender en juicio..."¹¹

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, 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.

¹⁰ Luigi Ferrajoli. "Derechos y garantías. La ley del más débil". Editorial Trotta. Madrid. 2001.

¹¹ Citado por Baratta. Ob. Cit. Página 44.

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 (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"¹²(artículo 2); 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). Con relación a esta definición se establece la 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).

Como se revisará detalladamente estas disposiciones no modifican 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.

Los principios del Código son: igualdad y no discriminación¹³; interculturalidad¹⁴; corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia¹⁵; función básica de la familia y responsabilidad compartida de los progenitores¹⁶; deber del Estado frente a la familia¹⁷; interés superior del niño¹⁸; prioridad absoluta¹⁹; ejercicio progresivo²⁰; y, aplicación e interpretación más favorable de la ley al niño, niña y adolescente²¹.

Farith Simon 9/2/07 10:55
Comment: ver título correcto

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

¹² 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.

¹³ Artículo 6.

¹⁴ Artículo 7.

¹⁵ Artículo 8.

¹⁶ Artículo 9.

¹⁷ Artículo 10.

¹⁸ Artículo 11.

¹⁹ Artículo 12.

²⁰ Artículo 13.

²¹ Artículo 14.

disipa cualquiera duda que pudiera abrigarse sobre la concreción y exigibilidad práctica de los derechos y garantías constitucionales en la materia que nos interesa”²².

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”²³ y que estos (y las garantías) son “... potestades cuya observancia y protección son exigibles a las personas y organismos responsables de asegurar su eficacia...”²⁴.

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).

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 naturalezas educativas o vinculadas a prácticas ancestrales, que no sean violatorios a sus derechos²⁵.

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

²²Simon y Parraguez . Op. Cit.

²³ Artículo 16.

²⁴ Artículo 18.

²⁵Esta 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.

Libro Segundo: El niño, niña y adolescente en sus relaciones de familia²⁶.

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.

- 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^{27 28}, y adopción (sí bien es una medida judicial de protección, se lo trato 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

²⁶ 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.

²⁷ 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.

²⁸ 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.

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 adolescentes, establecidos en este Código, la Constitución Política y los instrumentos jurídicos internacionales"²⁹.

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.

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

²⁹ Artículo 190.

que estas 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.

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 reemplaza 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)³⁰; 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 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

³⁰ 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).

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 Concejo 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 especializada³¹, 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 de los elementos principales, que serán analizados en el capítulo 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. Los adolescentes (entre 12 y 18 años) son inimputables penalmente, es decir no pueden ser juzgados por jueces penales ordinarios³² 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. La medida más compleja, y más severa, 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.

Se garantiza plenamente las 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.

³¹ 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.

³² 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, quien debe aplicar las normas de la legislación especializada, es decir el procedimientos y las medidas contenidas en el Código de la Niñez y Adolescencia.

Farith Simon 9/2/07 10:55
Comment: poner referencia

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"³³.

Se establece un sistema acusatorio de conocimiento mediante audiencias, garantizando el principio de la debida defensa. El adolescente podrá ser escuchado, podrá interrogar a los testigos y peritos y contradecir la prueba. El proceso diseñado es breve, totalmente oral, con múltiples salidas anticipadas (conciliación, remisión, suspensión condicional), con un alto contenido garantista.

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 institucional³⁴.

Para las contravenciones se establece un procedimiento sumario especial donde no cabe medidas de privación de la libertad. El procedimiento de impugnación garantiza que el superior, falle con celeridad y equidad.

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, 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.

Algunos problemas de la ley.

El Código de la Niñez y Adolescencia tiene algunos "problemas", que como se señaló anteriormente, se derivan de circunstancias del proceso de discusión y aprobación, otras del proceso de implementación. En mi 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

³³ Artículo 309 del Código de la Niñez y Adolescencia.

³⁴ 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.

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 incrementa la 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.

*DEFINICIONES Y PRINCIPIOS DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL
ECUADOR (Libro I. Título I: Definiciones. Artículos 1 al 5)*

Consideraciones generales.

Los primeros 14 artículos del Código de la Niñez y Adolescencia contienen las definiciones y los principios generales de la Ley. Este es un tratamiento similar a la mayoría de las legislaciones integrales que dedican algunas de sus disposiciones con este objetivo.

En especial quiero resaltar dos de estos principios generales que desarrolla el nuevo Código: el reconocimiento de la niñez y adolescencia como **sujeto pleno de derechos** y la inclusión de la **protección integral** como finalidad de la Ley, como consecuencia de las disposiciones constitucionales de los artículos 49 y 52 de correspondientemente.

El niño como sujeto pleno de derechos (artículo 15)

El artículo 15 del CNA declara: "Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad."

Esta disposición es la legislación secundaria ecuatoriana de un reconocimiento ya hecho previamente por vía de la ratificación de la CDN y por lo dispuesto en la reforma constitucional de 1998.

Como vimos previamente, la Constitución reconoce la calidad de sujetos de derechos de la infancia y adolescencia por dos vías: en el reconocimiento de la ciudadanía de los niños, niñas y adolescentes en el segundo inciso del artículo 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.", y en la primera parte del artículo 49 "Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad..."

En la OC/17 se concluye los niños deben ser considerados "...verdadero(s) sujeto(s) de derecho y no sólo como objeto(s) de protección"³⁵ y que "...poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado."³⁶

En otras legislaciones podemos encontrar disposiciones similares, así en artículo 5 del Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia³⁷ "Los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de derecho, gozan de todos los derechos fundamentales y garantías constitucionales inherentes a toda persona, sin perjuicio de la protección integral que instituye este Código."; en el artículo 10 de Ley Orgánica de Protección del Niño y Adolescente de Venezuela³⁸ : "Todos los niños y

³⁵ *Ibíd.* Párrafo 1 de la Opinión y párrafo 28.

³⁶ *Ibíd.* Párrafo 54.

³⁷ Ley 2.026 de 14 de octubre de 1999.

³⁸ Ley 5.266 de 1 de marzo del 2000.

adolescentes son sujetos de derecho; en consecuencia, gozan de todos los derechos y garantías consagrados a favor de las personas en el ordenamiento jurídico, especialmente aquellos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño³⁹; en el Estatuto del Niño y el Adolescente del Brasil³⁹ (artículo 3) "El niño y el adolescente gozan de todos los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, sin perjuicio de la protección integral de que trata esta ley."; en el artículo 2 del Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay⁴⁰ "(Sujetos de derechos, deberes y garantías).- Todos los niños y adolescentes son titulares de derechos, deberes y garantías inherentes a su calidad de personas humanas."

Protección Integral: finalidad de la Ley (artículo 1).

El CNA del Ecuador establece en el artículo 1 su finalidad:

Este Código dispone sobre la **protección integral** que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su **desarrollo integral** y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.

Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la **doctrina de protección integral**. (El resaltado no consta en el original).

Como podemos ver esta es la finalidad de la ley ecuatoriana, pero además es su fundamento. En nuestro caso efectivamente podemos encontrar que existe una relación directa entre protección integral y el goce y ejercicio de los derechos, lo que no siempre aparece tan claro en otras legislaciones.

Desarrollo integral, protección integral, doctrina de protección integral

Es pertinente revisar estas definiciones a propósito del contenido del artículo 1 del CNA, en el que aparecen los tres conceptos de manera diferenciada.

La "doctrina de la protección integral" hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional, especialmente la CDN, que introdujeron una modificación de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia, de acuerdo a Emilio García Méndez⁴¹, convirtiéndola en sujetos plenos de derechos, en superación al tratamiento previo como "objetos de protección".

En cambio la "protección integral" se refiere a la "protección de los derechos" de todas las personas menores de 18 años, como lo refiere Mary Beloff⁴².

El "desarrollo integral" es un concepto introducido por la CDN, por el cuál los niños tienen derecho a un nivel de vida (artículo 27) que les permita su "desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.". Estos diferentes aspectos del desarrollo se encuentran también recogidos en el

³⁹ Ley 8.069 de 14 de octubre de 1990.

⁴⁰ Ley 17.823 de 7 de septiembre del 2004.

⁴¹ Ob. Cit.

⁴² Ob. Cit.

artículo 32.1 de la CDN, en el cual se establece el derecho de los niños a estar protegidos “contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su **desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social**”⁴³.

En resumen, el “desarrollo integral” se refiere estos cinco aspectos: el físico, el mental, espiritual, el moral y el social, para lo cual el camino es la protección y garantía del conjunto de los derechos de la infancia y adolescencia, de acuerdo a la nueva consideración jurídica de la infancia introducida por la CDN.

Tanto la “protección integral”, como el “desarrollo integral” son de mucha importancia en el CNA ecuatoriano.

En el primer caso, protección integral, el Código se refiere a él de manera específica en cinco artículos (sin olvidar de que el Libro Tercero trata sobre el “Sistema Nacional Descentralizado de Protección integral a la Niñez y Adolescencia”): artículo 1 como finalidad de la Ley; en el 190 como uno de los objetivos del sistema descentralizado; en el 193 al definir cuáles son las políticas y los planes de protección integral; y, en el 195 y 202 al referirse a las funciones del Consejo Nacional y de los Consejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia.

En lo que se refiere al “desarrollo integral” el CNA lo invoca en 22 artículos: en el 1 como la finalidad del CNA; en el 9 como una de las funciones básicas de la familia; en el 20 como uno de los límites para la manipulación del embrión; 26 como uno de los componentes de una vida digna; 32 uno de los aspectos que garantiza un medio ambiente sano; en el 48 sobre el derecho a la recreación y al descanso, siendo este una de las consideraciones que debe tomar el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia al regular sobre espectáculos públicos, juegos electrónicos, programas de computación dirigidos a niños, etc.; 55 al tratar sobre los derechos específicos de niños con discapacidades o necesidades especiales; en el 87 para establecer algunas de las consideraciones que el Consejo Nacional debe tomar al establecer nuevos trabajos riesgosos o peligrosos; en el 92 como una de las prioridades que debe observar el trabajo formativo; 96 al reconocer a la familia como el medio natural para el desarrollo integral de sus miembros; 97 sobre el apoyo del Estado para que la familia cumpla con esta función; en el 100 al establecer como uno de los aspectos de la corresponsabilidad parental; el 103 como uno de los límites al deber de los hijos e hijas de colaborar en el hogar; en cuanto a la patria potestad en el 105 como una de las obligaciones de quienes la ejercen, en el 106 como una de las condiciones para confiar su ejercicio en caso de separación, en el 113 para suspender su ejercicio y en el 113 para decidir su privación; en el 118 como regla para determinar la tenencia; en el 186 como uno de los aspectos a evaluar en el seguimiento de la adopción; y, respecto del acogimiento familiar el 225 lo establece como una de las consideraciones para tomarlo, 227 como uno de los deberes de la familia biológica del acogiente, y en el 228 al establecer las obligaciones del acogido.

Supletoriedad general y definiciones del CNA.

De las restantes definiciones de carácter general que contiene el CNA tres de ellas se refieren a los sujetos protegidos: en el artículo 2 se establece quiénes son, en el 4 se define niño, niña y adolescente, y en el 5 se establece una presunción de edades.

⁴³ Como veremos esta noción aparece también recogida en la OC 17.

La norma restante de esta sección de la Ley, contenida en el artículo 3, establece una regla general de supletoriedad formulada en los siguientes términos

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.

De manera previa a la revisión de esta disposición es necesario aclarar que el CNA es una ley orgánica⁴⁴ y especial, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 143 de la Constitución tiene una jerarquía superior a leyes ordinarias de cualquier tipo, sean generales o especiales, por tanto en caso de existencia de normas contenidas en leyes ordinarias que traten iguales materias que el CNA, prevalecen las normas de este último. De igual forma, si existen normas similares a las contenidas en el CNA en leyes orgánicas, priman las del primero por ser esta una ley especial en los temas relacionados a los derechos de la infancia y adolescencia.

La norma del artículo 3 establece una regla de supletoriedad general, la misma dispone que las restantes normas del ordenamiento jurídico, en nuestra opinión de igual o menor jerarquía⁴⁵, se aplican cuando algo no se encuentra previsto expresamente en el CNA, pero a condición de que no se contradigan los principios del Código, pero privilegiando aquellas que sean más favorables a la vigencia de los derechos. Esta disposición se complementa con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 14, que contiene uno de los principios generales del CNA: aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente, que impone una obligación de carácter general para todos quienes tienen la responsabilidad de tomar decisiones en las que se encuentren involucradas personas menores de 18 años, por la cual 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.

Sujetos protegidos (artículo 2).

La disposición del artículo 2 reza "Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código".

El CNA mantiene, en su artículo 2, la tendencia determinada en la CDN de fijar los 18 años como edad debajo de la cual las personas se encuentran sujetas a un tratamiento normativo específico, y por lo tanto a la protección que esta ley tiene prevista, aunque las obligaciones derivadas de la misma se apliquen al Estado, la sociedad y la familia de acuerdo a lo dispuesto en su artículo 8.

La ley solamente contempla una protección sobre esta edad en dos casos: en lo que se refiere al derecho de alimentos legales y a la adopción.

⁴⁴ Esta declaración la hizo el Congreso Nacional al iniciar el segundo debate de aprobación del CNA, por considerar los legisladores que elevaron esta moción que la misma regulaba garantías de derechos fundamentales y los procedimientos para su protección y a que regula la organización y actividades de la Función Ejecutiva y Judicial, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 142 de la norma suprema.

⁴⁵ Ya que en caso de contradicción con normas de jerarquía superior, las constitucionales o las contenidas en instrumentos internacionales, estas prevalecen sobre las del CNA.

La norma del artículo 128, que establece los titulares del derecho de alimentos, contempla dos casos de protección por sobre los 18 años: a) los adultos hasta la edad de veintiún años, si se encuentran cursando estudios superiores que les impidan o dificulten el dedicarse a alguna actividad productiva y carezcan de recursos propios suficientes; y, b) las personas de cualquier edad que no estén en condiciones físicas o mentales de procurarse los medios para subsistir por sí mismos.

En cuanto a la adopción el artículo 157 establece que solamente personas menores de 18 años pueden ser adoptadas, pero se prevé la posibilidad de que personas menores de 21 años sean adoptadas por excepción: a) cuando tienen con el candidato a adoptante una relación de parentesco dentro del quinto grado de consanguinidad; b) cuando han estado integradas al hogar del candidato a adoptante en acogimiento familiar por un período no inferior a dos años; y, cuando se trata de adoptar al hijo del cónyuge.

Lo revisado no significa que el CNA amplíe la protección a otros aspectos en caso de discapacidad o necesidad especial, ya que el Código utiliza la edad de 18 años como criterio para establecer al beneficiario del régimen de protección de derechos que establece la Ley.

Respecto al inicio de la aplicación de las normas del CNA, por tanto de la protección que este brinda, el artículo 2 establece que las "normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción", por tanto no existe duda de que el CNA considera al *nasciturus* como ser humano.

Definición de niño, niña y adolescente (artículo 4).

El artículo 4 del CNA define que "Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad". La edad y las necesidades particulares derivadas de ella es la que fundamenta la existencia de un régimen jurídico de protección para la infancia y adolescencia, como hemos podido analizar en otras secciones del presente trabajo.

Recordemos que la edad, es decir el tiempo transcurrido desde el nacimiento de una persona tiene importantes repercusiones jurídicas: fija la capacidad jurídica de las personas, por esto se establece un régimen jurídico de protección especial por la edad (niñez y adolescencia, tercera edad), habilita o inhabilita para el ejercicio de ciertos cargos, establece una diferenciación para la atribución de responsabilidad civil y penal (la responsabilidad civil se fija a partir de los 10 años, la responsabilidad penal a partir de los 12 años, etc.).

