

MODULO 3
CURSO DE CAPACITACION EN DERECHOS DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE¹

Las Defensorías Comunitarias de la Niñez y Adolescencia.....	3
Procedimientos para protección y garantía de derechos en el Código de la Niñez y Adolescencia.....	3
Procedimiento administrativo de protección de derechos	4
¿ Quién esta legitimado para presentar la acción administrativa de protección de derechos?.....	5
Procedimiento.....	6
Contenido y citación	6
Audiencia y conciliación.....	6
Audiencia de prueba.....	7
Resolución.....	8
Incumplimiento de la resolución	8
Recursos.....	8
Desestimiento.....	9
Acción judicial de protección.....	9
<u>Procedimiento</u>	<u>12</u>
<u>Formas de terminación de la acción</u>	<u>12</u>
Procedimiento contencioso general.....	13
Demanda y citación.....	13
Audiencia de conciliación y contestación.....	14
Resolución.....	15
Recursos.....	15
Trámite en segunda instancia	16
Casación	16
Duración del procedimiento.....	17
Mediación y Conciliación	17
Protección contra el maltrato, abuso, explotación sexual, tráfico y pérdida de niños, niñas y adolescentes.....	21
Consideraciones generales.-.....	21
Obligación de denunciar (artículo 72).....	22
Denuncia en los casos de acoso y abuso sexual (artículo 68 inciso segundo)	22
Deber de protección (artículo 73)	22
Políticas de prevención, investigación y sanción (artículo 74)	22
Exámenes médico legales (artículo 80).....	23
Maltrato	25
Elementos comunes a todas las clases de maltrato	26
Las dimensiones del maltrato.....	27
Maltrato físico	27
Conducta de acción u omisión que provoque o pueda provocar daño	27
El trato negligente o descuido grave o reiterado	29
Utilización en la mendicidad.....	31
Maltrato psicológico.....	31
Maltrato institucional.....	32
Las prácticas culturales y el maltrato (artículo 76).....	33
Abuso sexual (artículo 68)	33

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.

Delitos contra la integridad y libertad sexual de las personas menores de edad.....	34
Explotación sexual (artículo 69 CNA).....	36
Legislación internacional sobre el tema.....	40
Trata y tráfico de menores de edad (artículo 70 CNA).....	42
Delito de trata de personas	42
Legislación internacional sobre el tema.....	43
Otras formas de abuso (artículo 78 CNA).....	45
Pérdida de niños, niñas y adolescentes (artículo 71 CNA).....	45
Protección contra el traslado y retención ilícitos de niños, niñas y adolescentes (artículo 77 CNA).....	46
Medidas de protección comunes (artículo 79 CNA)	47
Sanciones	49

Las Defensorías Comunitarias de la Niñez y Adolescencia.

Las Defensorías Comunitarias de la Niñez y Adolescencia son parte del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, forman parte de los Organismos de Protección, Defensa y Exigibilidad de Derechos.

Las Defensorías Comunitarias son definidas en el CNA como “formas de organización de la comunidad, en las parroquias, barrios y sectores rurales, para la promoción, defensa y vigilancia de los derechos de la niñez y adolescencia”.

En resumen las Defensorías Comunitarias con cualquier forma organizativa con base territorial, que asumen tareas de promoción, defensa y vigilancia de los derechos, en realidad no son “organismos” en el sentido técnico, pero la legislación les ha reconocido su importancia, en realidad la importancia de la organización social en los derechos, reconociéndolas normativamente y otorgándoles la facultad de intervenir en casos de violación de derechos, facultando a dichas organizaciones a ejercer las acciones administrativas y judiciales que estén a su alcance (artículo 208 CNA).

El CNA plantea que sus acciones, en lo posible, deberían ser coordinadas con la Defensoría del Pueblo.

Si bien el CNA dice que el “reglamento contemplará las funciones específicas” me parece que el alcance de sus funciones ya se encuentra establecido legalmente: promover, vigilar, defender derechos e intervenir y accionar el sistema en caso de tener conocimiento de violaciones a los derechos.

En particular el CNA reconoce a las defensorías (obviamente se debe recordar que todos los ciudadanos y ciudadanas tenemos el deber de denunciar violaciones a los derechos e intervenir en estos casos, especialmente en los casos de maltrato) se reconoce legitimación activa (es decir pueden presentar casos) para proponer la acción administrativa de derechos, (artículo pero adicionalmente creo que están facultades para presentar la acción judicial de protección, ya que el literal c) del artículo 265 puede presentar esta acción “cualquier persona mayor de quince años que tenga interés en ello”, por tanto al tener la posibilidad de intervenir en casos de violación de derechos existe un interés, pero en este caso únicamente lo podrían hacer por medio de la Defensoría del Pueblo o con el patrocinio de un abogado.

Si las defensorías quisieran tomar las medidas de protección de artículo 79 de manera emergente deberían ser calificadas como “entidad de atención autorizada”.

Procedimientos para protección y garantía de derechos en el Código de la Niñez y Adolescencia

El CNA tiene tres procedimientos generales: el procedimiento administrativo de protección de derechos, la acción judicial de protección de derechos y el procedimiento contencioso general.

Además se puede encontrar en la ley 4 procedimientos especiales: procedimiento para la autorización de salida del país, normas especiales para la investigación de la policía y la oficina técnica, otorgamiento del consentimiento para la adopción, procedimiento en caso de

retención indebida del hijo o hija y, procedimiento para la aplicación de sanciones a entidades de atención por parte de los organismos que autorizan su funcionamiento. Los tres primeros de carácter judicial y el último de naturaleza administrativa

Procedimientos generales.

Procedimiento administrativo de protección de derechos

Pese a su nombre este procedimiento no es exclusivo de los organismos administrativos de protección de derechos (las juntas cantonales), como veremos más adelante, este es el procedimiento pertinente para que los jueces de la niñez y adolescencia² conozcan y resuelvan las medidas administrativas de protección, tanto las contenidas en el Libro Primero, como las del Libro Tercero.

¿ Qué asuntos se sustancian con el procedimiento administrativo de protección de derechos?

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 235 del Código 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

a) Aplicación de medidas de protección.

Este procedimiento se encuentra dirigido exclusivamente a la toma de medidas administrativas de protección contenidas en los artículos 79, 94 y 217 del Código, ya que las medidas judiciales de protección y todos los temas contenidos en el Libro Segundo de la Ley se tramitan con "procedimiento contencioso tipo" ante los jueces de la niñez y adolescencia de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 271³.

De igual forma el procedimiento adecuado para la protección de derechos colectivos o difusos es la "acción judicial de protección", esto por lo determinado en el artículo 264⁴.

b) El conocimiento y sanción de las infracciones sancionadas con amonestación

La única infracción sancionada con amonestación en la ley se encuentra contenida en el artículo 95 numeral 1⁵ para el caso de violación a las disposiciones sobre trabajo, ya que la otra sanción

² De acuerdo al "Instructivo para el Funcionamiento de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia" el Consejo Nacional de la Judicatura estableció que los jueces de niñez y adolescencia tienen jurisdicción cantonal, y en aplicación de la transitoria segunda del Código, estableció que en los cantones en los que no existan, son competentes los jueces de lo civil para tratar los asuntos de la competencia de los jueces de la niñez y adolescencia. Resolución s/n.Registro Oficial 153, 22-VIII-2003.

³ "Las normas de la presente sección se aplicarán para la sustanciación de todos los asuntos relacionados con las materias de que trata el Libro Segundo, las del Libro Tercero cuya resolución es de competencia privativa del Juez de la Niñez y Adolescencia y en las cuales una persona legitimada activamente plantee una pretensión jurídica".

⁴ "La acción judicial de protección tiene por objeto obtener un requerimiento judicial 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".

⁵ "Amonestación a los progenitores o a las personas encargadas del cuidado del niño, niña o adolescente; y a quienes los empleen o se beneficien directamente con su trabajo"

de amonestación es para las entidades de atención, sin embargo la competencia específica para sancionar a las entidades de atención corresponde a los organismos que aprobaron su funcionamiento

c) El conocimiento y sanción de las irregularidades cometidas por las entidades de atención

El artículo 213 contiene las sanciones aplicables a las entidades y a los programas de atención: amonestación escrita y plazo para superar la causa que motiva la sanción; multa de quinientos a cinco mil dólares, que se duplicará en caso de reincidencia; suspensión de funcionamiento, por un período de tres meses a dos años; cancelación de uno o más programas; y, cancelación de la autorización y registro.

Como veremos más adelante, la autoridad competente para tramitar las sanciones a las entidades es el organismo que aprobó su funcionamiento como lo determinan los artículos 212 y 235 del Código.

¿ Quiénes son competentes para conocer los procedimientos administrativos?

Las medidas de protección administrativas pueden ser dispuestas indistintamente, por los Jueces de la Niñez y Adolescencia y las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, según quien haya prevenido en el conocimiento de los hechos que originen las medidas (artículo 218); las infracciones sancionadas con amonestación son tramitadas ante las juntas de cantonales de protección de derechos (artículo 235); y, como se señaló anteriormente las sanciones a las entidades de atención son tramitadas por los órganos que registraron y autorizaron a la entidad infractora (artículo 235).

¿ Quién esta legitimado para presentar la acción administrativa de protección de derechos?

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 236 se encuentran legitimados para proponer la acción administrativa de protección: el niño, niña o adolescente afectado. Debemos recordar que de acuerdo a lo dispuesto en la ley los niños y niñas pueden pedir directamente auxilio para la protección de sus derechos cuando deban dirigir la acción contra su representante legal (artículo 65); cualquier miembro de su familia, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; la Defensoría del Pueblo y las defensorías comunitarias, quienes son reconocidas como parte del sistema nacional de protección integral a la infancia (artículo 208); y, cualquier otra persona o entidad que tenga interés en ello.

Los jueces de la niñez y adolescencia y las juntas cantonales pueden iniciar la acción de protección de oficio.

El artículo 17 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que toda persona tiene el deber de denunciar ante la autoridad competente, en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas, las violaciones a los derechos de los niños, niñas y adolescentes que hayan tenido conocimiento, por tanto tienen la posibilidad de promover la acción administrativa de protección.

De acuerdo al artículo 243 el procedimiento sustanciado ante el organismo administrativo no podrá durar más de treinta días hábiles.

Se debe recordar que de acuerdo al artículo 244 cuando el organismo administrativo competente se niegue indebidamente a dar trámite a una denuncia presentada de conformidad con las reglas del Código, los miembros que concurrieron con su voto a la denegación de justicia pueden recibir multas de 50 a 100 dólares, así mismo quien se exceda los plazos máximos contemplados para la duración del procedimiento es sancionado con la pena de multa prevista en el artículo 249 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Procedimiento

Contenido y citación

El procedimiento administrativo se puede iniciar de oficio o por denuncia. La denuncia puede ser verbal o escrita, y la misma debe contener: el organismo ante el cual se comparece; los nombres, apellidos, edad y domicilio del denunciante y la calidad en la que comparece; la identificación más detallada posible del niño, niña o adolescente afectado; la identificación más detallada posible de la persona o entidad denunciada; y, las circunstancias del hecho denunciado, con indicación del derecho afectado o de la irregularidad imputada (artículo 237)

La obligación del organismo sustanciador (hay un error en el texto porque aparece únicamente el órgano administrativo) es, dentro de las cuarenta y ocho horas de conocido el hecho o recibida la denuncia, avocar conocimiento y señalar día y hora para la audiencia de contestación. La forma de la citación es personalmente o mediante una boleta dejada en el domicilio del citado en día y hora hábiles. Al no contener norma expresa sobre el aplazamiento de la audiencia se entiende que esta se debe realizar a pesar de la no comparecencia de la persona a la que se dirige la queja (artículo 237).

Audiencia y conciliación

La audiencia se inicia con los alegatos verbales de las partes⁶, comenzando por el denunciante. Una vez concluyan los alegatos se debe oír reservadamente, en todos los casos al adolescente; en el caso de los niños y niñas se les debe oír cuando estén en condiciones de expresar su opinión (artículo 238).

Las razones por las cuales no se oyó la opinión del niño o la niña deberían hacerse constar expresamente en la resolución final. Esto, el no escuchar la opinión del niño o niña, debería considerarse solamente en casos extremos, en los cuales por su edad (muy pequeños), su condición personal (retrasos graves, problemas muy graves de lenguaje, etc.), o por considerar que podría causarles un grave daño psicológico, justifiquen el que no se encuentran en "condiciones".

También debe considerarse que los niños, niñas y adolescentes no puede ser obligados o presionados para que emitan su opinión (art. 60). En caso de negativa debería hacerse constar expresamente el particular.

⁶ Esto en cumplimiento de las normas constitucionales sobre la oralidad contenidas en el artículo 194 "La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e intermediación".

Luego de oídas a las partes, el “organismo sustanciador”⁷, debe procurar, si la naturaleza del asunto lo permite, la conciliación entre las partes, así mismo puede remitir el caso a un centro especializado de mediación.