El CNA en el artículo 4 introduce en la legislación ecuatoriana como categoría jurídica a la "adolescencia", personas de cualquiera de los dos sexos entre doce y dieciocho años, y establece una definición diferente para niño y niña, persona que no ha cumplido doce años, modificando para efectos de esta ley lo dispuesto en el artículo 21 del Código Civil "Llámanse infante o niño el que no ha cumplido siete años". Adicionalmente introduce el uso sistemático de la palabra "niña" a lo largo de la ley asumiendo el uso del género por primera vez en una ley ecuatoriana.

La definición de niño, niña y adolescente del CNA no modifica lo dispuesto en el Código Civil respecto a las definiciones generales de la legislación ecuatoriana, el ya citado artículo 21 se complementa con las definiciones siguientes: "...impúber, el varón que no ha cumplido catorce

años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años, y menor de edad, o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlos.”, por tanto no se ha superado el uso discriminatorio de las edades en la legislación ecuatoriana en cuanto a hombres y mujeres⁴⁶ como fue observado por el Comité de los Derechos del Niño⁴⁷.

Las consecuencias jurídicas de ser niño, niña o adolescentes aparece a lo largo del CNA, a manera de ejemplo nos podemos referir a la capacidad que tienen los adolescentes de ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías y los niños y niñas podrán pedir directamente auxilio para la protección de sus derechos cuando deban dirigir la acción contra su representante legal (inciso final artículo 65); los niños y niñas están exentos de responsabilidad jurídica (por sus hechos y actos dañosos, responderán civilmente sus progenitores o guardadores en los casos y formas previstos en el Código Civil) y los adolescentes son responsables por sus actos jurídicos y hechos ilícitos, en los términos del CNA; para confiar el ejercicio de la patria potestad y para determinar la tenencia se debe escuchar y valorar la opinión de los niños y niñas, y en el caso de los adolescentes su opinión es obligatoria (artículo 106 inciso final); los niños y niñas emiten su opinión en el proceso de adopción, esta debe ser valorado de acuerdo a su desarrollo evolutivo y emocional, los adolescentes deben obligatoriamente dar su consentimiento (artículo 153 numeral 5, 156 inciso final, 173 numeral 2 CNA); en el procedimiento contencioso tipo es obligatorio escuchar al adolescente de manera reservada en la audiencia de conciliación y contestación, en tanto que en el caso de niños y niñas solamente en los casos en que se encuentren en edad y condiciones de hacerlo; y, los adolescentes son responsables penalmente en los términos establecidos en el CNA (artículo 306 CNA) y los niños y niñas son absolutamente inimputables y tampoco responsables penalmente (artículo 307 CNA).

Presunción de edad (artículo 5)

La regla del artículo 5 reza “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.”. Esta es una fórmula para resolver los casos de duda de edad, por tanto se aplica en los casos en los que no existe prueba de la edad, la misma que de acuerdo al artículo 351 del Código Civil se prueba “...por las respectivas partidas de nacimiento o bautismo y defunción.”. La razón de esta regla es el supuesto de que tratar a una persona como de menor edad le asegura una mayor protección a sus derechos, por lo tanto la presunción legal es que se debe, que caso de duda, considerar a una persona niño o niña antes que adolescente y adolescente, antes que mayor de dieciocho años.

Aunque el principio de mayor protección por menor edad es muy claro en el ámbito penal, ya que en caso de que una persona este acusada de un delito y se dude de su edad, el que se lo trate como niño o niña implicaría su inimputabilidad e irresponsabilidad penal y por tanto se le aplicaría,

⁴⁶ La Corte Constitucional Colombiana declaró “inexequible” por discriminatorio

⁴⁷ Por lo que respecta a la aplicación del artículo 1 y artículos conexos de la Convención relativos a la definición del niño, el Comité expresa su preocupación por las disparidades que existen en la legislación nacional. El Comité está también preocupado por el uso del criterio biológico de la pubertad para fijar distintas edades de madurez en los niños y las niñas. Esta práctica es contraria a los principios y disposiciones de la Convención y constituye una forma de discriminación basada en el sexo que afecta al disfrute de todos los derechos. El Comité recomienda que el Estado Parte reexamine su legislación nacional para lograr su plena conformidad con los principios y disposiciones de la Convención. CRC/C/15/Add.93. Párrafo 17.

en caso de ser necesario, una medida de protección; pero si se duda si es adolescente o mayor de edad, el considerarlo adolescente le favorece ya que sería juzgado de acuerdo a las reglas del CNA y no a las del Código de Procedimiento Penal y las sanciones no serían las del Código Penal, en otros ámbitos distintos al penal tratar a una persona como de menor edad no necesariamente brinda una mayor protección a los derechos, por ejemplo en caso de escuchar su opinión o la diferencia con el consentimiento, o que decida con cual de los progenitores permanecer en caso de los procesos de tenencia, etc.

En aplicación a este principio el artículo 325 numeral 4 del CNA al tratar la medida cautelar de privación de la libertad establece que "En todo caso de privación de la libertad se deberá verificar la edad del afectado y, en casos de duda, se aplicará la presunción del artículo 5 y se lo someterá a las disposiciones de este Código hasta que dicha presunción se destruya conforme a derecho.", complementándose la disposición con una fuerte sanción a quienes la incumplan "...El funcionario que contravenga lo dispuesto en este artículo, será destituido de su cargo por la autoridad correspondiente."

Principios fundamentales

Para el caso del Ecuador los principios fundamentales del Código son: igualdad y no discriminación (artículo 6); diversidad cultural (artículo 7); corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia (artículo 8); función básica de la familia –que incluye los deberes del Estado frente a la familia- (artículos 9 y 10); el interés superior del niño (artículo 11); prioridad absoluta (artículo 12); ejercicio progresivo (artículo 13); y, aplicación e interpretación más favorable (artículo 14).

Papel y naturaleza de los principios

Debemos determinar cual es alcance de estas normas a las cuales el legislador de la ha dado la categoría de "principios fundamentales", o en el caso de la sección de la ley que trata a los derechos simplemente "principios" ya que por su propia calificación deben ser entendidos como fundamento, base o la idea fundamental de la Ley, ya que explícitamente han sido calificados como tales, así que "puede suscitarse debate acerca de su fuerza jurídica o el significado concreto de alguno de ellos, pero no acerca de lo que son: se trata de normas como cualesquiera a la que el legislador o la doctrina, por alguna razón o seguramente por varias y difusas razones, decide llamar <<principio>> ..."48, pero no es necesario que la ley los califique así, ya que puede ser considerada cualquier disposición en atención a su generalidad, fundamentalidad, etc.49, que es un caso que considero existe en el CNA con el derecho a la "opinión" de niños, niñas y adolescentes, el mismo debe ser entendido así porque es una norma de aplicación general, como se vera cuando lo examine en detalle.

La positivización del principio (el que se encuentre en una norma del ordenamiento jurídico) tiene por efecto convertirla en una norma básica, principal, formuladora de un deber ser jurídico, sin ligarse a un supuesto de hecho concreto o ligándose a un supuesto de hecho muy general o indeterminado50, además asumen una función directiva e informadora del conjunto de la

48 Luis Prieto Sanchís. Teoría del Derecho. Editorial Trotta. Primera Edición. Madrid. 2005. Pág. 205.

49 Ob. Cit. Pág. 206.

50 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón. Sistema de Derecho Civil: Tomo I. Editorial Tecnos. Undécima Edición. Madrid. 2003. Pág. 146.

legislación de la materia, más aún cuando algunos de esos principios están recogidos directamente de la Constitución, por tanto se convierten informadores de toda la legislación nacional.

A lo largo del Código aparecen principios, además de los fundamentales, para informar o dar sustento ciertos aspectos específicos de la legislación, por ejemplo: principios de la adopción (artículo 153); principios rectores del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (artículo 191); principios rectores de la Administración de Justicia Especializada de la Niñez y adolescencia (artículo 256); los principios del juzgamiento de adolescentes infractores en el Libro IV.

Principio de igualdad y no discriminación (artículo 6).

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.

La igualdad⁵¹ y la no discriminación son considerados principios fundamentales de los derechos humanos en general, y obviamente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los dos se encuentran íntimamente vinculados, como veremos en detalle más adelante, a punto de que son considerados "...como las dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la discriminación es la cara negativa de la igualdad, y ambas la expresión de un valor jurídico de igualdad que está implícito en el concepto mismo del Derecho como orden de justicia para el bien común..."⁵².

Debemos recordar que la igualdad no excluye la posibilidad de un trato diferente cuando este cumple las condiciones de ser objetivo y razonable, de igual forma igualdad no implica identidad de los sujetos, ya que esto sería contradictorio con el reconocimiento de la diversidad.

Consecuencia directa de la igualdad es el principio de no discriminación, la que se define como "...cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en cualquier materia, ya sea de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión o preferencia política, origen nacional o social, propiedad, nacimiento o cualquier otro estatus, la cual tenga el propósito, efecto, anulación o impedimento del reconocimiento, disfrute, o ejercicio de todas las personas en términos de igualdad de todos los derechos y libertades."⁵³

⁵¹ Para Luigi Ferrajoli, "La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual del valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás". Luigi Ferrajoli. Derechos y garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta. Madrid. 1999.

⁵² Voto Separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, Corte I.D.H., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No.4, párr. 10.

⁵³ Comité de las Naciones Unidas de Derechos Humanos. Observación General N° 18, párr. 7. En el mismo sentido es definido por artículo 1 numeral 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones.

El "test de proporcionalidad" o de "razonabilidad" utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido recogido por el Tribunal Constitucional en el caso Nro. 002-2004-DI⁵⁴, por medio del cual se declaró la inconstitucionalidad del numeral 7 del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, por el cual se declaraba a las meretrices como testigos no idóneos por falta de probidad. En el considerando quinto de la resolución el Tribunal dice "es necesario efectuar un análisis de razonabilidad de tal diferenciación, para establecer si se trata de una disposición discriminatoria" y revisa su objetivo, la validez del objetivo y la racionalidad del trato desigual, concluyendo que no existe "justificación razonable" para tal distinción.

Farith Simon 9/2/07 10:55
Comment: ver numeración actual

En el artículo 6 del CNA prohíbe de manera expresa la discriminación 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, pero añade una cláusula abierta con la fórmula "o cualquier otra condición propia", añadiendo "o de sus progenitores, representantes o familiares", superando la fórmula contenida en el artículo 3 de la CDN que prohíbe la discriminación "por la condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales".

Otras normas del CNA que contienen referencias a este principio son: el artículo 38 literal b al establecer como uno de los objetivos de los programas de educación: "Promover y practicar la paz, el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, la no discriminación, la tolerancia, la valoración de las diversidades, la participación, el diálogo, la autonomía y la cooperación"; como una de las prohibiciones expresas a las sanciones disciplinarias aplicables en el sistema educativo: se prohíbe "Medidas que impliquen exclusión o discriminación por causa de una condición personal del estudiante, de sus progenitores, representantes legales o de quienes lo tengan bajo su cuidado. Se incluyen en esta prohibición las medidas discriminatorias por causa de embarazo o maternidad de una adolescente. A ningún niño, niña o adolescente se le podrá negar la matrícula o expulsar debido a la condición de sus padres." de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 41 numeral 4; al determinar la igualdad de filiación en el artículo 99: "Todos los hijos son iguales ante la ley, la familia y la sociedad"; y, el artículo 377 numeral 2 que establece como una de los derechos aplicables a los menores de edad privados de la libertad: "la igualdad ante la ley y a no ser discriminado".

Principio de diversidad étnica y cultural (artículo 7)

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.", por tanto es necesario referirse de manera expresa a lo dispuesto en la Constitución al respecto.

Recordemos el artículo 1 de la norma fundamental⁵⁵ establece que nuestro país es un estado "pluricultural y multiétnico", explicitando algunos de estos derechos en los artículos 84⁵⁶ y en el inciso final del artículo 191⁵⁷.

⁵⁴ Resolución publicada en el Registro Oficial No. 463 de 17 de noviembre del 2004.

⁵⁵ Antes de la aprobación de estas normas en la Constitución de 1998, el país ya había reconocido la existencia de autoridades tradicionales y normas consuetudinarias al ratificar el Convenio 169 de la OIT el 15 de mayo de 1998. Publicado en el Registro Oficial 206 del 7 de junio de 1999.

⁵⁶ El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, y el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

El artículo 7 del CNA asegura un derecho adicional, a los restantes ya reconocidos para toda la infancia y adolescencia, para aquellos que pertenecen a nacionalidades indígenas y a los afroecuatorianos, reconociendo que estos tienen derecho a desarrollarse acuerdo a su cultura, estableciendo las siguientes condiciones: a) que sea en un marco de interculturalidad, por tanto se plantea normativamente...; b) que se de en conformidad a lo dispuesto en la Constitución Política de la República, es decir la práctica cultural debe estar conforme a la ley, debe respetar el orden público y los derechos humanos. Esta última condición, que las practicas culturales no conculquen los derechos, aparece recogida expresamente en el CNA.

Vivir de acuerdo a su "cultura" significa el reconocimiento de un derecho que no se ejerce individualmente sino con los restantes miembros de una comunidad⁵⁸. Esa comunidad debe ser de aquellas que se corresponden a la noción de "nacionalidades indígenas" y a los afroecuatorianos. Debemos recordar que la Constitución en el artículo 83 no habla de nacionalidades sino de "pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales". Este derecho genera obligaciones "...específicas a los Estados Partes. La protección de esos derechos tiene por objeto garantizar la preservación y el desarrollo continuo

Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.

Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.

Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley.

Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.

1. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.

2. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.

3. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.

4. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.

5. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.

6. Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico.

7. Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe.

8. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella.

9. Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado.

10. Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley.

11. Usar símbolos y emblemas que los identifiquen.

⁵⁷ "Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional."

⁵⁸ Para Alessandro Baratta el pluralismo étnico y cultural y respeto de las minorías, así como la capacidad de aprender de ellas es una expresión de la democracia social que se desarrolla en las instituciones de la sociedad civil (familia, escuela, asociaciones). Así mismo para este autor si "...esta dimensión de la democracia social se encuentra suficientemente desarrollada, también será posible una política de implementación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes coherente con su identidad cultural y étnica. El respeto de la identidad cultural y étnica del niños es, a su vez, una condición para la existencia y reproducción de esta dimensión pluralista de la democracia social.". Alessandro Baratta. *Infancia y Democracia*. Publicado en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Emilio García Méndez y Mary Beloff, compiladores. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogota. 2004.

de la identidad cultural, religiosa y social de las minorías interesadas, enriqueciendo así el tejido social en su conjunto. En consecuencia... esos derechos deben ser protegidos como tales, sin que se les confunda con otros derechos personales conferidos a todas y cada una de las personas...⁵⁹.

Para Rodolfo Stavenhagen⁶⁰ "... el término pueblo es un concepto sociológico semejante al de nación, que se refiere a grupos humanos que comparten identidades étnicas y culturales (lengua, religión, costumbres), mientras otros insisten en que "pueblo" es un concepto político y legal referido al conjunto de pobladores de un territorio o de un Estado, independientemente de sus elementos étnicos y culturales." Es obvio que tanto la CP como el CNA usan la primera noción: "grupos humanos que comparten identidades étnicas y culturales (lengua, religión, costumbres)", por tanto es distinto al reconocimiento individual del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión derecho que permite se viva individualmente de acuerdo a esas convicciones.

Debemos recordar que el artículo 11 del CNA que trata el principio del "Interés Superior" establece que este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural lo que examinaremos en detalle más adelante.

El CNA contiene varias normas que tratan de forma específica temas relacionados a los derechos de los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a pueblos indígenas así: el inciso final del artículo 36 reconoce el derecho a ser inscritos con nombres propios del respectivo idioma; la obligación de los programas de atención y cuidado a los niños, niñas y adolescentes de las nacionalidades y pueblos indígenas, negros o afroecuatorianos de respetar la cosmovisión, realidad cultural y conocimientos de su respectiva nacionalidad o pueblo y tener en cuenta sus necesidades específicas (artículo 44); excepción a la edad mínima de trabajo (artículo 86); en caso de adopción se da preferencia a los adoptantes de su propia cultura (artículo 153 numeral 9); se da preferencia a familias de la etnia, pueblo o cultura del niño, niña y adolescente para el acogimiento familiar(artículo 225); los representantes de las organizaciones indígenas y afroecuatorianas de atención a la niñez y adolescencia, serán electos de conformidad a sus normas y costumbres de elección, en el marco de las normas establecidas en el Código (artículo 197); y,el juzgamiento y aplicación de medidas socio-educativas a los adolescentes infractores pertenecientes a comunidades indígenas, por hechos cometidos en sus comunidades se ajusta a lo dispuesto en el CNA (artículo 310).

Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia (artículo 8 CNA)

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.

⁵⁹ Comité de los Derechos Humanos. Observación general N° 23. Artículo 27. 50º período de sesiones (1994). Documento HRI/GEN/1/Rev.6.

⁶⁰ Rodolfo Stavenhagen. El marco Internacional del Derecho Indígena. Derecho Indígena. Editorial Instituto Nacional de la Asociación Mexicana para las Naciones Unidas. México 1997. Pág. 57-58.

Este principio reconoce que existe una obligación compartida entre el Estado, la sociedad y la familia de respetar, proteger y garantizar los derechos de la niñez y adolescencia, recogiendo de esta manera lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política de la República⁶¹, pero en la norma del CNA citada se establecen algunas puntualizaciones respecto del alcance de la corresponsabilidad: 1) el reconocimiento que cada uno actúa en diferentes ámbitos; 2) las obligaciones establecidas para cada uno de los responsables no solo cubre obligaciones de abstención que tienen frente a los derechos, además incluye las obligaciones de prestación de la "totalidad" de los derechos reconocidos; y, 3) en el caso del Estado y la sociedad el artículo 8 determina como su responsabilidad exclusiva la formulación y aplicación de políticas públicas sociales y económicas, así como la asignación de recursos suficientes en forma estable, permanente y oportuna.

Este principio se complementa con las normas correspondientes a la familia, ya que las mismas determinan con claridad los ámbitos de acción de la familia, el Estado y la sociedad, como veremos en detalle más adelante.

Dos temas deben ser abordados a propósito de este principio, si la responsabilidad es exclusiva del Estado central o de los gobiernos locales, o de los dos ámbitos de manera diferenciada pero concurrente, y que se incluye en la "sociedad".

En cuanto al Estado nos parece claro que el CNA, de acuerdo a lo dispuesto en la CP, reconoce el rol del Estado nacional y de los gobiernos locales en el diseño, implementación y financiamiento de los derechos reconocidos. Recordemos que el artículo 118 de la Constitución establece como entidades del Estado a las siguientes: los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial; los organismos electorales; los organismos de control y regulación; las entidades que integran el régimen seccional autónomo; los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y, las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

Cuando el CNA establece el principio de corresponsabilidad en su respectivo "ámbito" también debemos interpretar que esto se refiere a la competencia al interior de cada una de las instituciones mencionadas, esto es de especial relevancia para el Estado y la "sociedad". Tanto el Estado como la sociedad tienen una distribución de responsabilidades y competencias.

En el caso del Estado el accionar de sus entidades se encuentra sujeto al principio de legalidad, por tanto hay que determinar en cada caso las competencias y responsabilidades tanto desde la perspectiva funcional como desde la territorial. Esto es especialmente sensible si consideramos las relaciones, como se verá en detalle más adelante, entre el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y otros ámbitos responsables de la formulación, ejecución o seguimiento de políticas en relación a derechos concretos por ejemplo, el sistema nacional de salud (artículo 45 CP); el sistema nacional de seguridad social (artículo 56 CP); y, el sistema nacional de educación, incluido en este el sistema de educación intercultural bilingüe (artículo 68 y 69 CP).

⁶¹ "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..."

Otra relación sensible es la existente entre el nivel nacional del Sistema de Protección Integral y las instancias locales de formulación y ejecución de políticas del mismo Sistema. Algunos de estos temas serán abordados en detalle en el capítulo en el que se estudia los elementos principales del Sistema.

Farith Simon 9/2/07 10:55
Comment: Ver referencia

Al referirnos a la "sociedad" como uno de los corresponsales de los derechos es necesario determinar que instituciones se encuentran cubiertas por el concepto.

Es obvio, a partir de la lectura de la ley, que las primeras exclusiones que tenemos que realizar son de las instancias estatales y de la familia, tratadas de manera diferenciada en la Constitución y en el Código, esto nos lleva a lo que algunos autores⁶² han llamado el carácter por "omniabarcante" del concepto "sociedad civil", al referirse con este a que el concepto cubre "todo" menos el Estado y la familia, este carácter más "general" parece coincidir con las intenciones del legislador⁶³.

Por tanto se podría entender que bajo el concepto "sociedad" el legislador se refiere al menos a: los medios de comunicación; las iglesias; las diferentes clases de organizaciones de interés (organizaciones no gubernamentales), gremios (cámaras de la producción, asociaciones artesanales, asociaciones de medios de comunicación, sindicatos, movimientos sociales), organizaciones territoriales (asociaciones barriales), las entidades educativas de educación superior; y, las otras formas de asociativas que se presentan en la sociedad. Este concepto de "instituciones de la sociedad civil" se incluye, de acuerdo a Norberto Bobbio a la familia, pero como señalamos más arriba esta tiene sus propias responsabilidades de acuerdo a la ley por tanto en este caso en particular debe ser considerada de manera diferenciada.

Farith Simon 9/2/07 10:55
Comment: Buscar cita

El principio de corresponsabilidad del Estado y la sociedad en la formulación de políticas públicas se encuentra reflejado en la composición del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia que constitucionalmente se determina debería ser de carácter paritario entre el Estado y la sociedad civil (artículo 52), y lo que es desarrollado por el CNA en el su Libro Tercero.

Otra norma del CNA que tratan el tema de la corresponsabilidad del Estado y la sociedad (además de las ya citadas respecto del Sistema) es la del artículo 387 que se refiere a las políticas, planes y programas y acciones encaminadas a prevención de las infracciones.

Los niños, niñas y adolescentes ¿responsables por sus derechos?

Del CNA surge un elemento muy importante a considerar: que sea el propio niño, niña o adolescente que ponga en riesgo o viole sus derechos. Esto aparece del texto del artículo 215, en el que se establece que las medidas de protección se las toma cuando se produzca una

⁶² Rodrigo Arocena. ¿Cuál futuro para la sociedad civil en América Latina? Publicado en: Sociedad civil en América Latina: representación de intereses y gobernabilidad. Editorial Revista "Nueva Sociedad".Caracas. 1999. Pág.467.

⁶³ Arocena propone una caracterización esquemática de lo que se puede considerar "sociedad civil" sin ser "omniabarcante" que nos parece no coincide con las intenciones normativas, especialmente porque lo que e parece busca el principio de corresponsabilidad es abarcar al conjunto de la sociedad política, económica y social. Para este autor "...la sociedad civil (i) engloba el conjunto de actividades e iniciativas de tipo asociativo, (ii) relativamente autónomas con relación al Estado y al sistema político así como a la "sociedad económica", (iii) realizadas primordialmente por grupos de incorporación voluntaria y organizados por sí mismos, (iv) que se orientan a la articulación de valores, a la reivindicación de intereses, al cultivo de la sociabilidad y de las manifestaciones de la cultura, a la promoción del intercambio de ideas y de los debates públicos...". Ob. Cit. Pág 467.

violación de sus derechos por acción u omisión "...del Estado, la sociedad, sus progenitores o responsables o del **propio niño o adolescente**."(resaltado no consta en el original).

De acuerdo a Edson Seda⁶⁴ esto surge del hecho de que el niño es parte de la sociedad, y como tal, también estaría obligado con los derechos "...ese deber de asegurar derechos corresponde también a los niños y adolescentes...".

La CIDH considera que existe corresponsabilidad del estado, la sociedad, la comunidad y la familia (recordando el art. 16 de Protocolo de "San Salvador", el 3 y 4 de la CDN), para "adopción de medidas especiales de protección del niño"⁶⁵.

Función básica de la familia (artículos 9 y 10)

Artículo 9

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 10

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.

El Código de la Niñez y Adolescencia, al igual que la CDN⁶⁶ y la CN⁶⁷, reconoce el papel fundamental e insustituible que cumple la familia en la vida de niños, niñas y adolescentes⁶⁸, pues se considera que sólo ésta puede satisfacer las necesidades materiales, psicológicas y afectivas del niño, niña, adolescente para su desarrollo. Además se definen las responsabilidades que tiene el Estado en el apoyo al cumplimiento de los deberes del padre y la madre, a quienes se establece como los responsables prioritarios, de manera compartida, del respeto, protección y cuidado de los hijos, así como de la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos.

⁶⁴ Edson Seda. La Protección Integral. Editorial ADEC. Sao Paulo. 1995. Pág. 35

⁶⁵ Ibid. Párrafo 62.

⁶⁶ El hecho de que al menos 11 artículos de la Convención se refieran a las relaciones del niño, la familia y el Estado, da cuenta de la importancia que otorga la Convención a la familia como co-responsable de la aplicación de los derechos del niño y a la vida de este en familia, lo que se considera como un derecho fundamental de la infancia y adolescencia.

⁶⁷ Artículos 37 en su primera parte establecer "El Estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Esta se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes."

⁶⁸ Indudablemente este conjunto de disposiciones reafirman lo establecido en otros instrumentos internacionales que consideran a la familia un "elemento básico de la sociedad". Este principio se encuentra reconocido en el artículo 16 numeral 3 de la **Declaración Universal de Derechos Humanos**; en el artículo 23, numeral 2; artículo 10 del **Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**; y, el artículo VI de la **Declaración Americana de los Derechos del Hombre**.

El Estado, de acuerdo a este principio, debe dar prioridad a las políticas destinadas a brindar a apoyo a las familias para cumplir las responsabilidades a ellas asignadas, me parece claro que estas deben dirigirse a quienes la necesitan, ya que en este ámbito se debe tener especial cuidado de no vulnerar la autonomía de la vida familiar, como estudiaremos de manera más detallada en el capítulo, ya que para dar cumplimiento a estos principios la legislación nacional establece una serie de garantías civiles entre las que podemos encontrar las regulaciones respecto a la filiación, al parentesco, al matrimonio y la unión de hecho, la patria potestad, la tenencia, el régimen de visitas, los alimentos, el derecho de la mujer embarazada a los alimentos, etc. Adicionalmente podemos encontrar varias disposiciones de carácter penal que tratan temas relativos a la protección de la familia, por ejemplo las disposiciones de...

Farith Simon 9/2/07 10:55
Comment: Ver referencia

De igual forma en el Libro Tercero del CNA se pueden encontrar una serie de disposiciones destinadas a garantizar el desarrollo de las políticas públicas para que el Estado cumpla su rol frente a la familia, los dispositivos administrativos y judiciales para que la familia no sufra interferencia ilícitas, pero al mismo tiempo para garantizar que cumpla con sus responsabilidades frente a los niños⁶⁹.

Farith Simon 9/2/07 10:55
Comment: Poner referencias al código penal.

⁶⁹En la CDN el artículo 18 reconoce: a) la obligación conjunta de ambos padres en relación a la crianza y desarrollo del niño; b) la obligación que tienen los Estados de prestar asistencia a los padres para garantizar y promover los derechos contenidos en la Convención y la necesidad de promover la creación de servicios e instalaciones de cuidado de niños, en especial dirigido a padres que trabajan, lo que da cuenta de un tratamiento que reconoce la responsabilidad del Estado en el cuidado de los niños, lo que para O'Donnel permite un tratamiento "...equilibrado y realista evitando caer en un tratamiento excesivamente liberal que atribuiría a la familia toda la responsabilidad para el bienestar del menor, ignorando la corresponsabilidad del Estado".

En adición a esta disposición, los artículos 24 y 27 reiteran la corresponsabilidad de padre y madre en el cuidado de los hijos. El artículo 24 establece la necesidad de que los esfuerzos de información y capacitación en salud se dirija a los padres. El artículo 27 reconoce el derecho de todo niño a un "nivel de vida adecuado", pero establece como responsable primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño. Por supuesto que esta norma se complementa con la disposición del numeral 3 de este artículo que establece la necesidad de que el Estado, en la medida de lo posible, ayude a los padres en el cumplimiento de esta responsabilidad.

La permanencia del niño en su familia es reconocido como fundamental en la Convención, el artículo 7 establece el derecho de los niños desde el nacimiento "a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos", este se complementa con el artículo 8 que trata sobre el derecho a la identidad, el artículo 9 que establece una serie de disposiciones respecto a la no separación del niño y de sus padres, excepto que esto sea necesario para el interés superior del niño, sea resuelto por autoridades competentes, por causas establecidas por la ley y de acuerdo a los procedimientos aplicables, pero en cualquier caso, los niños que estén separados de los dos padres o uno de ellos tienen el derecho a mantener contactos permanentes, salvo si esto es perjudicial al interés del niño. Así mismo este artículo prevé, que cuando la separación del niño sea producto de una medida tomada por el Estado como (exilio, deportación o muerte) éste tiene la obligación de ofrecer la información sobre el paradero del familiar o familiares ausentes, asegurando que esta solicitud no implique consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

En el caso de que la **privación temporal o permanente** del medio familiar sea resuelta por una autoridad, esta separación, de acuerdo al artículo 9, debe darse de manera que se de una serie de garantías: a) la decisión de separar un niño de su familia únicamente puede ser tomada por una autoridad competente; b) de conformidad con la ley; c) de acuerdo a los procedimientos legales y a "reserva de revisión legal"; d) el niño tiene derecho a ser escuchado y su opinión debe ser tomada en cuenta; y, e) se reconoce el derecho del niño a mantener contacto con sus padres, a menos que sea contrario al interés superior de éste.

Otras normas que se refieren a la **integridad de la familia** se encuentran en los artículos 10, 11 y 22, que tratan sobre la **reunificación familiar y los traslados ilícitos**. En el artículo 10 se refiere al caso de los padres e hijos que se encuentran en Estados diferentes y se solicita a estos que tramiten de manera "positiva, humanitaria y expeditiva" las solicitudes de ingreso o salida del país con el objeto de reunificación familiar, así como la posibilidad de que tengan contactos personales permanentes los padres e hijos que en estados diferentes.

El artículo 11 se refiere a la necesidad de tomar medidas contra los **traslados ilícitos y la retención ilícita** de niños en el extranjero.

En la OC-17 se recuerda el papel fundamental que cumple la familia en la vida de los niños y niñas, por un lado nos dice claramente que “El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”, además de proporcionar “la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación”⁷⁰.

Se recuerda, como un principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, que la familia es el “elemento natural y fundamental de la sociedad”, y que por esto tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, señalando que este último “...se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”⁷¹.

Al tratar sobre la autoridad que se reconoce a la familia, establece la necesidad de considerar “un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres” concluyendo que esta “autoridad ... no implica que ésta [la familia] pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor”⁷².

La Corte entiende que los familiares incluyen a “...todas las personas vinculadas por un parentesco cercano”, y recuerda lo establecido por la Corte Europea de Derechos Humanos respecto a la vida familiar: “no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”⁷³.

Nos parece que la Corte Interamericana, a pesar de que cita a la Corte Europea, reduce el alcance de familia únicamente a los lazos de parentesco cercano, sin incluir a otras relaciones familiares derivadas de la convivencia común, como dice la Corte Europea.