De existir conciliación se determinará la medida correspondiente por parte del órgano de sustanciación, esta medida debe favorecer las relaciones entre los afectados y se determinarán los mecanismos de evaluación y seguimiento de la medida.

Nos parece que cuando el caso se remite a un Centro de Mediación el acuerdo, si se logra, debería ser remitido al órgano sustanciador para que se lo registre únicamente, como la ley no establece nada sobre esto y considerando que la Ley de Arbitraje y Mediación establece que los acuerdos de mediación ponen fin a los casos, este envío solamente tendría por finalidad poner en conocimiento el fin de asunto.

Si no se concilia (sea ante el órgano sustanciador o ante un centro de mediación), y si existen hechos que deban ser probados se debe convocar una nueva audiencia para la rendición de pruebas, la que deberá celebrarse a más tardar dentro de los siguientes cinco días hábiles a la primera audiencia o cuando se verifique que no existe acuerdo cuando el caso se haya remitido al Centro de Mediación.

Es evidente que en esta audiencia las partes tienen que anunciar los medios de prueba en los que se sustentan sus alegaciones y que es el órgano sustanciador quien deberá despachar los pedidos de prueba en ese momento, citando a testigos o solicitando documentos que las partes no puedan obtener, para contar con las pruebas en la audiencia de prueba. El órgano sustanciador tiene la facultad de disponer de oficio las pruebas e investigaciones que considere necesarias para aclarar plenamente el asunto puesto en su conocimiento.

Audiencia de prueba

En esta audiencia se debe practicar todas las pruebas pedidas por las partes, y solicitadas por el órgano sustanciador, en primer lugar las presenta el denunciante, cuando este existe, seguido por el denunciado.

Pese a que el Código no establece de manera directa la posibilidad de interrogar a los testigos de la parte contraria, esto es factible en función de los principios de igualdad de las partes y de defensa, así mismo tienen derecho a acceder a las pruebas solicitadas por el órgano sustanciador, esto por lo establecido en el artículo 24 numeral 15 de la Constitución “... las partes tendrán derecho de acceso a los documentos relacionados con tal procedimiento”

Una vez se finalice la presentación de pruebas las partes pueden presentar sus alegatos finales, en el mismo orden de la presentación de la prueba. Es posible establecer recesos de hasta tres días hábiles, cuando la extensión (no la falta) de prueba así lo exija (artículo 239)

Al no existir normas expresas sobre el manejo de audiencias, se podría utilizar de manera supletoria las disposiciones que a este respecto constan en el procedimiento contencioso general, sin embargo el órgano sustanciador debería poder tomar las determinaciones necesarias para

⁷ El uso de la ley del término “órgano sustanciador” nos reafirma en nuestra opinión que este es el procedimiento con el que se tramitan las medidas de protección tanto ante las juntas cantonales y a los jueces de los niños, niñas y adolescentes

que la audiencia se desenvuelva de la mejor manera, siempre que esto no signifique una vulneración a las garantías del debido proceso.

Resolución

Una vez concluida la prueba, en los casos en que esta se requiera, el organismo sustanciador debe pronunciar su resolución definitiva en la misma audiencia o máximo en los dos días hábiles siguientes de terminada la misma (artículo 240).

Se debe recordar que la decisión debe ser motivada, por tanto para efectos de los recursos que haya lugar los plazos deberían contarse desde la entrega de la resolución escrita con la motivación respectiva, sin embargo al pronunciar oralmente la resolución se entiende que las partes presentes están notificadas para todos los fines, excepto los recursos.

Respecto de la motivación debemos recordar lo dispuesto en la parte pertinente del artículo 24 numeral 13 de la Constitución "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".

Los requerimientos que contenga la resolución cuando son urgentes deben cumplirse de inmediato, en caso contrario dentro del plazo de cinco días contados desde la notificación de la resolución correspondiente, la misma que podrá hacerse en la misma audiencia, como vimos más arriba.

Incumplimiento de la resolución

Si la resolución emitida por la Junta Cantonal de Protección no se cumple, la propia Junta o el denunciante puede recurrir al Juez de la Niñez y Adolescencia para asegurar la aplicación de las sanciones por violación a los derechos, esto debido a que el incumplimiento de la resolución administrativa, una vez conocida y ratificada por el juez, podría generar las sanciones establecidas en la ley⁸.

El trámite para asegurar el cumplimiento de la resolución es el de la acción de amparo constitucional (artículo 240)

Recursos

De acuerdo al artículo 241 del Código de la Niñez y Adolescencia, es posible presentar los siguientes recursos contra la resolución pronunciada: de reposición y de apelación.

El recurso de reposición, que se debe proponer en el término de tres días desde que se recibe la notificación con la resolución, se tramita ante el mismo organismo que la pronunció, quien tiene un término de cuarenta y ocho horas para resolver.

El recurso se resuelve en una sola audiencia en la que las partes presentarán únicamente sus alegatos verbales.

⁸ Por ejemplo el artículo 207 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

El recurso de apelación debe ser presentado en el término de tres días contados desde que se dictó la resolución impugnada o se denegó la reconsideración, el organismo ante el que se apela es Juez de la Niñez y Adolescencia de la jurisdicción correspondiente al órgano que pronunció el fallo o denegó a trámite la petición.

De la redacción de la ley se puede concluir que se podría plantear la reconsideración a la resolución que no acepta a trámite la petición.

El expediente que contenga el recurso de apelación se remitirá en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas al Juez de la Niñez y Adolescencia, el cual avocará conocimiento del proceso administrativo y convocará a una audiencia para resolver el recurso que deberá llevarse a cabo en el término máximo de setenta y dos horas desde que se recibe el expediente. En la audiencia de resolución las partes podrán presentar sus alegatos verbales y única y exclusivamente aquellas pruebas que se demuestren que por su naturaleza no se hubieren conocido en el proceso administrativo.

El Juez de la Niñez y Adolescencia, dentro del plazo de cinco días de realizada la audiencia, deberá dictar sentencia, la cual no podrá ser objeto de recurso alguno posterior y deberá ejecutarse inmediatamente.

Los recursos de reposición y apelación son exclusivamente en efecto devolutivo, por tanto no suspenden la ejecución de las medidas de protección adoptadas.

Lamentablemente el Código no contiene ninguna norma respecto a la forma en que se tramitaría la apelación de las decisiones tomadas por los jueces de la niñez y adolescencia cuando estos han actuado como sustanciadores del procedimiento administrativo, por tanto se podría considerar que en este caso es un trámite de instancia única y únicamente cabría solicitar ampliación y aclaración de acuerdo a las normas supletorias del Código de Procedimiento Civil.