Interés Superior (artículo 11)

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.

El artículo 22 trata lo referente a los **niños refugiados**, y establece la obligación de los Estados de facilitar y cooperar con la búsqueda de parientes refugiados, que se encuentran separados de su familia, para lograr su reunificación familiar.

El artículo 16 regula lo relacionado con la **protección a la honra e intimidad** del niño y de su familia.

⁷⁰Ibid. Párrafos 62, 63 y 64.

⁷¹Ibid. Párrafo 66.

⁷²Ibid. Párrafo 74.

⁷³ OC/17. Párrafos 69 y 70. Casos de la Corte Europea: Keegan v. Ireland, Judgment of 26 May 1994, Series A no. 290, para. 44; y, Case of Kroon and Others v. The Netherlands, Judgment 27th October, 1994, Series A no. 297-C, para. 30.

La fuente de origen del principio del interés superior se puede encontrar en el derecho interno, en especial en el derecho consuetudinario británico, en las decisiones de los jueces de principio del Siglo XX, los que utilizando el principio de equidad empezaron a resolver los casos, especialmente de disputa sobre la guarda de niños y niñas, en función del "mejor interés del niño" a diferencia de los fallos anteriores en los que aparecían como criterios relevantes el interés social o el interés de la familia⁷⁴. Es decir este principio tiene su origen el derecho de familia como criterio para la resolución de los casos en los que se encuentran involucrados niños y niñas.

Es en la CDN⁷⁵ en que el principio es ampliamente recogido en su artículo 3 numeral 1:

En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

La importancia del principio ha hecho que el CRC considere al interés superior "rector-guía" de la CDN, pero su importancia no significa que existe una determinación clara de lo que significa concretamente, existiendo una serie de críticas por considerar que debilita el reconocimiento de los derechos por introducir factores subjetivos para su aplicación. Algunos autores llaman la atención al respecto y expresan su preocupación, por ejemplo para García Méndez :

...la sobrevivencia, sino además el espacio privilegiado y la centralidad que ocupa el nuevo paradigma, el mismo concepto alrededor del cual se organizó y legitimó por muchos años el viejo paradigma pseudos-proteccionista y pseudos-tutelar. Me refiero al principio del "interés superior del niño"[...]. Un principio que hoy, previamente descontextualizado del significado profundo de la CDN, permite a ingenuos o malintencionados intentar nuevamente la relegitimación del tratamiento discrecional de la infancia, por los adultos en general y por las instituciones protectoras-represoras de los "menores" en particular⁷⁶.

Debemos recordar que el interés superior es un principio constitucionalmente regulado. La parte final del artículo 48 lo contiene en los siguientes términos: "En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños...". La norma suprema habla de que en "todos los casos" debe aplicarse, entendemos por el contexto en el que se encuentra que no se refiere

⁷⁴ Philip Alston y Bridget Gilmour-Walsh. El interés superior del niño: hacia una síntesis de los derechos del niño y los valores culturales. UNICEF. 1996.

⁷⁵ Otras normas que recogen el principio en la CDN en relación a temas específicos, así el artículo 9 al tratar sobre la separación del niño de sus padres, dice que esta puede ser resuelta cuando ésta sea "...necesaria para el interés superior del niño."; 9.3 el artículo 18 al referirse a la obligación conjunta de los padres en la crianza y el cuidado de los niños establece que la "...preocupación fundamental será el interés superior del niño"; en al 20 al tratar sobre niños cuyo "interés superior" exija que estén privados de su medio familiar; en el artículo 21 respecto a que los Estados que permitan la adopción "...cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial..". También se utiliza este principio en el artículo 37 literal c, al referirse a que todo niño privado de su libertad será separado de los adultos, "...a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño..."; y en el artículo 40.2 (b)(iii) como excepción a la presencia de sus padres o parientes en la audiencia que se debe llevar a cabo con menores de edad o asesor jurídico.

⁷⁶ Emilio García Méndez. Entre el Autoritarismo y la Banalidad: Infancia y Derechos en América Latina. Publicado en Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Emilio García Méndez y Mary Beloff, compiladores. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2004. Pág. 12.

únicamente a los casos de conflicto sino a todas las circunstancias en que una decisión afecte a una persona menor de edad.

En el Código de la Niñez y Adolescencia el principio se encuentra recogido, y desarrollado, el artículo 11, la norma además establece una serie de reglas para interpretación y aplicación, las mismas que claramente tienen por objetivo impedir un uso discrecional-tutelar que debilite los derechos de la niñez y adolescencia.

Pese a todos los recaudos tomados para evitar el uso discrecional y limitador de los derechos es imposible evitarlo completamente, como lo señalan varios autores su aplicación en gran medida va a estar determinada por las convicciones, experiencia, prejuicios, conocimiento, etc. de cada una de las personas llamadas a resolver situaciones que van a afectar a los niños, niñas y adolescentes, por tanto únicamente en los casos específicos es que se podrá evaluar si el principio cumplió su papel de contribuir a garantizar derechos, o no, y que se lo uso únicamente para justificar la voluntad de un adulto.

El interés superior como plena satisfacción de los derechos

Cillero propone identificar el interés superior con la "plena satisfacción de sus derechos"⁷⁷, de acuerdo a este autor la Convención:

Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trata que ella no "constituye" soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no solo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente⁷⁸.

Para Cillero⁷⁹ el principio "es una garantía ya que toda decisión que concierne al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres...", y cumple las siguientes funciones, además de usarlo como garantía:

- a) "[l]uminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas".
- b) Como principio de carácter hermenéutico. "Cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia-adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño".
- c) Sirve para la "resolución de conflictos de derechos contemplados en la misma Convención[...] los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la

⁷⁷ Cillero. Ob. Cit. Pág 86.

⁷⁸ Ob. Cit. Pág. 87.

⁷⁹ Ob. Cit. Págs. 87, 88, 89.

Convención para un mismo niño". En este caso opera como "norma de interpretación o de resolución de conflictos jurídicos".

En este caso Cillero propone las reglas siguientes: debe realizarse un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se pueden afectar por resolución de la autoridad; debe tomarse la medida que "asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible"; y, que implique la menor restricción de ellos "...no solo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa".

- d) "[E]s una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos...".

En mi opinión el principio cumple una función más, y que en realidad históricamente fue la más importante: servir como pauta de solución en los casos en los que están en disputa los derechos de los niños con los derechos de otras personas, en estos casos el principio funciona como una "cláusula de prioridad", por lo que la analizaré de manera más detallada en el principio de "prioridad absoluta" (ver página 34 y siguientes).

El principio en el Código de la Niñez y Adolescencia: como principio general

Es claro que asimilar el principio del interés superior⁸⁰ a la satisfacción de los derechos fue recogido en el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, en el cual se identifica plenamente al interés superior con la satisfacción del ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que establece un "deber" para quienes deben aplicarlo "de ajustar sus decisiones y acciones para el cumplimiento de los derechos".

Si bien en el artículo citado se establece que la aplicación del principio es un "deber" de autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, por otras disposiciones del propio Código su aplicación se amplía a otros ámbitos, por tanto obliga a los progenitores o cualquier persona responsable del cuidado de niños, niñas y adolescentes, y en general, de cualquier persona que tenga que tomar decisiones sobre la persona menor de edad.

De igual forma la norma del Código de la Niñez y Adolescencia lo establece como "un principio de interpretación" de sus normas, por tanto se lo asume como un principio hermenéutico.

Nuestro Código ha recogido la llamada teoría del "autodeterminismo dinámico" propuesta por John Eekelaar ya que la regla establece que "Nadie podrá invocarlo [...]sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla". Debemos recordar que de acuerdo al artículo 60 del CNA los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten y que es obligación que esta opinión se tenga en cuenta en la medida de su edad y madurez. Pero el mismo artículo señala, como salvaguardia a su integridad personal y desarrollo que "Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión". Tampoco podemos olvidar respecto a este tema que en varias materias el adolescente debe emitir su

⁸⁰ La redacción del principio en el primer párrafo del artículo 8 de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela tiene elementos similares a nuestra norma, pero deja de lado tres consideraciones fundamentales que si lo hace esta ley: guardar el equilibrio entre el bien común y los derechos de las demás personas y los derechos de los niños, y la condición específica de persona en desarrollo. En cambio nuestro CNA añade la regla de que no se lo puede "invocar contra norma expresa".

consentimiento (ver más arriba en este mismo capítulo algunos ejemplos a propósito de las implicaciones jurídicas de la definición de niños, niñas y adolescentes).

Un tema complejo contenido en las reglas del artículo 11 es la prohibición de que “nadie podrá invocarlo contra norma expresa”, la lectura de esta regla debe ser cuidadosamente analizada y tomando en cuenta, en nuestra opinión, las consideraciones siguientes:

- a) La inclusión de esta regla en el CNA me parece es una respuesta a una práctica generalizada en los antiguos tribunales de menores: citar el principio para dejar de aplicar normas escritas específicas del ordenamiento jurídico, en otras palabras, su inclusión trata de evitar un uso discrecional y abusivo del interés superior, lo que nos brindaría una primera pista para aplicar de manera adecuada la regla.
- b) De la forma que se encuentra redactada “Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado”, nos brinda dos pistas muy importantes: la primera es que se refiere a casos concretos; la segunda, que se relaciona a niños, niñas y adolescentes concretos.
- c) En una interpretación sistemática de las normas del Código debe tenerse en cuenta otros principios, en este caso es importante recoger el contenido en el artículo 14 que trata sobre el principio de “Aplicación e interpretación más favorable” que en su parte pertinente establece que “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.”. Al identificar el principio del interés superior del niño con la satisfacción efectiva del conjunto de derechos podríamos decir que la aplicación en contra de una norma expresa se justificaría únicamente si esto tiene como resultado favorecer el goce efectivo del mayor número de derechos, lo que exigiría un ejercicio de ponderación de los mismos. Como dijimos más arriba existen casos en que los propios derechos del niño entra en conflicto, por tanto se podría, y debería, interpretar ciertos casos en los cuales para asegurar una mayor protección se aplique el principio en contra de una norma expresa.
- d) Finalmente, es claro que de acuerdo al principio de jerarquía de las normas, constitucionalmente establecido⁸¹, el no invocar el principio contra norma expresa, se puede hacer efectivo en relación a normas de mayor jerarquía: es decir normas constitucionales y de instrumentos internacionales vigentes en el país, pero en ningún caso se puede usar esta regla en relación a normas de menor jerarquía: por ejemplo leyes orgánicas no especializadas en el tema derechos, leyes ordinarias sean especiales o generales, decretos–leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, etc.

Para la apreciación del interés superior el Código también establece 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”, lo que añade como elemento de consideración los “deberes”, pero como lo establece el Código estos deben estar subordinados a la realización de los “derechos y las garantías”.

El artículo también establece que el principio del interés superior “prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural”, lo que añade un tema adicional respecto del debate diversidad cultural. Debo decir que en mi opinión la primacía del principio no debe funcionar de manera automática, ya que esto exige un análisis caso por caso, ya que en ciertas circunstancias la

⁸¹ Artículos 163 y 272 de la CP.

protección del mayor número de derechos pasa por la vida en comunidad de niños, niñas y adolescentes, por tanto sería inaceptable en ese caso privilegiar la autonomía individual de niños, niñas y adolescentes por sobre la práctica cultural, pero al contrario, en determinadas circunstancias la práctica cultural no contribuye ni en forma actual, ni futura, al desarrollo de los derechos del niño o niña o adolescente.

Todo lo anteriormente dicho no resta la indeterminación del principio porque "satisfacción de derechos" puede ser entendida de distintas maneras y con un número finito de soluciones, pero ciertamente restringe la subjetividad, y si a esto le sumamos el deber que tiene toda autoridad de "motivar" sus decisiones⁸² podríamos encontrar un camino para reducir la discrecionalidad y la aplicación abusiva del principio.

El principio en el Código de la Niñez y Adolescencia: normas específicas.

Al igual que en la CDN el principio del interés superior aparece en el texto de la ley como un principio rector, pero también relacionado a ciertos derechos y situaciones específicas, recreándose en nuestra ley todos los usos antes descritos.

Como principio general en la norma que contiene la finalidad del Código (artículo); como regla de interpretación de normas, cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes (artículo 13); para resolver casos de separación del niño de su familia (artículo 22); como criterio para resolver los casos de disputa de patria potestad y tenencia (artículo 106); como criterio para limitar el ejercicio de la patria potestad (artículo 111); como criterio a tomar en cuenta al establecer el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia sistemas de vigilancia de los mensajes y programas que emiten los medios (artículo 195 literal s); como objetivo al considerar las medidas de protección administrativas (artículo 217 numeral 1); como obligación de respeto del interés superior por parte de los funcionarios judiciales y administrativos del niño, niña o adolescente ofendido por una infracción penal y para resolver la presencia o no de las partes procesales cuando rinde declaración en juicio (artículo 258);

La Corte Suprema de Justicia se ha referido a éste principio en varias ocasiones a propósito de varios fallos sobre la declaración judicial de paternidad, más recientemente sobre la acción de impugnación de la paternidad y sobre alimentos.

⁸² El artículo 24 numeral 13 de la Constitución establece que "Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.". No existe motivación de acuerdo al Fallo de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia (Resolución 219 publicada en el Registro Oficial 190 de 15 de octubre del 2003) "...no solamente cuando se ha omitido por completo la enunciación de las normas o principios jurídicos en que se fundamenta o de la explicación de su aplicación a los antecedentes de hecho, es decir cuando hay un vacío físico, sino también cuando hay una fundamentación insuficiente o absurda o (...)una conclusión arbitraria, que parte de premisas verdaderas para llegar a una conclusión falsa..." y según la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Suprema (Resolución No. 0173-2004 RA, R.O. 377 de 14 de agosto de 2004) "... dicha motivación consiste en la concordancia que debe haber entre las normas que se citan como fundamento del acto, y su adecuación a la situación concreta; no puede haber dicha motivación en el caso presente, por cuanto no cabe esa adecuación de las normas a los antecedentes de hecho pues dichos antecedentes no han sido debidamente comprobados..."

En los primeros fallos en que se usa como fundamento el principio, en general se lo hace por la vía de citar al artículo 48 de la Constitución⁸³:

Es oportuno destacar que las disposiciones del Código Civil sobre declaraciones judiciales de la paternidad fueron expedidas en una época plagada de prejuicios en contra de la filiación de los niños concebidos fuera del matrimonio y en que la ciencia no había logrado encontrar medios idóneos para la investigación biológica de la paternidad; el niño prácticamente era un objeto de la relación jurídica de esa investigación; los verdaderos sujetos de la relación eran los padres...Esta Sala considera que las disposiciones limitantes ... han quedado derogadas tácitamente por ser contrarias al principio constitucional contenido en el artículo 48 de la Constitución Política del Estado[En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás]⁸⁴.

Posteriormente los fallos han citado expresamente el principio para fundamentar la resolución como por ejemplo en el fallo sobre reconocimiento del hijo de mujer casada⁸⁵; respecto a quienes están legitimados para impugnar la paternidad mientras viva el marido⁸⁶, y varios fallos dictados sobre el valor del examen de ADN en los juicios de declaración de paternidad: publicados en la Gaceta Judicial Serie XVII, No. 1, págs. 29 - 38, en las resoluciones Nos. 83 - 99, publicada en el R.O. 159 de 29 de marzo de 1999; 183 - 99, publicada en el Suplemento del R.O. 208 del 9 de junio de 1999; y, 480 - 99, publicada en el R.O. 333 de 7 de diciembre de 1999.

Principio de prioridad absoluta (artículo 12)

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.
En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás.

Este principio en la legislación ecuatoriana tiene cuatro antecedentes concretos: el principio del interés superior; la norma del artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece "En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan (el subrayado no consta en el original); la declaración hecha en el marco de la Cumbre Mundial a favor de la infancia que se desarrolló en 1990: "los niños ante todo"; y, 3) las normas contenidas en los artículos 47, 48 y 50 de la Constitución.

- 1) Como se explicó más arriba una de las funciones que cumple el principio del interés superior es "orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos...".

⁸³ Algunas de estas resoluciones fueron citadas anteriormente, al explicar los fundamentos para la derogatoria tácita de los requisitos que se exigían en el Código Civil para la declaración de paternidad

⁸⁴ Expediente No. 310-2000, Primera Sala, R.O. 140, 14-VIII-2000

⁸⁵ "Es importante, además, recordar siempre lo preceptuado por el artículo 48 de la Constitución Política del Ecuador de que en todo caso se aplicará el interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás". Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 9. Página 2699.

⁸⁶ Fallo de 13 de noviembre de 2003. Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14. Página 4516.

Como se pudo ver el propio Comité de los Derechos del Niño lo usó en relación a la asignación de recursos, como ya cite anteriormente en el capítulo 3.2 "... el Comité desea señalar a la atención del Estado Parte la significación de las disposiciones del artículo 3 de la Convención relativas al interés superior del niño, entre otras cosas, para orientar en el futuro los debates y las decisiones sobre la distribución y la asignación de recursos para la realización de los derechos del niño."⁸⁷. El Comité también ha hecho referencia a la importancia de dar prioridad política a la infancia, a ciertos grupos de niños marginados y desfavorecidos, e "...insta a los gobiernos, a los donantes y a la sociedad civil a que velen por que se conceda especial prioridad a los niños en la elaboración de documentos de estrategia de lucha contra la pobreza y en los enfoques sectoriales del desarrollo. Tanto los documentos de estrategia de lucha contra la pobreza como los enfoques sectoriales del desarrollo deben reflejar los principios de los derechos del niño, con un enfoque holístico y centrado en el niño que lo reconozca como titular de derechos y con la incorporación de metas y objetivos de desarrollo que sean pertinentes para los niños."⁸⁸ (subrayado no consta en el original).

- 2) El artículo 4 de la CDN establece la obligación de dotar el máximo de los recursos de que disponga un Estado para la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales. Esto como se ha examinado anteriormente implica dar prioridad a la infancia en la asignación de recursos económicos.
- 3) La Cumbre Mundial de la Infancia que se desarrolló en Nueva York en el año 1990, menos de un año después de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el contexto de la Cumbre se utilizó el lema "los niños ante todo", el mismo que expresaba la necesidad de tener un enfoque que de prioridad a los asuntos de la infancia. La Cumbre adoptó una Declaración y un Plan de Acción, que incluía 27 metas para la supervivencia, el desarrollo y la protección de la infancia y la adolescencia⁸⁹. En el año 2002, 11 años después de la primera Cumbre se desarrolló una sesión especial de la Asamblea General de Naciones Unidas con la presencia de varios jefes de Estado con el propósito de examinar los progresos alcanzados desde la Cumbre Mundial en favor de la Infancia de 1990 y de renovar el compromiso internacional por los derechos de la niñez, en el marco de esta reunión se aprobó el documento llamado "Un Mundo apropiado para los niños"⁹⁰, en este se "...insta a todos los miembros de la sociedad a que se unan a nosotros en un Movimiento mundial que contribuya a la creación de un mundo apropiado para los niños haciendo suya nuestra adhesión a los principios y objetivos siguientes: 1. **Poner a los niños siempre primero**. En todas las medidas relativas a los niños se dará prioridad a los intereses superiores de los niños."⁹¹. En el documento los mandatarios reiteran su confianza en que al "otorgar gran prioridad a los Derechos del niño, a su supervivencia y a su protección y desarrollo, velamos por los más altos intereses de toda la humanidad y garantizamos el bienestar de todos los niños en todas las sociedades."⁹².

⁸⁷ Observaciones del Comité de los Derechos del Niño al informe inicial de Honduras. CRC/C/15/Add.24, 24 de octubre de 1994. Párrafo 20.

⁸⁸ Observación General No. 5 CRC. Ob. Cit. Párrafos citados en su orden 10, 30 y 62.

⁸⁹ Ver Documento de Naciones Unidas A/45/625.

⁹⁰ NNUU A/RES/S-27/2 de 11 octubre del 2002.

⁹¹ Ob. Cit. Párrafo 7.

⁹² Ob. Cit. Párrafo 65.

- 4) La Constitución tiene cinco referencias al principio. El artículo 47 establece que " En el ámbito público y privado recibirán atención prioritaria, preferente y especializada los niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y las de la tercera edad. Del mismo modo, se atenderá a las personas en situación de riesgo y víctimas de violencia doméstica, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos."; en el artículo 48 como una regla general se establece que "En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás", pero también como obligación del Estado, la sociedad y la familia "promover como máxima prioridad el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes". En el artículo 50, que establece ciertas garantías en favor a los niños, niñas y adolescentes, se encuentra el principio en dos sentidos, el primero al establecer una prioridad específica al interior del universo de la niñez y adolescencia "Atención prioritaria para los menores de seis años que garantice nutrición, salud, educación y cuidado diario." (numeral 1); y la regla de "Atención prioritaria en casos de desastres y conflictos armados."(numeral 6).

Como se podrá ver en ninguno de los antecedentes citados aparece una referencia al principio de prioridad absoluta. 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 artículo⁹³ sobre los derechos del niño/a. en el que aparece por primera vez el principio de prevalencia de los derechos. Este artículo se mantuvo en la codificación de la Constitución de 1997 y en la de 1998 como hemos citado.

La Corte Constitucional Colombiana⁹⁴ (país que tiene un principio idéntico) ha considerado que este principio funciona de la siguiente manera

...Establecida una necesidad específica de protección y asistencia del niño subsumible en un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, los conflictos que genere frente a otros derechos y que no puedan resolverse de otro modo que apelando a la jerarquización de los intereses, serán decididos según lo ordena el mismo constituyente dándole prelación a los derechos del primero (C.P. colombiana art.44). La especial calidad del niño como sujeto privilegiado de la sociedad se proyecta en esta particular regla de prioridad que modula los ámbitos de los restantes derechos, a partir de la exigencia y condición de que los suyos sean satisfechos o respetados en primer lugar. La ordenación que se establece a partir de esta regla nos conduce indefectiblemente a reducir y erosionar los espacios asignados a los diferentes derechos. Cada miembro de la sociedad como titular de derecho debe conjugar en el ejercicio de su propia libertad, tanto sus exigencias y necesidades como las de la sociedad, que singularizan al niño como sujeto merecedor de protección . De este modo, los derechos, en general, deben en su núcleo esencial ser expresión de un cierto equilibrio o ajuste entre estos diferentes imperativos(...)el ejercicio responsable del derecho fundamental por parte del titular(...)puede, si se realiza de determinada manera coexistir y armonizar plenamente con el derecho de protección del menor. Cuando ese ajuste o equilibrio no se consigue, la regla de la prioridad servirá para operar los necesarios desplazamientos entre los diferentes derechos.

⁹³ 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".

⁹⁴ Corte Constitucional Colombiana, Sala Plena: sentencia C-041 del 3 de febrero de 1994. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El contenido del principio en el Código de la Niñez y Adolescencia.

El principio de prevalencia de acuerdo a lo establecido en el artículo 12 tiene 4 elementos:

- 1) El deber de asignarle prioridad absoluta a la niñez y adolescencia en: la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos.

De acuerdo al principio de "corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia" estas son obligaciones que le corresponden exclusivamente a la sociedad y el Estado en sus respectivos ámbitos.

- 2) Acceso preferente a servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran.

El artículo 249 de la Constitución establece como servicios públicos que es responsabilidad del Estado proveerlos a los siguientes: agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Estos pueden ser prestados por el Estado directamente o por medio de particulares por vía de la concesión. De acuerdo al texto de la Ley la obligación de brindar acceso preferente es indistinta de quien administre el servicio público.

Es menos claro el alcance de la frase "cualquier clase de atención que requieran". La primera y obvia conclusión es que se refiere a una "atención" vinculada a al ejercicio y goce de un derecho; la segunda conclusión es que debe requerirlo, entiendo esto en el sentido de que lo necesiten, no que lo pidan simplemente. Atención aparece en la Constitución para referirse a la "atención médica" y "atención de emergencia (artículo 23.21, 44); "la atención prioritaria, preferente y especializada los niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y las de la tercera edad. Del mismo modo, se atenderá a las personas en situación de riesgo y víctimas de violencia doméstica, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos." (artículo 47); "Atención preferente para su plena integración social, a los que tengan discapacidad.", "atención contra el maltrato, negligencia, discriminación y violencia.", "Atención prioritaria en casos de desastres y conflictos armados." (artículo 50.3.5.6); "atención y rehabilitación integral de las personas con discapacidad". Podríamos sumarle a esto la atención por parte de las autoridades de las quejas y peticiones que formulen (artículo 23.15).

- 3) Prioridad especial a la atención de niños y niñas menores de seis años.

La norma constitución es más restrictiva que la disposición del CNA, la Constitución establece prioridad para las personas de menos de 6 años de edad es para garantizar "nutrición, salud, educación y cuidado diario" y es en el ámbito de obligaciones estatales específicas. Debemos recordar que esto funciona como una prioridad dentro de la prioridad, ya que las personas de esta edad tienen la prioridad derivada de ser menores de 18 años, pero además se les reconoce una garantía adicional por considerar que a esa edad es fundamental para asegurar su pleno desarrollo que tengan acceso a una adecuada atención de salud, educación y cuidado. Sin embargo si aplicamos el principio de interpretación más favorable a los derechos de los niños tendemos que concluir que por medio del CNA se amplió la prioridad a otros ámbitos de los señalados en la Constitución.

- 4) En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás

La última parte del artículo 12 es el que más preocupaciones me genera ya que a pesar de la “buena intención” que el mismo contiene puede tener una aplicación abusiva.

Como se encuentra redactada la norma para que esta regla se aplique se deben dar algunas condiciones: existir un conflicto, por tanto se refiere a casos concretos; son conflictos externos al mundo de la infancia y adolescencia, es decir con los adultos; y, finalmente es un conflicto entre derechos, no entre intereses y derechos.

El principio debe ser interpretado en el marco de una sociedad democrática realizando una adecuada ponderación de los derechos, ya que un uso poco inteligente del principio podría derivar en una serie de abusos intolerables en un Estado que declara como uno de sus objetivos la protección de los derechos humanos y que reconoce la dignidad intrínseca de todos los seres humanos. Si no se realiza una adecuada ponderación de derechos, entre los derechos de los niños y los derechos de los demás, se podría tener resultados absurdos contrarios totalmente a la justicia.

Un ejemplo de esto ha sido el debate sobre el aborto y los derechos de las mujeres, pretender que en caso de peligro grave para la madre por el embarazo se privilegie el mantenerlo por aplicación de este principio es ir contra la justicia, ya que se esta imponiendo una carga mayor a la mujer en función de proteger un derecho eventual al nacimiento, frente al derecho a la vida de la mujer embarazada, que implica restricciones a su libertad personal, una disposición sobre su cuerpo, determinada desde el Estado⁹⁵.

Baratta considera que el principio de prioridad absoluta es una forma de compensar las diferencias de ejercicio de los poderes y funciones democráticas entre adultos y niños niñas y adolescentes:

...las diferencias en la forma del ejercicio de los poderes y las funciones democráticas entre el niño y el adulto, por lo que concierne en particular a las posiciones de los niños y de los adultos en el funcionamiento del sistema de representación política, están compensadas a favor del niño por el sistema de derechos que se desprende de la Convención [de los Derechos del Niño] y por la centralidad del niño en una nueva fundación del Estado social y democrático de derecho. En este último sentido, el principio de la prioridad absoluta del niño no concierne solamente a la finalidad de un desarrollo alternativo sino a la forma misma, es decir a la metodología comunicativa de este desarrollo, en otras palabras a la democracia inclusiva⁹⁶.

En cuanto a la “prevalencia de los derechos” la Corte Suprema ha sido muy clara en interpretar que la misma signifique negación de los derechos de las otras personas y en particular que releve del cumplimiento de las garantías procesales:

...el principio de (sic) interés superior de los niños y sus derechos, que prevalecerán sobre los demás, es necesario destacar, que ciertamente la Constitución Política de la República del Ecuador contiene aquel precepto fundamental; pero esto no quiere decir que para proteger los intereses del niño y sus derechos ha de declararse como padre a cualquier persona, porque la

⁹⁵ Sobre este tema es de especial relevancia la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana sobre el aborto. Sentencia C-355/06 de 10 de mayo del 2006.

⁹⁶ Baratta. Ob. Cit. Pág. 46.

declaratoria judicial de paternidad tiene efectos trascendentales, como el de la ciudadanía prevista por la Constitución. De ella resulta además el parentesco no solo entre el padre y el hijo sino también con los parientes del padre una vez que la filiación integra al hijo a toda la familia; de allí que la declaración judicial al respecto debe hacerse en base de medios de prueba ciertos e indubitables⁹⁷.

Principio del ejercicio progresivo (artículo 13)

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

El artículo citado tienen dos partes diferenciadas: el ejercicio progresivo y la prohibición de imponer restricciones no establecidas en el Código a los derechos, en mi opinión aparecen juntas como una forma de asegurar que personas adscritas a visiones tutelares impongan, a pretexto de la edad e inmadurez, restricciones a los derechos no contempladas expresamente o autorizadas por el derecho.

Ejercicio progresivo

Hemos analizado previamente el tema del ejercicio progresivo a propósito de la revisión de las innovaciones de la CDN, así como de la consideración del niño, niña y adolescente como sujeto pleno de derechos, pero aquí nos detendremos a analizar el supuesto sobre el que se asienta el principio: la evolución de las facultades de los niños, niñas y adolescentes en función del "grado de su desarrollo y madurez".

El "ejercicio progresivo" o "evolución de las facultades" ha sido descrito como un nuevo principio de interpretación del derecho internacional, y por tanto, de los derechos de infancia y adolescencia, según el cual se reconoce que, a medida que los niños van adquiriendo competencias cada vez mayores, se reduce su necesidad de orientación y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades respecto a las decisiones que afectan sus vidas⁹⁸.

La clave en este principio es un tema analizado previamente, el tema de la autonomía, y de la forma en que niños, niñas y adolescentes la van alcanzando a medida que crecen, este principio "ocupa un lugar central en la legislación que defiende la integridad personal y física del individuo y el respeto al derecho de las personas de hacer sus propias elecciones, expresar su propia opinión y asumir la plena responsabilidad de su propia vida...el reconocimiento de la autonomía se basa en la suposición de que los individuos poseen la competencia necesaria para efectuar elecciones y tomar decisiones de manera informada y sensata"⁹⁹. Esto se refleja de manera clara en la siguiente declaración hecha dentro de un juicio "Todo ser humano de edad adulta y sano juicio tiene el derecho de determinar lo que se ha de hacer a su propio cuerpo"¹⁰⁰.

⁹⁷ Expediente No. 464-99, Primera Sala, R.O. 332, 3-XII-99

⁹⁸ Marta Santos Pais, citada por Gerison Lansdown. La evolución de las facultades del niño. UNICEF-Save the Children: Centro de Investigaciones Innocenti. Florencia-Italia. s/f. Pág 19.

⁹⁹Landswon. Ob. Cit. Pág. 20.

¹⁰⁰ Scoendorff contra la Sociedad de Hospitales de Nueva York, 211 NY 125, 1914. Ob. Cit. Pág 24.