Desestimiento

El desestimiento de la acción administrativa por parte del denunciante no necesariamente extingue la acción, debido a que el artículo 242 le faculta al sustanciador a continuar con el procedimiento si considera que es necesario para la adecuada protección de los derechos del niño, niña o adolescente afectado.

Acción judicial de protección

¿ Para qué sirve la acción judicial de protección?

Es una acción 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 (artículo 264).

¿ Cuáles son los derechos colectivos y difusos?

Los derechos colectivos pueden ser entendidos "... en sentido objetivo como el conjunto de las normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales. En tanto que, en sentido subjetivo, podrían entenderse como facultades

de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos⁹, en palabras del mismo autor "La aparición de los derechos sociales ha supuesto una notable variante en el contenido de los derechos fundamentales. Principios, originariamente dirigidos a poner límite a la actuación del Estado se han convertido en normas que exigen su gestión en el orden económico y social; garantías pensadas para la defensa de la individualidad son ahora reglas en las que el interés colectivo ocupa el primer lugar, enunciados muy precisos sobre facultades que se consideran esenciales y perennes han dejado paso a normas que defienden bienes múltiples y circunstanciales... Existe, pues, una evidente diferencia entre la categoría de derechos tradicionales que especifican el principio de libertad, y estos nuevos derechos de signo económico, social y cultural que desarrollan las exigencias de la igualdad"¹⁰

Los derechos colectivos pueden ser entendidos en dos sentidos: aquellos que únicamente pueden ser gozados en "conjunto" con otras personas o por colectividades, o aquellos que requieren acciones del Estado para satisfacer derechos y prestaciones, entonces por un lado tenemos los "Derechos Colectivos" contenidos en la Constitución, es decir, derechos de los pueblos indígenas y de los afroecuatorianos, del medio ambiente y de los consumidores; y, los derechos económicos, sociales y culturales, ya que requieren de medidas que si bien benefician a personas en particular requiere del Estado de acciones dirigidas a grupos de la población.

En cuanto a los derechos "difusos" la titularidad de los mismos no puede ser claramente identificada, ya que a diferencia de los colectivos, en estos los titulares no forman parte de una colectividad identificable, se considera que se esta en "...presencia de un interés difuso cuando éste le pertenece a una serie indeterminada e indeterminable de personas ligadas por circunstancias de hecho. Se caracterizan, en cuanto a su titularidad, por ser situaciones transindividuales, al salir de la esfera individual de los sujetos afectados y suelen proyectarse a la colectividad"¹¹.

Con un ejemplo se pueden aclarar mejor las diferencias entre derechos colectivos y los difusos. Mientras que la falta de una partida presupuestaria para un maestro en una comunidad viola los derechos de todos los niños y niñas de esa comunidad a la educación (este es uno de los sentidos de los derechos colectivos, pero no podemos olvidar que al mismo tiempo se viola el derecho de personas que pueden ser individualizadas), la reducción sensible del presupuesto para la educación del país, sin justificación y sin aplicar el principio de prioridad en la asignación de recursos, deriva en una amenaza de violación a los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes en edad escolar.

¿ A qué va dirigida la acción judicial de protección? (legitimación pasiva)

Lo que se busca con esta acción es la protección de derechos colectivos y difusos, mediante una orden judicial destinada a personas o entidades, orden en la que se establece una obligación de hacer o no hacer, de posible cumplimiento.

Debemos recordar que el Código de la Niñez establece que es obligación del Estado, la sociedad y la familia dar "efectividad" a los derechos declarados, y que estos pueden ser violados por

⁹ Antonio Enrique Pérez Luño. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Editorial Tecnos. Madrid. 6ta. Edición. 1999.

¹⁰ *Ibid.* Pág. 83

¹¹ Gilbert Armijo. La tutela jurisdiccional del Interés Difuso. UNICEF-Costa Rica. 1998

acción o por omisión, por tanto lo que busca la acción es asegurar la exigibilidad de estos derechos y por tanto que exista un mecanismo para que quien viola o amenaza los derechos colectivos y difusos sea compelido a dar efectividad a los mismos.

La ley al establecer que la conducta debe ser de "posible cumplimiento", nos parece, se refiere a dos aspectos, por un lado a quien va dirigida la acción, y por otro, si la institución o persona a la que va dirigida la acción puede cumplir con lo establecido por el juez.

El primer ámbito ¿ a quién se dirige la acción ? se conoce como "legitimación pasiva".

En principio nos parece que fundamentalmente se encuentra dirigida al Estado y a la sociedad ya que estos son los responsables de acuerdo a la Ley de formular y aplicar políticas públicas sociales y económicas y de destinar recursos económicos "suficientes, en forma estable, permanente y oportuna" para garantizar la efectividad de todos los derechos, siendo este el medio adecuado para la protección de derechos colectivos.

Cuando hablamos del Estado incluimos a los gobiernos locales y a los organismos estatales de definición de políticas públicas, como el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y los Consejos cantonales, y a los particulares, que actúan por concesión o delegación del Estado. Nuestra opinión es que no incluye a los órganos de la administración de justicia, y al Tribunal Constitucional, en cuanto a su facultad de resolver asuntos concretos (es decir a su capacidad de administrar justicia) , pero si en el caso de las decisiones de carácter administrativo que estos toman, como por ejemplo la creación, o no, de judicaturas especializadas, el nombramiento, o no, de procuradores de adolescentes por parte del Ministerio Público, etc.

Los particulares además son sujetos pasivos de la acción judicial de protección cuando con sus acciones afectan derechos colectivos, por ejemplo en el caso de contaminación, daños ambientales o en la violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como consumidores, o cuando se violan derechos de los pueblos indígenas.

En el segundo ámbito, si la institución o persona a la que va dirigida la acción puede cumplir con lo establecido por el juez, se refiere a que entre en el ámbito de su competencia o responsabilidades y que tenga los medios para efectivizar la decisión del juez. En este ámbito debería considerarse el principio de prioridad absoluta contenido en el artículo 12 de la siguiente manera "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". Este principio implica que es responsabilidad del demandado demostrar que pese a sus esfuerzos de asignar de manera prioritaria los recursos no cuenta con los medios para hacerlo.

¿ Quién puede iniciar la acción? (legitimación activa)

De acuerdo al artículo 265 quienes pueden proponer la acción son:

- a) Las Juntas de Protección de Derechos, en casos de amenazas o violaciones de derechos producidos en su respectiva jurisdicción;
- b) La Defensoría del Pueblo; y,
- c) Cualquier persona mayor de quince años que tenga interés en ello, contando con el patrocinio de un abogado.