Ahora bien esta autonomía plena no se la reconoce a las personas menores de 18 años, pero de acuerdo a nuestra legislación, y en los instrumentos internacionales estudiados, esta se alcanza progresivamente en medida de la edad y madurez hasta alcanzarla totalmente al cumplir la mayoría de edad, pero antes se alcanza con la ayuda de sus progenitores que deben guiarlos en el ejercicio de los derechos (como hemos visto al analizar el artículo 5 de la CDN).

De acuerdo a Landswon el ejercicio de la autonomía requiere el cumplimiento de tres condiciones: la capacidad, el deseo y la oportunidad. Esto nos lleva además a recordar que el principio opera en dos sentidos: para no negar el ejercicio de mayores competencias cuando las condiciones se da; pero también para impedir que sean expuestos a situaciones a las que no están preparándose, adultizándolos prematuramente, o en aquellas situaciones en las que no quieren intervenir. Pero tenemos recordar que "... el cumplimiento de los derechos del niño no puede depender de su capacidad de ejercer la autonomía o del hecho de que hayan alcanzado una edad determinada. Todos los Derechos del Niño se aplican a todos los niños."¹⁰¹.

Ladswon propone un examen de la evolución de las facultades basada en los derechos, a partir de tres marcos conceptuales: como noción evolutiva, como noción participativa o emancipadora, y como noción protectora.

En la noción evolutiva, por la que se reconoce en que grado la realización de los derechos enunciados en la Convención promueven el desarrollo, la competencia y la gradual autonomía personal del niño. En ésta noción la CDN impone una obligación de cumplir con dichos derechos.

En la noción participativa o emancipadora, se destaca que el niño tiene derecho a que se respeten sus capacidades, por tanto hay una transferencia de los derechos de los adultos en función de su nivel de competencia. En este nivel la Convención impone la obligación de respetar estos derechos.

En la noción protectora, a partir del reconocimiento de que el niño esta en proceso de desarrollo, tiene el derecho a recibir la protección del Estado, la sociedad y la familia contra la participación o la exposición a actividades perjudiciales, pero esta protección va a disminuir a medida que sus facultades evolucionan. En este ámbito la CDN impone la obligación de proteger los derechos.

En nuestro Código el tema de la evolución de las facultades se concreta mediante dos sistemas: establecer límites de edad fijos, y el sistema de evaluación individual. En nuestro país hay una combinación de los dos sistemas, se fija una edad en la que se debe obligatoriamente emitir la opinión y esta funciona a manera de consentimiento como se establece en algunos casos para los adolescentes (personas mayores de 12 años), como lo examine a propósito de la revisión de este concepto, pero este consentimiento puede no ser aceptado solamente si se demuestra que su elección es perjudicial; y los casos en que se deja abierta la regla del examen caso por caso en función de la edad y madurez, como opera en todos los casos en que están involucrados los niños y niñas (personas menores de 12 años), y en algunos casos de los adolescentes.

En el campo de la salud¹⁰² se utilizan los siguientes aspectos para determinar la competencia de acuerdo a la edad y madurez para que los menores de edad tomen decisiones sobre

¹⁰¹ Ob. Cit. Pág. 21.

¹⁰² OP. Cit. Pág. 77.

tratamientos médicos: capacidad de comprender cuáles son las alternativas posibles, expresar sus preferencias, manifestar sus preocupaciones y plantear preguntas relevantes; capacidad para efectuar elecciones sin ser obligado ni manipulado y debe estar en condiciones de reflexionar por sí mismo sobre la significación de los temas en discusión; capacidad para comprender las consecuencias de las diferentes líneas de conducta, cómo lo afectarán, a qué riesgos se expone, cuáles son las implicaciones a largo y corto plazo; y, la posesión de una escala de valores relativamente estable, en base del cual tomar una decisión.

Es de recordar que un campo en que las disputas son más fuertes respecto a la autonomía tiene que ver con los aspectos de la salud, por ejemplo tratamientos médicos con o sin autorización de sus padres o representantes legales, como por ejemplo el uso de anticonceptivos, lo cual es factible por el reconocimiento del ejercicio de todos los derechos, inclusive los sexuales y reproductivos, de acuerdo a lo establecido en la Constitución.

El principio en el Código de la Niñez y Adolescencia: normas específicas

Referencias al ejercicio progresivo las encontramos a propósito del derecho a ser consultados (artículo 60); como condición para el ejercicio de la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 61 párrafo 2); para determinar los trabajos prohibidos y aquellos trabajos aceptados como prácticas culturales (artículo 86 y 87); para decidir sobre la participación del niño en las decisiones de la vida familiar (artículo 102.6); respecto a los deberes de hijos e hijas al interior de la familia (artículo 103.3); para resolver la patria potestad y la tenencia (artículo 106 párrafo final), para restituir la patria potestad (artículo 117); en la adopción (artículo 285); en el acogimiento familiar (artículo 228);

Restricciones a los derechos

Como vimos solamente es posible restringir los derechos si estas restricciones están expresamente establecidas en la ley, generalmente estas tienen el propósito asegurar el orden y la seguridad públicas, y los derechos y libertades de los demás; y, las derivadas del propio principio del ejercicio progresivo.

En general el primer ámbito de restricciones suelen ser aplicables a los derechos en los casos de los adultos también, el segundo ámbito esta ligado a las condiciones específicas de los niños, niñas y adolescentes.

Sin embargo la preocupación se suscita porque son los adultos los que interpretan algunas de las "cláusulas generales o conceptos indeterminados, como la seguridad, la seguridad nacional, la salud y la moral pública."¹⁰³.

Más adelante revisaremos algunos casos de restricciones incluidas al ejercicio de los derechos de los menores de 18 años, en el Código de la Niñez y Adolescencia, más allá de lo contemplado en la CDN y en la Constitución, por ejemplo la disposición del artículo 53 del CNA que trata sobre el derecho a la privacidad establece que este se ejerce "Sin perjuicio de la natural vigilancia de los padres y los maestros..." (Ver más adelante).

¹⁰³ Baratta. Ob. Cit. Pág. 43.

Aplicación e interpretación más favorable (artículo 14).

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.

La norma citada contiene en realidad dos principios diferentes: la no posibilidad de desconocer o violar un derecho por falta de norma o procedimiento expreso; la aplicación e interpretación más favorable al interés superior

Esta norma es una aplicación al tema específico de los derechos de la infancia y adolescencia de los principios constitucionales contenidos en el artículo 18, que nacen de la garantía establecida en la primera parte de la mencionada norma

Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

No posibilidad de desconocer o violar un derecho por falta de norma o procedimiento expreso

Este principio impone una obligación específica a las autoridades por tanto se constituye en una garantía en doble sentido, por una parte limita la discrecionalidad de la autoridad en la aplicación de los derechos, y por otro le obliga a actuar de una manera determinada a pesar de la inexistencia de una norma o procedimiento: asegurar la protección y garantía del derecho invocado.

En la regla citada se establecen dos hipótesis, la falta de una norma, o la falta de procedimiento expreso.

En el primer caso, falta de una norma, nos parece que se refiere a distintas posibilidades que pasamos a exponer: que la norma no este contenida en el CNA pero si está contemplada en la Constitución o un tratado internacional, la solución es sencilla ya que si se encuentra en ese nivel los principios constitucionales revisados aseguran su aplicación en cualquier caso; que la norma se encuentre en un cuerpo normativo de igual o menor jerarquía del CNA, esto se resuelve por vía de la integralidad del sistema jurídico y de la aplicación de la norma más favorable, por lo que aplicaría la disposición que sea más favorable al interés superior, o en palabras del propio Código, a los derechos; y, en caso de que la norma no se encuentre positivada la propia Constitución nos da la respuesta, ya que en una clara adscripción a corrientes iusnaturalistas estableció que "Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material." (artículo 19). En este caso la aplicación de estos derechos estarían condicionados a dos requisitos: la demostración de la existencia del derecho invocado, y que es más favorable para el niño, niña y adolescente.

En el segundo caso, falta de procedimiento, la autoridad debería resolverla con un proceso que cumpla con los principios de humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia (artículo 257 CNA); se deben respetar los principios del debido proceso contenidos en la CP y recogidos en el artículo 257 del CNA (inviolabilidad de la defensa, contradicción, impugnación, intermediación, el derecho a ser oído); el deber de escuchar la opinión de niños, niñas y adolescentes (artículo 60 CNA); y, en el marco de un proceso oral (artículo 194 CP), que es el único que puede garantizar las condiciones del proceso descrito.

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.

A pesar de que el párrafo segundo del artículo 14 solamente se refiere a la interpretación, por el título del mismo entendemos que su espíritu es asegurar dos procesos distintos: aplicación e interpretación.

Antes de iniciar el análisis del principio quiero recordar que el artículo 11 del CNA arriba analizado establecer que el interés superior esta orientado a la satisfacción de los derechos, por tanto cuando hablamos de este principio en este contexto nos estamos refiriendo a los derechos.

Aplicación

Esto entendemos por al paso que se da entre la norma abstracta y su aplicación al caso concreto, y por tanto exige la llamada "subsunción" es decir comprobar que el caso se halla incluido en el campo de la aplicación de una norma determinada¹⁰⁴. Esto funciona considerando a la norma como la premisa mayor y al caso examinado como premisa menor. Por supuesto que la aplicación exige un nivel de interpretación de las normas del ordenamiento jurídico para determinar cuál es la más adecuada al caso concreto. Si existe una sola norma aplicable al caso concreto no existe ninguna duda y no entra en funcionamiento el principio, este cobra relevancia cuando existe más de una norma aplicable al caso concreto, allí es cuando por el principio analizado debe darse preferencia a la norma que mejor protege y garantice el derecho.

Aquí cobra sentido el llamado "juicio de ponderación o de proporcionalidad"¹⁰⁵ por este se resuelve un conflicto entre principios o normas del mismo valor o nivel jerárquico en relación a un caso concreto. El autor citado considera que se puede distinguir cuatro fases o etapas en el proceso "Todas ellas aplicables al enjuiciamiento de normas o actuaciones públicas; en relación al enjuiciamiento de conductas particulares, en cambio creo que sólo procede observar la última de esas fases"; a propósito del presente trabajo las he adaptado para la aplicación a los derechos de niños, niñas y adolescentes.

El primer paso para realizar la ponderación es determinar si la medida, norma, decisión presenta un fin legítimo, que para nuestro caso sería la protección y garantía de un derecho o derechos de los niños, niñas y adolescentes que justifique la "interferencia" en otro principio o derecho, o si resulta ilegítimo desde la perspectiva planteada, por tanto no es posible desarrollar la ponderación. Por ejemplo si un juez decide no escuchar la opinión de un niño dentro de un

¹⁰⁴ Prieto Sanchís. Ob. Cit. Pág. 149.

¹⁰⁵ Ob. Cit. Páginas 149 y 150. Para los efectos de esta sección vamos a seguir su propuesta al respecto.

proceso porque él niño decidió no hacerlo como ejercicio de su derecho, esta claro que el juez realizó un ejercicio de ponderación correcta entre derechos (al margen de que en el caso concreto se deba examinar si efectivamente es así); pero si el juez no escuchó la opinión del niño porque considero que no era necesario porque los adultos ya expusieron los puntos en disputa en el proceso (a menos que se demostrará que el asunto no le afecta), no existe necesidad de ponderación ya que en el segundo caso no hay derecho o principios en juego, simplemente una actuación arbitraria del juez.

El segundo paso implica acreditar la "adecuación, aptitud o idoneidad" de la norma, principio o resolución examinada en orden del la protección o consecución de la finalidad expresada, en este caso la protección y garantía de los derechos del niño, niña y adolescente para lograr su desarrollo integral. En este caso el juicio de idoneidad lo que busca el establecer aquellas medidas, normas o resoluciones que pueden lograr los objetivos esperados, por tanto son ineficaces para alcanzarlos.

El tercer paso consiste en identificar que no existe otra norma, medida o resolución posible que permita obtener los mismos resultados o la finalidad perseguida (la garantía y protección de los derechos) siendo menos "gravosa o restrictiva. A este paso se llama "juicio de necesidad", el mismo exige un nivel de "prospección" para determinar la medida menos restrictiva.

El cuarto, y último paso, es llamado por Prieto Sanchís "juicio de proporcionalidad en sentido estricto que, en cierto modo, condensa todas las exigencias anteriores y encierra el núcleo de la ponderación": "[C]onsiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los <<beneficios>> que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o de la realización de un derecho, y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de otro bien o valor". El autor cita a Alexy para referirse a la llamada "ley de la ponderación": "cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro". En resumen se debe "valorar el grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y, por último, a la luz de todo ello, de valorar la justificación o falta de justificación de la norma o conducta en cuestión. Se trata, en suma, de determinar el peso definitivo que en el caso concreto tienen ambos principios", para nosotros también las normas en juego, las reglas, las cláusulas involucradas.

Finalmente debemos recordar la llamada "cláusula de reserva" contenida en el artículo 41 de la CDN en la que se establece:

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

- a) El derecho de un Estado Parte; o
- b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

Ha esta disposición se debe la consideración de que la CDN establece un mínimo ético y jurídico, ya que pueden existir normas que brinden una protección mayor de la contenida en ella, del mismo modo podría ser considerado el CNA, ya que sus regulaciones no impiden la existencia de normas con un nivel más amplio de protección sea que estas sean de naturaleza nacional o oi internacional.

Interpretación

Interpretar la ley "...es, pues conocer y adaptar las normas abstractas a los casos singulares, es pasar de lo general a lo particular."¹⁰⁶, entonces no es cierto que interpretar la ley sea un ejercicio que se dirija únicamente a las leyes "obscuras" o las cláusulas poco claras de un contrato, implica desentrañar su sentido y alcance.

Este artículo impone una obligación específica, que es privilegiar en la interpretación de 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, su interés superior, es decir sus derechos. Aquí los principios funcionan manera integral, es decir, necesariamente deberíamos considerar los otros principios: prioridad absoluta, las reglas sobre la familia, el principio de igualdad y no discriminación, el del ejercicio progresivo, el de la diversidad cultural, la corresponsabilidad.

Por ser de especial relevancia reproduzco las reglas de interpretación contenidas en el artículo 18 del CC:

1a.- Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento;

2a.- Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal;

3a.- Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso;

4a.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto;

5a.- Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes;

6a.- En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural;

7a.- A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.

A pesar de ser un principio de aplicación e interpretación muy importante es de advertir que no siempre es tan clara la determinación de lo que es lo "más favorable", ya que al igual que el principio del interés superior esto tiene un alto grado de indeterminación y establecer su alcance ésta en las manos del decisor, su formación, prejuicios, percepciones. En mi opinión la manera de reducir el riesgo de la discrecionalidad es acudir a procedimientos similares a los señalados a propósito de aquel principio, y debería poder justificarse en cada caso la opción tomada como la más "favorable"

¹⁰⁶ Arturo Valencia Zea y Alvaro Ortiz Monsalve. Derecho Civil: Parte General y Personas. Editorial Temis. Decimoquinta Edición. Bogotá. 2000. Pág. 106.

*DERECHOS, GARANTIAS Y DEBERES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES(Libro I.
Titulo III. Artículos 20 al 80)*

Consideraciones generales.-

Desde el proyecto de ley el CNA se formuló como una ley garantista¹⁰⁷, es decir declarando derechos, estableciendo los responsables de protegerlos y garantizarlos, y estableciendo los procedimientos, medidas, sanciones y recursos que podían contribuir a lograr el objetivo planteando. De esta forma se dejó de lado la tendencia de los códigos de menores del país, que se organizaban alrededor de ciertas situaciones de riesgo, o de violación de ciertos derechos, lo que en la práctica hacía que esas leyes se aplicaran únicamente al grupo de menores de edad que se encontraban en las situaciones previstas y no al conjunto de la infancia y adolescencia.

El proyecto original del CNA (en el Libro I) contenía exclusivamente el catálogo de derechos, esto fue modificado en el proceso de consulta social con la introducción de dos situaciones específicas que generaban especial preocupación por la gravedad y número de personas afectadas: trabajo y maltrato¹⁰⁸. Respecto de los dos se establecieron definiciones, políticas, responsables institucionales, medidas de protección y sanciones.

La metodología seguida por el CNA de presentación unificada de los derechos en principio podía ser considerada inadecuada ya existe una reproducción en el texto del CNA de derechos ya contemplado en la CP y en los instrumentos internacionales ratificados por el país, en particular la CDN.

Me parece que la decisión de contener un catálogo de derechos en el propio Código respondió a cuatro razones fundamentales:

a) Reiterar mediante la presentación del más amplio listado de derechos que los niños, niñas y adolescentes son efectivamente titulares de esos derechos (de los civiles y políticos; de los económicos, sociales y culturales; y, de los derechos colectivos o difusos) y no exclusivamente de los específicos de su edad; que los declarados son efectivamente derechos (en el sentido de ser potestades exigibles) y no exclusivamente "buenas intenciones". Si bien esto ya se declara constitucionalmente, y en otras secciones de la propia ley, la reiteración parece que quería dejar despejar cualquier duda al respecto¹⁰⁹;

b) Dar un contenido específico a ciertos derechos para particularizar las obligaciones frente a niños, niñas y adolescentes. Esto sea porque existía una preocupación social relevante frente a algunas de esas situaciones o debido a la forma en que estaban tratados en la CP o en los tratados internacionales no eran "autoejecutables", por tanto se resolvió "desarrollarlos", como se explica más adelante.

¹⁰⁷ Simon y Parraguez. Ob. Cit.

¹⁰⁸ Para ser precisos: maltrato, abuso, explotación sexual, tráfico y pérdida de niños, niñas y adolescentes.

¹⁰⁹ Parece que la desconfianza frente a ciertos sectores como algunos funcionarios del antiguo Servicio Judicial de Menores, del sistema de protección de menores y ciertos profesionales relacionados al sector (abogados, trabajadoras sociales, psicólogos, psicoanalistas, etc.) que de formas diversas seguían, y en muchos casos siguen defendiendo o practicando principios y formas de trabajo basados en nociones tutelares; además, todos ellos habían hecho, o hacen, interpretaciones restrictivas de los derechos..

c) Identificar la forma diferenciada en que se ejercen ciertos derechos por parte de las personas menores de 18 años debido a las condiciones particulares de desarrollo en las que se encuentran ;y,

d) Cumplir con una función pedagógica y sistematizadora a través de la inclusión en un solo cuerpo legal de todos los derechos, evitando de esa manera que las personas que no tienen una formación profesional específica tengan acceso a esta información.

Normas autoejecutables

Como vimos más arriba hay algunos derechos que no son autoejecutables, por considerar no se contiene una obligación específica y que se requiere de medidas adicionales para dar efectividad al derecho declarado. Por la importancia que este tema tiene para definir el alcance de ciertos derechos a continuación una breve explicación respecto al tema.

Para Jiménez de Aréchaga¹¹⁰ "El concepto de disposiciones auto-ejecutivas y las razones fundamentales que originaron esa noción han sido elaborados por la doctrina y la práctica del Derecho Internacional con respecto a la aplicación de estipulaciones contenidas en tratados internacionales invocadas por un individuo ante un juez".

Una norma para que sea considerada autoejecutable debe ser aplicada de manera "...inmediata y directa sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o su exigibilidad". Se habla de auto-ejecutividad cuando la disposición ha sido redactada en tal forma que de ella surge una regla que los tribunales judiciales internos puedan aplicar en un caso dado. La fórmula utilizada por Marshall, célebre Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, es que una norma es ejecutable por sí misma ("self-executing") "toda vez que opere por sí sin ayuda de una disposición legislativa".

Las condiciones que debe cumplir una norma para ser considerada autoejecutable son: a) de la norma debe derivarse directamente un derecho o pretensión en favor de una persona, b) la norma debe ser posible de ser aplicada judicialmente sin que la ejecución de la misma dependa de un acto legislativo o de alguna medida administrativa posterior. Aunque nosotros consideramos que cuando un juez o tribunal trata casos de protección de derechos colectivos o difusos las normas aplicadas podrían implicar la obligación de desarrollo de medidas posteriores administrativas o legislativas.

Ahora bien, existen normas contenidas en los instrumentos internacionales que no pueden ser consideradas autoejecutables en términos estrictos, pero pueden y deben ser aplicados como criterio orientador por parte de los jueces, pero muchas de las normas contenidas en los instrumentos de derechos humanos suelen ser autoejecutables¹¹¹, sea que se deriven de derecho público o aquellas que contienen regulaciones procedimentales en el ámbito del derecho privado.

¹¹⁰ En esta sección vamos a seguir a Eduardo Jiménez de Aréchaga. Citado por Rodríguez et, al.

¹¹¹ Por ejemplo la Convención sobre los Derechos del Niño, las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Convenio 169 de la OIT, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Convenio para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, etc.

En el caso de los derechos económicos, sociales y culturales el papel del juez es determinar si el Estado esta realizando las acciones necesarias para cumplir con la obligación y si esta invirtiendo el máximo de los recursos disponibles para cumplir con la obligación adquirida con la ratificación o adhesión del Convenio.

En este capítulo nos centraremos en el estudio de los derechos, deberes y garantías contenidos en el Libro I del CNA y lo relativo a la capacidad legal de los menores de edad.

La revisión general de los derechos en el presente capítulo tiene un objetivo mayormente descriptivo. Algunos de los derechos se desarrollan en otras secciones de la presente obra. Además, los antecedentes de los derechos ya fueron ubicados en la Constitución y en la CDN, en los capítulos respectivos se analice de manera general sus disposiciones, naturaleza y alcance por lo que en esta sección me centraré en algunos aspectos específicos de los derechos.

Disposiciones generales sobre los derechos y garantías (artículos 15 a 19).

Debemos entender que las "disposiciones generales" de esta sección del Código cumplen una funciones de integración e interpretación de los derechos contenidos en el Código, en los términos que analizamos en el capítulo a propósito de los "Principios fundamentales". Debe recordarse que cualquier disposición de la ley debe leerse e interpretarse de manera conjunta con los "Principios Fundamentales", esto nos asegura contar con pautas muy relevantes para la aplicación e interpretación de los derechos en casos concretos.

Farith Simon 9/2/07 10:55
Comment: poner referencia

Un análisis de conjunto de las disposiciones generales me lleva a concluir que el objetivo principal de estos son despejar cualquier duda de que los derechos declarados eran eso, derechos y como tales son exigibles a quienes están obligados a respetarlos y garantizarlos.

En el primer párrafo del artículo 15 se reitera la condición jurídica de niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos (ver capítulo).

Farith Simon 9/2/07 10:55
Comment: referencia

En el segundo párrafo se reafirma el hecho de que los extranjeros¹¹² menores de edad, que se encuentren bajo jurisdicción del Ecuador¹¹³, gozan de los mismos derechos y garantías reconocidas por la ley a los ciudadanos ecuatorianos, pero que son admisibles "las limitaciones establecidas en la Constitución y las leyes"¹¹⁴.

El Código utiliza "jurisdicción" y no territorio¹¹⁵ para referirse al alcance espacial de las obligaciones. Esto es compatible con lo establecido en el artículo 2 de la CDN: "Los Estados

¹¹² El Código Civil clasifica a las personas en ecuatorianos y extranjeros (artículo 42), y el artículo 43 dice "La ley no reconoce diferencia entre el ecuatoriano y el extranjero, en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código".

¹¹³ Artículo 17 CP "El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes...".

¹¹⁴ Artículo 12 CP "Los extranjeros gozarán de los mismos derechos que los ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley."

¹¹⁵ Artículo 2 CP: "El territorio ecuatoriano es inalienable e irreductible. Comprende el de la Real Audiencia de Quito con las modificaciones introducidas por los tratados válidos, las islas adyacentes, el Archipiélago de Galápagos, el mar territorial, el subsuelo y el espacio suprayacente respectivo."

Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción.” y con la CADH, que en su artículo 1 establece: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.”.

Recordemos que además de la jurisdicción territorial los estados ejercen una “...jurisdicción personal sobre sus nacionales en territorio extranjero, y una jurisdicción funcional en la sede de sus misiones diplomáticas y consulares en el exterior, al igual que en sus naves o aeronaves públicas que se encuentren fuera del territorio del Estado, o respecto de sus contingentes militares que se encuentren en el exterior.”¹¹⁶.

En cuanto a las “limitaciones” que tendrían los menores de edad extranjeros, migrantes o no, para el goce los derechos se aceptan en general que no lo tienen de los derechos políticos, en ciertas condiciones al derecho de residencia y circulación, así como ciertas limitaciones al derecho a la propiedad¹¹⁷. Otras limitaciones a los derechos que se impongan a los extranjeros deberían ser de aquellas no consideradas discriminatorias^{118 119}.

Naturaleza de los derechos y garantías (artículo 16)

Por su naturaleza, los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley.

A propósito de la naturaleza de los derechos y garantías analizaremos cada uno de los elementos que el artículo contempla: orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables.

Orden público

Las normas de orden público son aquellas que la voluntad de las personas no pueden modificarlas, “...imponen necesariamente su propia regulación, sin permitir a los particulares prescindir de ella y establecer otra prescripción diversa. La situación o relación forzosamente debe ser regulada por esa norma [...] En la norma de orden público hay un interés social de que la regulación de los casos que trata sea una sola para todos los individuos, la que dicha norma

¹¹⁶ Faúndez, Op. Cit. Pág. 268.

¹¹⁷ Artículo 15 “Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir, a ningún título, con fines de explotación económica, tierras o concesiones en zonas de seguridad nacional.”.

¹¹⁸ Sobre este tema es muy relevante Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de Septiembre de 2003: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

¹¹⁹ CIDH. OC/ 18 “Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana.”. Párrafo 119.

prescribe.¹²⁰ Al encontrarse fuera de la voluntad de los individuos las consecuencias que ellas prescriben son irrenunciables e intransigibles.

Algunos sinónimos de normas de orden público son: imperativas, absolutas, necesarias, coactivas, forzosas, categóricas, inderogables, etc.

El orden público para los derechos humanos se traducen en un rasgo particular que es el carácter **absoluto de los derechos humanos**¹²¹, es decir estos implican deberes de realizar ciertas clases de acciones, y que tales deberes no admiten excepción alguna a priori¹²², para Gewirth¹²³ “un derecho es absoluto cuando no puede ser sobrepasado en ninguna circunstancia, de forma que no pueda ser sobrepasado en ninguna circunstancia, de forma que no puede ser infringido justificadamente, y debe ser cumplido sin ninguna excepción.”.

Irrenunciables e intransigibles

La irrenunciabilidad y intransigibilidad de los derechos en la teoría de los derechos humanos se conoce como **inalienabilidad**, por este rasgo los derechos humanos no pueden ser renunciados ni revocados por sus propios titulares, es decir que no pueden ser “enajenados” en el sentido de que el propio titular no está moralmente autorizado para prescindir de ellos¹²⁴.

Cuando el Código se refiere a la posibilidad de transigir y renunciar lo hace en relación al ejercicio de un derecho. Los niños, niñas y adolescentes (en general ninguna persona) no pueden renunciar a la titularidad de los mismos. Los acuerdos permitidos en la Ley se restringen a la forma de cumplimiento, o de ejercicio, de ciertos derechos a saber: el monto de la pensión alimenticia, el ejercicio de la patria potestad en caso de separación o divorcio de los progenitores, las condiciones de la tenencia y, las condiciones del régimen de visitas. Sin embargo esta posibilidad de transigir tiene como límite el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y, en ciertas condiciones, únicamente procede con la formalización del acuerdo con la autorización de los jueces o por haberse alcanzado en una mediación.

La posibilidad de lograr acuerdos en ciertas materias, y la mediación como forma específica de resolución de conflictos se estudian en el capítulo.

Farith Simon 9/2/07 10:55
Comment: poner referencia

Interdependientes e indivisibles¹²⁵.

¹²⁰ Alessandri, Somarriva y Vodanovic. Derecho Civil: Parte preliminar y Parte general. Primer Tomo. EDIAR. Santiago. 1991.

¹²¹ “Los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Es incuestionable el hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política.”. OC/18. Párrafo 73.

¹²² Francisco Laporta. El concepto de los derechos humanos. Publicado en Diccionario Crítico de los Derechos Humanos. Universidad Internacional de Andalucía : Sede Iberoamericana de la Rábida. Primera Edición. s/f. Pág. 22.

¹²³ Citado por Laporta. Ob. Cit. Pág. 22.

¹²⁴ Laporta Ob. Cit. Pág. 24.

¹²⁵ Para Philip Alston y Henry Steiner “The phrase first coined in 1950 and then adapted at the 1993 Vienna World Conference – that all rights are ‘indivisible and interdependent and interrelated’ – expresses the international community’s attempt to resolve in the context of its discussions of human rights the longstanding debate over the relationship between freedom and equality. But the constant reaffirmation of the slogan of indivisibility has no

Estas dos son características comunes a todos los derechos humanos y como examinamos previamente fueron formuladas en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993, por medio de ellas se reafirma la integralidad de los derechos y la conexión que existe entre ellos. Por medio de esta declaración se buscó superar la distinción que durante muchos años se mantuvo entre los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos económicos, sociales y culturales.

Un rasgo o característica de los derechos humanos que no se encuentra en este artículo es el de la universalidad, sin embargo nos parece que este se encuentra incorporado por la noción de igualdad y no discriminación, además por el reconocimiento de que "todos" los niños, niñas y adolescentes son titulares de "todos" los derechos humanos (Algunos aspectos del debate universalidad y diversidad se encuentran tratados en los capítulos).

Farith Simon 9/2/07 10:55

Comment: referencia

Deber jurídico de denunciar (artículo 17)

Toda persona, incluidas las autoridades judiciales y administrativas, que por cualquier medio tenga conocimiento de la violación de un derecho del niño, niña o adolescente, está obligada a denunciarla ante la autoridad competente, en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

La noción de que el respeto y la garantía de los derechos es una obligación compartida entre el estado, la sociedad y la familia aparece claramente en esta norma, ya que la misma establece un "deber jurídico" para todas las personas que tengan conocimiento de una amenaza o violación de un derecho en que la víctima, o la posible víctima, sea un menor de edad.

Este deber jurídico nace de la ley que se constituye en el momento que una persona conoce de la existencia de la violación a un derecho, de acuerdo a texto de la Ley, pero en nuestra opinión la obligación se genera desde el momento en que se conoce una amenaza de violación a un derecho. Podríamos decir que se establece un deber de protección general de los derechos de la infancia y adolescencia en consideración de la situación especial en que se encuentran por su edad y desarrollo¹²⁶.

Puede existir distintos medios por los que una persona llegue a tener conocimiento de las acciones u omisiones que ponen el riesgo, o que ya han producido la violación a un derecho de un niño, niña o adolescente, pero nos parece que el conocimiento puede ser directo o circunstancial, pero nace a partir de se produzca la violación o la amenaza, en este último caso por el deber de evitarla.

Recordemos que la violación de un derecho se puede dar por "acción o por omisión", es decir por hacer algo, por ejemplo maltratar físicamente a un niño, o por omisión, por ejemplo no matricularlo en la escuela. El sujeto activo de la violación puede ser cualquiera de los obligados a respetar o garantizar un derecho. Esto queda claro del texto del artículo 215 del CNA que establece las razones por las cuales se puede dictar una medida de protección:

prevented regular claims that one set of the rights or the must in fact be accorded priority.". International Human Rights in context: law, political, morals. Oxford. Second Edition. Oxford. 2000. Pág. 268.