Debería decirse que la posibilidad de que la acción puede ser presentada por "cualquier persona que tenga interés de ello" es el reconocimiento de la naturaleza de los derechos colectivos y difusos, ya que no existe una sola persona o personas afectadas con la acción u omisión que amenaza o viola sus derechos. En la forma en que está redactado el artículo no se debe considerar que exclusivamente la "víctima" se encuentra legitimada, ya que el que tenga "interés en ello" podría referirse a organizaciones de protección de los derechos de la infancia y adolescencia.

Obviamente si la persona que comparece no actúa por sus propios derechos, sino en representación o a nombre de un colectivo o de una organización, su calidad debe ser demostrada.

Órgano competente para conocer la acción

De acuerdo al artículo 266 el conocimiento y resolución de la acción judicial de protección corresponde al Juez de la Niñez y Adolescencia, esta puede ser presentada de manera indistinta en el lugar de la violación del derecho, en el del demandado o del accionante, a elección de este último.

Procedimiento

La regla del Código es que el procedimiento debe ser sumarísimo, garantizando la contradicción procesal, las garantías del debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Si aplicamos las normas constitucionales referidas a los procedimientos deberíamos colegir que este proceso debe iniciarse con una petición de la acción por parte del accionante, en la que se debe señalar con claridad a quien se demanda, los antecedentes de hecho y de derecho que fundamentan la acción.

El procedimiento debe ser oral, por eso creemos que recibida la demanda, el juez debería convocar con la demanda a una audiencia de conocimiento, en el que las partes exponen sus argumentos y las pruebas en las que se fundamenta la petición y la defensa, en caso de existir hechos que probar se debería fijar una audiencia de prueba de manera inmediata, luego de la audiencia de prueba el juez debería resolver la causa a la brevedad posible.

Los jueces no pueden negar la acción por una supuesta falta de procedimiento porque las normas de la Constitución y del Código claramente establecen que no se puede negar la protección de los derechos por falta de norma o de procedimiento expreso.

Formas de terminación de la acción

La acción podría terminar por:

- a) Declaración de inadmisibilidad del caso, sea por incompetencia del juez, ilegitimidad de personería, o que la acción no sea la vía adecuada sea porque el derecho que se busca proteger es individual (por ejemplo una privación arbitraria de la libertad¹²), y que no sea un derecho el invocado.

¹² En este caso la garantía aplicable es la del *Habeas Corpus*.

- b) Por la resolución que establece el requerimiento judicial para la protección de derechos.

Debemos recordar que la resolución, sea declarando inadmisibile el caso o conteniendo un requerimiento judicial, debe ser motivada en los términos en que revisamos el procedimiento administrativo de protección de derechos.

En cuanto a los recursos al no establecer nada expresamente el Código nos parece que debemos acudir al principio de "supletoriedad" general, y por tanto los recursos serían los del Código de Procedimiento Civil en el efecto devolutivo.

Procedimiento contencioso general

Este procedimiento 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:

- a) Abandono del hogar;
- b) Patria potestad y los temas relacionados: asignación, suspensión, limitación, privación, perdida restitución; tenencia, tutela y régimen de visitas;
- c) Alimentos (y la posible declaración de paternidad derivado de la reclamación de alimentos sin prueba del estado civil); alimentos a la mujer embarazada;y,
- d) Adopción (qué es una medida judicial de protección pero contenida en este libro).

Los asuntos contenidos en el Libro Tercero son:

- a) Medidas judiciales de protección(acogimiento familiar y acogimiento institucional)¹³; y,
- b) 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.

Demanda y citación

La demanda se debe presentar cumpliendo los requisitos del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, el Juez debe calificarla dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de esta. En la primera providencia la califica, aceptándola a trámite u ordenando que se la complete.

En el caso de aceptarla a trámite el juez debe citar a las partes a la audiencia de conciliación establecida en el artículo 273. Las formas de citación son las establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

En nuestra opinión una interpretación de los principios del Código de la Niñez y Adolescencia respecto a la administración de justicia impone la obligación del juez de evitar prácticas dilatorias contrarias al interés de los niños, niñas y adolescentes involucrados en los procesos, y específicamente a los principios de humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, celeridad y eficiencia, es por esto que nos

¹³ 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 (art. 79).

parece que el señalamiento de la audiencia no admite diferimiento a menos de que exista una clara justificación para esto, y que en caso de ausencia injustificada del demandado la audiencia debe realizarse en rebeldía, particular que debería advertirse en la citación con la demanda al demandado.

El juez competente para conocer todas las causas que se tramitan bajo el procedimiento contencioso general es el del domicilio del demandado, esto por aplicación de las reglas sobre competencia del Código de Procedimiento Civil. Existe una excepción a esta regla para el caso de la adopción, ya que el juez competente es el del domicilio del niño, niña o adolescente a quien se pretende adoptar.

Audiencia de conciliación y contestación

El juez tiene la obligación de promover, al inicio de la audiencia, un arreglo conciliatorio¹⁴ entre las partes, si se produce debe ser aprobado en la misma audiencia y termina el proceso, si no existe el arreglo, o el juez no aprueba el acuerdo, se inicia la presentación de la réplicas de las dos partes(art. 273).

Se inicia con la contestación a la demanda, posteriormente al actor puede realizar un alegato, y se finaliza con una breve replica de parte de demandado.

Concluidos los alegatos, el juez debe oír de manera reservada al adolescente, y a los niños y niñas que estén en condiciones de hacerlo¹⁵. Antes de cerrar la audiencia, el Juez de insistir en buscar un acuerdo entre las partes, de no existir este, y si existen hechos que deban probarse, el juez debe convocar a la audiencia de prueba que debe realizarse no antes de quince ni después de veinte días contados desde la fecha del señalamiento de la misma¹⁶. A petición de cualquiera de las partes, la audiencia de prueba podrá diferirse por una sola vez y hasta por cinco días hábiles (art. 276).

En los juicios sobre patria potestad, prestación de alimentos y régimen de visitas, el Juez se encuentra en la obligación de establecer de manera provisional la pretensión del accionante en la audiencia de contestación. En estos casos el Código establece una nueva posibilidad para concluir el proceso en esta fase, en caso de existir acuerdo de las partes con la resolución del juez¹⁷ (art. 274).

Audiencia de prueba

La audiencia de prueba tiene por objetivo que las partes presenten al juez los medios probatorios con los que sustentan sus pretensiones. La ley establece que las pruebas que se presenten deben haber "sido oportunamente anunciadas". En nuestra opinión las pruebas deben ser enumeradas en la demanda y en la audiencia de conciliación, y en caso de no existir acuerdo el juez debe despachar los pedidos correspondientes, a las pruebas solicitadas por el actor y demandado se deben incluir la presentación de los informes solicitados por el juez, ya que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 260 del Código los informes emitidos por la Oficina Técnica

¹⁴ Más adelante revisaremos las reglas sobre mediación que el Código contiene.