¹²⁶ Para Joseph Raz "El bienestar de las personas depende no sólo de ellas mismas (por repetir una verdad obvia); requiere que se den las condiciones que posibilitan sus actividades y les dan un significado[...].constituyen deberes de proteger y promover el bienestar de todas las personas.". Joseph Raz. La ética en el ámbito público. Editorial Gedisa. Barcelona. 2001. Pág. 23.

Las medidas de protección son acciones que adopta la autoridad competente, mediante resolución judicial o administrativa, en favor del niño, niña o adolescente, cuando se ha producido o existe el riesgo inminente de que se produzca una violación de sus derechos por acción u omisión del Estado, la sociedad, sus progenitores o responsables o del propio niño o adolescente.

La "denuncia" implica dar parte o aviso, poner en conocimiento de la "autoridad competente", lo que impide tener una respuesta única de ante quien se debe denunciar, o de la forma de la denuncia. La competencia de la autoridad se podría dar por la materia y por el lugar. Es decir, dependerá del derecho amenazado o violado. Algunas de las alternativas que existe son: los jueces de la niñez y adolescencia, las juntas cantonales de protección de derechos, el Ministerio Público, las comisarías de la mujer y otros jueces contravencionales, las inspecciones de trabajo, la Defensoría del Pueblo, etc. La forma de la denuncia puede variar dependiendo de la forma en que esta se acepte en cada institución, hay algunas que aceptan que se la haga por escrito, en otras se las puede hacer verbalmente.

El plazo para hacer la denuncia es de 48 horas, las mismas que se cuentan, en mi opinión, a partir de que la persona tuvo conocimiento de la amenaza o violación.

La omisión del deber general de denuncia contenida en este artículo puede generar la aplicación de una sanción de multa contenida en el artículo 248¹²⁷ del CNA.

Normas específicas sobre el deber de denunciar

El CNA contiene otras normas que regulan casos específicos de denuncia: como obligación de los progenitores cuando conocen una violación de un derecho en el marco del ejercicio del derecho a educación (artículo 39.8); las personas que por su profesión u oficio tengan conocimiento de un hecho que presente características propias de maltrato, abuso y explotación sexual, tráfico o pérdida de que hubiere sido víctima un niño, niña o adolescente, debe denunciarlo dentro de las veinticuatro horas siguientes de dicho conocimiento ante cualquiera de los fiscales, autoridades judiciales o administrativas competentes, incluida la Defensoría del Pueblo (artículo 72); el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia denunciar ante los órganos competentes las acciones u omisiones de servicios públicos y privados que amenacen o violen los derechos de los niños, niñas y adolescentes (artículo 195.l); los Consejos cantonales de la Niñez y Adolescencia deben denunciar ante la autoridad competente las acciones u omisiones que atenten contra los derechos, cuya protección le corresponde (artículo 202.c); y, las Juntas Cantonales de Protección de Derechos deben denunciar ante las autoridades competentes la comisión de infracciones administrativas y penales en contra de niños, niñas y adolescentes (artículo 206.f).

En las obligaciones de los establecimientos de salud (artículo 30) se incluye la obligación de informar inmediatamente a las autoridades y organismos competentes los casos de niños o niñas y adolescentes con indicios de maltrato o abuso sexual; y aquellos en los que se desconozca la identidad o el domicilio de los progenitores.

¹²⁷ "El que de cualquier forma amenace o viole alguno de los derechos o garantías contemplados en este Código y más leyes, en favor de un niño, niña o adolescente, y cuya conducta de acción u omisión no tenga asignada una sanción especial, será condenado al pago de una multa de 100 a 500 dólares, por cada amenaza o violación de éstos."

En el artículo 135 del CT se determina que cualquier persona que conozca que un adolescente que trabaja ha sido impedido de terminar su educación básica debe denunciarlo para que se puedan aplicar las sanciones correspondientes.

Exigibilidad de los derechos (artículo 18)

Los derechos y garantías que las leyes reconocen en favor del niño, niña y adolescente, son potestades cuya observancia y protección son exigibles a las personas y organismos responsables de asegurar su eficacia, en la forma que este Código y más leyes establecen para el efecto.

Dos elementos son claves en este artículo: la noción de exigibilidad y la eficacia.

Exigibilidad

La noción de exigibilidad esta íntimamente ligada a la naturaleza de los derechos declarados a favor de la infancia y adolescencia, y que son considerados como potestades. Cuando afirmamos que los derechos son exigibles nos estamos refiriendo al hecho de que podemos demandar su respeto y garantía a los obligados; y, en caso de que se incumpla con la obligación, sea por acción u omisión, sancionarlo de acuerdo con lo dispuesto en la Ley y buscar la restitución del derecho violado (artículo 215 CNA).

¿Quién está obligado a respetar y garantizar los derechos ¿ Ya lo identificamos previamente bajo el principio de corresponsabilidad es el Estado, la sociedad y la familia en sus respectivos ámbitos, ya que estos son los que deben tomar las medidas necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes.”(artículo 8 CNA).

Aquí aparece la principal dificultad de esta declaración de exigibilidad ¿Qué es lo que puedo exigir? ¿Cuál es el contenido de la obligación? Esto nos lleva a tratar la clásica distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. En general se ha dicho que en relación a los primeros las obligaciones son de carácter negativas, en relación a los segundos las obligaciones serían de carácter positivo e implican que deban cumplirse por medio de asignación de recursos públicos. “De acuerdo a esta posición, las obligaciones negativas se agotarían en un no hacer por parte del Estado: no detener arbitrariamente a las personas, no aplicar penas sin juicio previo, no restringir la libertad de expresión, no violar la correspondencia ni los papeles privados, no interferir con la propiedad privada, etc. Por el contrario, la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado a hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación, a sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad. En el primer caso, bastaría con limitar la actividad del Estado, prohibiéndole su actuación en algunas áreas. En el segundo, el Estado debería necesariamente erogar recursos para llevar a cabo las prestaciones que se le exigen.”¹²⁸.

¹²⁸ Víctor Abramovich Cosarín. Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Publicado en: Presente y Futuro de los Derechos Humanos. IIDH. San José de Costa Rica. 1998. Pág. 141.

Sin embargo estas distinciones entre los derechos son fuertemente cuestionadas en la actualidad, ya que se ha demostrado que respecto a las dos clases de derechos se puede identificar obligaciones de "hacer" y "no hacer". "En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos."¹²⁹.

La dificultad que suele plantearse respecto a los derechos económicos, sociales y culturales es que debido a que su cumplimiento esta ligado a la cantidad de recursos disponibles¹³⁰, es difícil determinar el alcance de la obligación y por tanto, es difícil demandar su cumplimiento.

A la exigibilidad también se la identifica con la posibilidad de justiciabilidad o "juridicidad" de un derecho. La justiciabilidad o juridicidad de los derechos en nuestro Código es perfectamente posible respecto de la totalidad de los derechos declarados, es por esto que afirmé que el CNA garantista.

Eficacia.

Una acción eficaz implica que se tomen todas las medidas para que los derechos declarados se hagan efectivos en la realidad, y que no solamente se queden a nivel de la declaración. Para dejar en claro el alcance de las obligaciones del Estado, la sociedad y la familia frente a los derechos voy a citar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De acuerdo a la Corte los estados frente a los derechos humanos (contenidos en la CADH) asumen dos obligaciones: respetar y garantizar.

Respecto de la obligación de respetar la Corte estableció que "...El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado..."¹³¹, "[s]e trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal..."¹³².

La obligación de garantizar "...implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre

¹²⁹ Ob. Cit. Pág. 142.

¹³⁰ Recordemos que la propia CDN establece en su artículo 4 "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.". Nuestro propio Código condiciona de alguna manera el cumplimiento de los derechos a los recursos, o a las posibilidades de cumplimiento, cuando establece el objetivo de la acción judicial de protección es "la imposición de una determinada conducta de acción u omisión, de posible cumplimiento, dirigido a la persona o entidad requerida..."(artículo 264 CNA).

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Párrafo166.

¹³² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 9 de mayo de 1986.

y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.¹³³. “La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”¹³⁴.

El deber de prevención comprende “...todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales...”¹³⁵

La obligación de investigar y sancionar deviene de cualquier violación a los derechos humanos “...Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos...”¹³⁶. Estas obligaciones (investigar y sancionar) son obligaciones “...de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa...”¹³⁷. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares...”¹³⁷.

En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, y de acuerdo a lo revisado a propósito del alcance de las obligaciones del Estado hasta el “máximo de los recursos disponibles”, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación general 3 estableció una interesante referencia sobre el alcance de los DESC

...se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la

¹³³ Ob. Cit. Párrafo 166

¹³⁴ Ob. Cit. Párrafo 167.

¹³⁵ Ob. Cit. Párrafo 175.

¹³⁶ Ob. Cit. Párrafo 176.

¹³⁷ Ob. Cit. Párrafo 177.

totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga...

... el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto... aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción¹³⁸.

Sanciones por violación a los derechos (artículo 19)

Las violaciones a los derechos de los niños, niñas y adolescentes serán sancionadas en la forma prescrita en este Código y más leyes, sin perjuicio de la reparación que corresponda como consecuencia de la responsabilidad civil.

Como vimos más arriba la obligación de investigar y sancionar es parte de los deberes que tiene el Estado frente a las violaciones a los derechos de niños, niñas y adolescentes, sea que las mismas se hayan producido por el Estado o por particulares.

Las sanciones que el Código contempla, y que se analizan más adelante, son una parte de las posibles respuestas que se dan a quienes han violentado los derechos, ya que con las del CNA pueden concurrir las sanciones establecidas en otros cuerpos normativos como el Código Penal, la Ley Orgánica de la Salud, el Código de Trabajo, etc.

La sanción dependerá del derecho violado y del responsable de la violación, ya que las sanciones también pueden dirigirse a las instituciones, por ejemplo suspendiendo su funcionamiento, clausurándola, etc.

El artículo deja en claro que se puede demandar la responsabilidad civil, es decir buscar las indemnizaciones económicas correspondientes a los daños recibidos producto de la violación de un derecho.

Organización de los derechos en el Libro I.

El Código de la Niñez y Adolescencia entre los artículos 20 y 63 contiene un catálogo de derechos agrupados bajo la clasificación de: "Derechos de supervivencia" (artículos 20 a 32); "Derechos relacionados con el desarrollo" (artículos 33 a 49); "Derechos de protección" (artículos 50 a 58); y, "Derechos de participación" (artículos 59 a 63).

Esta forma de clasificación se dirige a agrupar los derechos alrededor del rol que cumplen en la vida de niños, niñas y adolescentes, ya que como se explicó más arriba, el CNA reitera la

¹³⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 3, 1990, HRI/GEN/1/Rev.7. Párrafos 9, 10 y 11.

integralidad e indivisibilidad de todos los mismos, por lo que la clasificación no da cuenta de un nivel de jerarquía o importancia entre ellos.

La ordenación de los derechos en nuestro Código recoge una propuesta de clasificación hecha por UNICEF cuando se desarrollaba la difusión de la CDN previa su aprobación por la Asamblea General de Naciones Unidas en noviembre de 1989¹³⁹.

De acuerdo a esta clasificación los "**derechos de supervivencia**" son aquellos que garantizan al niño la vida y el mantenimiento de la misma; los "**derechos al desarrollo**" que comprenderían los derechos de los niños, niñas y adolescentes que estos posean, reciban o tengan acceso a ciertas cosas o servicios que garanticen su desarrollo armónico e integral como seres humanos, en los aspectos físico, intelectual, afectivo y psíquico; los "**derechos a la protección**" que buscan evitar que los niños sean víctimas de ciertos actos y prácticas que atenten contra las posibilidades de su desarrollo integral como seres humanos; y, los "**derechos de participación**" que incluyen los derechos que tendrían como objetivo permitir al niño pensar, a hacer cosas por sí mismos, a expresarse libremente y a tener una voz efectiva sobre cuestiones que afecten su propia vida y la de su comunidad.

Derechos de supervivencia (Capítulo II: artículos 20 a 32)

Bajo este Capítulo se encuentran los siguientes derechos: vida, supervivencia y desarrollo (artículo 20); derechos vinculados a la familia (derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos- artículo 21-, derecho a tener una familia y a la convivencia familiar –artículo 22- protección prenatal, derecho a la lactancia materna –artículo 24-, atención al embarazo y al parto -artículo 25-); derecho a una vida digna (artículo 26); derecho a la salud (contenido del derecho a la salud –artículo 27-, responsabilidad del estado en relación al derecho de la salud – artículo 28-, obligaciones de los progenitores –artículo 29-, obligaciones de los establecimientos de salud –artículo 30-); derecho a la seguridad social (artículo 31); y derecho a un medio ambiente sano (artículo 32).

Derechos relacionados con el desarrollo (Capítulo III: artículos 33 a 49)

Como explique más arriba los derechos relacionados con el desarrollo comprenden los derechos de los niños, niñas y adolescentes a poseer, recibir, o tener acceso a ciertas cosas o servicios que garanticen su desarrollo armónico e integral como seres humanos, en los aspectos físico, intelectual, afectivo y psíquico.

En este capítulo se tratan los siguientes derechos: derecho a la identidad (artículo 33); identidad cultural (artículo 34); derecho a la identificación (artículo 35); derecho a la educación (artículo 37) que comprende: objetivos de los programas de educación (artículo 38); derechos y deberes de los progenitores con relación al derecho a la educación (artículo 39); medidas disciplinarias (artículo 40), sanciones prohibidas (artículo 41), derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes con discapacidad (artículo 42); derecho a la vida cultural (artículo 43), derechos culturales de los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos (artículo 44); derecho a la información (artículo 45), prohibiciones relativas al derecho a la información (artículo 46),

¹³⁹ Carpeta de Información de la Convención sobre los Derechos del Niño. DNI-UNICEF. Ginebra. Mayo 1989.

garantías de acceso a una información adecuada (artículo 47); derecho a la recreación y al descanso (artículo 48); y, normas sobre el acceso a espectáculos públicos (artículo 49).

Derechos de protección (Capítulo IV: artículos 50 a 58)

Con estos derechos se busca evitar que los niños sean víctimas de ciertos actos y prácticas que atenten contra las posibilidades de su desarrollo integral como seres humanos. Los derechos de protección contenidos en el CNA son: derecho a la integridad personal (artículo 50); derecho a la libertad personal, dignidad, reputación, honor e imagen y prohibiciones relacionadas con el derecho a la dignidad e imagen (artículo 51 y 52); derecho a la privacidad y a la inviolabilidad del hogar y las formas de comunicación (artículo 53); derecho a la reserva de la información sobre antecedentes penales (artículo 54); derechos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidades y necesidades especiales (artículo 55); derecho de los hijos de las personas privadas de la libertad (artículo 56); derecho a protección especial en casos de desastres y conflictos armados (artículo 57); y, derecho de los niños, niñas y adolescentes refugiados (artículo 58).

Derechos de participación (Capítulo artículos 59 a 63).

Los "**derechos de participación**" que incluyen aquellos que tienen como objetivo permitir al niño pensar, a hacer cosas por sí mismos, a expresarse libremente y a tener una voz efectiva sobre cuestiones que afecten su propia vida y la de su comunidad.

Este capítulo contiene los siguientes derechos: derecho a la libertad de expresión (artículo 59); derecho a ser consultados (artículo 60); libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 61); libertad de reunión (artículo 62); y, libre asociación (artículo 63).

La importancia de estos derechos es que garantizan la posibilidad de participación de la infancia y adolescencia en todos los ámbitos de su vida, inclusive a nivel social y público, al punto de que el artículo 49 de la Constitución le reconoce a los menores de edad el derecho a la "participación social".