¹⁵ Debemos recordar lo dicho respecto a la opinión de los niños, niñas y adolescentes a propósito del procedimiento administrativo de protección de derechos.

¹⁶ De acuerdo a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

¹⁷ Posteriormente la fijación provisional puede modificada aplicando la regla del artículo 278.

tienen valor de informe pericial y por tanto pueden ser controvertidos, adicionalmente la ley no prevé expresamente que estos sean reservados (artículo 275).

La presentación de pruebas la inicia el actor seguido por el demandado, en primer lugar el examen de testigos, seguido del examen de los informes, en realidad debería decir de la comparecencia de los técnicos que los elaboraron, ya que la ley establece que en la misma se debe responder a las solicitudes de aclaración o ampliación que las partes. Los testigos y técnicos deben ser examinados directamente por las partes, este examen directo incluye a la contraparte. El juez únicamente puede objetar, de oficio o a petición de parte, aquellas preguntas que considere "inconstitucionales, ilegales, irrespetuosas o impertinentes respecto del enjuiciamiento", por tanto no puede desarrollar interrogatorios directos.

Los documentos que agreguen las partes y los oficios e informes que se hayan recibido, en este último caso si por su naturaleza no pueden ser presentados directamente por quienes los elaboraron, un extracto de estos deben ser leídos por secretaría.

El juez puede disponer un receso de la audiencia de prueba por un término de cinco días, si la extensión de la prueba así lo justifica.

Nos parece que el juez puede tomar todas las determinaciones necesarias para que la audiencia se desarrolle de manera normal y rápida, entre estas medidas puede estar el señalamiento de tiempo para los alegatos de las partes, siempre que esto no signifique una vulneración al principio de igualdad de las partes, el no aceptar prueba repetitiva que no aporte nuevos hechos a los ya presentados o prueba inútil, entre otras facultades que asegure la agilidad en el procedimiento.

Un asunto esencial es que el juez debe asegurar que el proceso sea compatible con el interés superior de niños, niñas y adolescentes y esto implica, como lo establece el Código, respetuoso y garantizador de los derechos.

Resolución

El juez debe pronunciar su resolución dentro de los cinco días siguientes a la audiencia¹⁸, al igual que en los otros casos debe estar motivada. Por la naturaleza de la mayor parte de casos¹⁹ que se conocen por parte de los jueces de la niñez y adolescencia estos no causan ejecutoria sustancial, por tanto pueden ser revisadas cuando las circunstancias que llevaron a tomar una resolución en particular se han modificado, como lo establece claramente el artículo 278²⁰.

Recursos

¹⁸ Nos parece que esto es un error del Código, la resolución debería ser pronunciada oralmente en la audiencia y la fundamentación preparada después y notificada. Esto para asegurar que el juez falle sobre las pruebas presentadas y debatidas en la audiencia y no como se ha demostrado en otras experiencias similares, por ejemplo el Código de Procedimiento Penal, en la revisión de documentos lo que altera el sentido de la oralidad.

¹⁹ Esto no se aplica a la sentencia de adopción, a la declaración de adoptabilidad y a la determinación de paternidad derivada del juicio de alimentos ya que en estos casos, una vez la sentencia esté en firme, no puede ser revisada por el juez. En el caso de la declaratoria de adoptabilidad la sentencia se encuentra firme cuando han cumplido los plazos y requisitos del artículo 270.

²⁰ A petición de parte interesada y escuchada la parte contraria, el Juez podrá modificar en cualquier tiempo lo resuelto, de conformidad con el artículo anterior, si se prueba que han variado las circunstancias que tuvo presente para emitirla.

Es obvio que sobre la resolución cabe solicitar aclaración y ampliación, aplicando la regla de supletoriedad del Código de Procedimiento Civil.

De igual forma es factible el recurso de hecho de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil.

El recurso de apelación puede ser interpuesto, dentro del término de tres días de notificado, por cualquiera de las partes que no se encuentre conforme con el auto resolutorio. Es un requisito, para que el recurso sea tramitado, que este contenga de manera precisa los puntos por los que se solicita. El recurso únicamente es en efecto devolutivo.

Trámite en segunda instancia

La apelación se tramita en segunda instancia en las salas especializadas de las cortes superiores, de acuerdo a la Resolución del Consejo Nacional de la Judicatura publicado en el R.O. 188 de 13 de octubre del 2003.

El Código de la Niñez y Adolescencia es muy preciso al establecer el trámite que se deben dar a las causas en segunda instancia, buscando mantener el procedimiento oral, esto es una vez recibido el proceso por la Sala de la Corte Superior, ésta debe convocar a una audiencia en la que los defensores de las partes presentarán sus alegatos verbales, comenzando por el recurrente. Concluida la audiencia, pronunciará su resolución de la misma forma que en primera instancia, es decir en los cinco días siguientes a la audiencia.

Casación

El Código de la Niñez y Adolescencia (artículo 281) admite la casación contra el auto resolutorio de segunda instancia, pero esta debe ser hecha por las causales, con las formalidades y el trámite contemplados en la Ley de Casación²¹, por tanto este recurso únicamente procede, de acuerdo al artículo 2 de la Ley de Casación, "...contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo" (el subrayado es nuestro).

En nuestra opinión, con estos requisitos, cuatro son los temas susceptibles de casación: la declaratoria de adoptabilidad, declaración judicial de paternidad derivada del juicio de alimentos, la sentencia de adopción y la declaración de responsabilidad penal derivada del juzgamiento de responsabilidad penal de acuerdo al Libro IV (obviamente esto es de competencia de las salas de lo penal de la Corte Suprema).

La sustanciación de este recurso se debe realizar en la Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto la Resolución 284-03 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia luego de realizar varias consideraciones sobre la naturaleza social de los asuntos que involucran a los niños, niñas y adolescentes y citando el artículo 7 del Código Civil y doctrina nacional y extranjera concluye, en un caso de rebaja de la pensión alimenticia, que "... al haber perdido competencia para conocer los asuntos puntualizados en el artículo 271 del Código de la Niñez y Adolescencia **SE INHIBE DE CONOCER LA PRESENTE CAUSA** disponiéndose

²¹ A excepción del término para que el recurso de casación sea resuelto que se encuentra expresamente establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia.

se remita el proceso a la Oficialía Mayor para que sea sorteada entre las Salas especializadas de lo Laboral y Social de esta Corte Suprema” (resaltado en el original).

El fallo tiene consideraciones muy importantes que ameritan un análisis más profundo, pero respecto a las de lo Civil tiene algunas implicaciones no contempladas. Una de ellas es la posible pérdida de competencia de estas salas para tratar los temas derivados de las acciones del estado civil en los que estén involucrados a niños, niñas y adolescentes, por ejemplo en los casos de declaración judicial de paternidad o de impugnación de paternidad (en las que la Primera Sala de lo Civil ha hecho importantes contribuciones. Otro elemento que llama la atención de la resolución es la falta de consideración en la resolución de la inaplicabilidad de la Casación a un incidente de aumento de la pensión de alimentos que no cumple con los requisitos de la Ley de Casación (el monto de la pensión puede ser revisado en cualquier momento si las circunstancias que llevaron a la determinación del monto cambian).

Duración del procedimiento

El Código en el artículo 282 señala los tiempos máximos en los que se pueden tramitar las causas en las tres instancias: no más de cincuenta días de término contados desde la citación con la demanda en primera instancia; no más de veinticinco días desde la recepción del proceso, tanto en segunda instancia como en el caso de casación.

Para garantizar el cumplimiento de estos términos el mismo artículo establece las sanciones a aplicarse: el Consejo Nacional de la Judicatura sancionará al Juez y a cada uno de los Ministros Jueces de la Sala correspondiente, con multa de veinte dólares por cada día hábil o fracción de día de retraso, en caso de reincidencia el Consejo Nacional de la Judicatura aplicará las sanciones que correspondan.

Este artículo se complementa con el artículo 254, que incluye a los magistrados de la Corte Suprema en la sanción “Sin perjuicio de las responsabilidades civiles, administrativas o penales que correspondan, serán sancionados con multa equivalente a tres dólares por cada día hábil o fracción de día que excedan del tiempo máximo de sustanciación de los juicios y procedimientos administrativos que conozcan, de conformidad con las disposiciones del presente Código, los ministros jueces de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores, los Jueces de la Niñez y Adolescencia y los miembros de las Juntas de Protección de Derechos. Tratándose de ministros jueces, jueces, funcionarios y servidores judiciales, la infracción será conocida y sancionada por el Consejo Nacional de la Judicatura. Los miembros de los Consejos de la Niñez y Adolescencia y de las Juntas de Protección de Derechos serán juzgados y sancionados por el Juez de la Niñez y Adolescencia de la respectiva jurisdicción”.

Mediación y Conciliación

El Código de la Niñez y Adolescencia²² reconoce ampliamente la posibilidad de utilizar la mediación o la conciliación en los casos en que proceda, por ser los temas transigibles, siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y adolescencia (Art. 294).

²² En el caso de las juntas cantonales expresamente se establece (Art. 206) que estas “Procurarán, con el apoyo de las entidades autorizadas, la mediación y la conciliación de las partes involucradas en los asuntos que conozcan, de conformidad con la ley”.

En el procedimiento administrativo de protección de derechos (Art. 238) de igual forma se determina que “el organismo sustanciador procurará la conciliación de las partes, si la naturaleza del asunto lo permite, de conformidad con la ley. Así mismo, puede remitir el caso a un centro especializado de mediación”.

La diferencia de la mediación y la conciliación en el Código es que la primera se realiza en centros de mediación y la segunda (la conciliación) se procura directamente por el órgano sustanciador como se puede verificar en los artículos 238 (procedimiento administrativo de protección de derechos) y 273 (procedimiento contencioso general).

La mediación, por disposición expresa, tiene que realizarse en un Centro de Mediación que debe ser autorizado²³ legalmente para poder intervenir en las materias que trata el Código (artículos 295 y 296).

En la mediación los interesados pueden intervenir personalmente o por medio de apoderados y siempre se debe oír la opinión del niño, niña o adolescente que esté en condiciones de expresarla.

En el caso de la mediación se aplica de manera supletoria la Ley de Arbitraje y Mediación.

Procedimientos especiales

Autorización de salida del país

Si bien la autorización de salida del país se puede otorgar mediante un rápido trámite de jurisdicción voluntaria cuando no existe oposición, que inclusive puede ser otorgado ante cualquier Notario Público (artículos 109 y 110 CNA).

Sin embargo, cuando existe negativa, ausencia o incapacidad del padre o la madre, es el juez el que puede otorgar o denegar la autorización correspondiente. Si bien el CNA no establece el procedimiento estipula que debe conceder, o no, la autorización, con conocimiento de causa, en un plazo no mayor de quince días (artículo 110 CNA).

En aplicación al artículo 194²⁴ de la Constitución este trámite debe hacerse en audiencia, en la que el juez debe escuchar a las partes, antes de resolver la solicitud de autorización.

Un tema de preocupación respecto al plazo de quince días que tiene el juez para resolver sobre la autorización, se presenta en los casos en que el trámite se realiza por ausencia de uno de los progenitores, ya que la citación debe hacerse por la prensa. Parece que la solución que han dado a este problema los jueces es que el plazo se cuenta a partir de que se realice la última, de las tres, publicaciones.

Normas especiales para la investigación de la policía y de la oficina técnica.

En el procedimiento contencioso tipo (Art. 273) se establece que "La audiencia de conciliación será conducida personalmente por el Juez, quien la iniciará promoviendo en las partes un arreglo conciliatorio que, de haberlo, será aprobado en la misma audiencia y pondrá término al juzgamiento (...) Antes de cerrar la audiencia, el Juez insistirá en una conciliación de las partes; si no la hay y existen hechos que deban probarse, convocará a la audiencia de prueba que deberá realizarse no antes de quince ni después de veinte días contados desde la fecha del señalamiento".

²³ La calificación de los Centros de Mediación se encuentra a cargo del Consejo Nacional de la Judicatura.

²⁴ "La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediatez."

A partir del artículo 268 se regula el procedimiento destinado a la "sustanciación" de investigaciones orientadas a : ubicar a los niños niñas adolescentes privados de su medio familiar, presuntamente perdidos, desaparecidos y plagiados; e, identificar y ubicar los lugares de residencia del padre, la madre o parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, ausentes o desaparecidos del niño, niña o adolescente (artículo 268 CNA) .

Este trámite puede iniciarse de oficio por parte del juez, o a petición de cualquier entidad de atención, la madre, el padre o los parientes del niño, niña o adolescente. Extraña que la norma no considere la posibilidad de que el propio niño o niña, representado, o los adolescentes directamente, puedan solicitar el inicio de las investigaciones (artículo 269 CNA).

Una vez recibida la solicitud el juez de dictar un auto en que dispone la investigación, que según el caso, pueden intervenir el Ministerio Público, la DINAPEN (o cualquier otra unidad de la Policía Nacional), la Oficina Técnica. Estas entidades tienen la obligación de presentar al juez informes mensuales de las actividades realizadas y sus resultados. Los jueces pueden solicitar ampliación, aclaración o reforma de los mismos (artículo 269 CNA).

Efectos de la investigación

Si como resultado de la investigación se ubica o identifica al niño, niña o adolescente o se identifica al padre, la madre u otros parientes o personas encargadas del cuidado de las personas menores de edad

Efectos del procedimiento de investigación:

Art. 270.- Reinserción del niño, niña o adolescente en su familia biológica.- Si la investigación permitiera ubicar al niño, niña o adolescente o identificar al niño, niña o adolescente o identificar al padre, la madre u otros parientes o personas encargadas del cuidado del niño, niña o adolescente, según el caso, el Juez dispondrá la reinserción a su familia, sin perjuicio de otras medidas de protección que fueren necesarias.

Si la investigación permitiera identificar y ubicar a los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad del niño, niña o adolescente, el Juez convocará a audiencia y designará tutor que asuma su cuidado y protección.

Si desde el auto de calificación, hubieren transcurrido los plazos estipulados en este Código para la privación de la patria potestad o noventa días para la declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente por las causales primera, tercera y cuarta del artículo 158 de este Código y los informes de la investigación realizada no permitieren determinar, identificar y ubicar al padre, madre o ambos o a los parientes dentro de los grados referidos, el Juez declarará la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente.

A la demanda de privación de la patria potestad por ausencia injustificada del padre, madre o ambos, según corresponda, deberá acompañarse copia certificada del proceso de investigación policial y social y su omisión es causa de nulidad del juicio.

El Juez que conozca de la demanda de privación de la patria potestad, en el auto de calificación de la demanda, hará constar que el mismo cumple con todos los requisitos de ley.

Procedimiento para otorgar el consentimiento para la adopción

Art. 289.- Forma de otorgar el consentimiento para la adopción.- El o los progenitores que deseen dar en adopción a su hijo o hija, presentarán una solicitud al Juez del domicilio del niño, niña o adolescente, para que se lo reciba su consentimiento. La petición debe contener los nombres, apellidos; profesión o actividad y domicilio de los solicitantes y los del hijo o hija cuya adopción consienten; y adjuntar la partida de nacimiento de este último.

El Juez calificará la petición dentro de las setenta y dos horas siguientes a su presentación y dispondrá el reconocimiento de la firma y rúbrica de los peticionarios. Hecho el reconocimiento, señalará día y hora para la audiencia que deberá realizarse dentro de los quince días siguientes al de la notificación de la providencia que lo convoca. En la audiencia el Juez expondrá a los solicitantes las consecuencias jurídicas y sociales de la adopción y si éstos se ratifican en su decisión, recibirá su consentimiento y decretará una medida de protección provisional a favor del niño, niña o adolescente.

Concluida la audiencia, dispondrá que la Unidad Técnica de Adopciones, la Policía Especializada para Niños, Niñas o Adolescentes y la Oficina Técnica practiquen las investigaciones tendientes a ubicar a los parientes, dentro del cuarto grado de consanguinidad, del niño, niña o adolescente, que puedan hacerse cargo en forma permanente y estable de su cuidado.

Si los resultados de las investigaciones son positivos y alguno de dichos parientes expresa su disposición para encargarse de ese cuidado, remitirá los antecedentes al Juez de lo Civil para que proceda al discernimiento de la tutela. En caso contrario declarará al niño, niña o adolescente en aptitud legal para ser adoptado.

Para el desarrollo de las investigaciones a que se refieren los incisos anteriores, el Juez concederá un término no menor de sesenta ni mayor de ciento veinte días.

Procedimiento para retención indebida

Art. 125.- Retención indebida del hijo o la hija.- El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución.

Si el requerido no cumple con lo ordenado, el Juez decretará apremio personal en su contra, sin perjuicio de ordenar, sin necesidad de resolución previa, el allanamiento del inmueble en que se encuentra o se supone que se encuentra el hijo o hija, para lograr su recuperación.

Procedimiento para sancionar a entidades de atención por parte de los organismos que aprobaron su funcionamiento.

Art. 213.- Control y sanciones.- Las entidades de atención y los programas que ejecuten estarán sujetas al control, fiscalización y evaluación, por lo menos una vez al año, por los organismos que autorizaron su registro y funcionamiento.

En caso de incumplimiento de las disposiciones de este Código o de las finalidades específicas para las que fueron autorizadas, el organismo de control mencionado en el inciso anterior impondrá a las entidades de atención una de las siguientes sanciones, observando el principio de proporcionalidad entre la infracción y la pena:

- a) Amonestación escrita y plazo para superar la causa que motiva la sanción;
- b) Multa de quinientos a cinco mil dólares, que se duplicará en caso de reincidencia;
- c) Suspensión de funcionamiento, por un período de tres meses a dos años;
- d) Cancelación de uno o más programas; y,
- e) Cancelación de la autorización y registro.

La aplicación de sanciones se hará luego de comprobado el incumplimiento, mediante un procedimiento administrativo que asegure el respeto a las garantías del debido proceso.

Protección contra el maltrato, abuso, explotación sexual, tráfico y pérdida de niños, niñas y adolescentes.

Consideraciones generales.-

El tratamiento diferenciado que el CNA da a ciertas violaciones a los derechos de la infancia y adolescencia da cuenta de la preocupación social que las mismas generan y de las particularidades que presentan. En el Título IV del Libro I de la ley se regula al maltrato en tres de sus dimensiones físico, psicológico e institucional; al abuso y explotación sexual; al tráfico de niños; los traslados ilícitos al extranjero; pérdida de niños; y, otras forma de abuso como la inducción a los juegos de azar, la exposición a ciertas sustancias y materiales, la explotación de sus enfermedades o discapacidades con fines económicos, la participación en la comercialización de tabaco, bebidas alcohólicas, etc.

Este Título, y el que regula el trabajo de niños, niñas y adolescentes, son una excepción a la metodología seguida por el Código de reconocer derechos y posteriormente establecer las instituciones, procedimientos, medidas, etc., ya que en este capítulo se contienen definiciones legales de las conductas violatorias a los derechos, reglas específicas sobre denuncia y el deber de protección, políticas de prevención y atención específicas y medidas de protección específicas para estos casos.

En el proyecto de ley algunas de estas conductas (abuso y explotación sexual, el tráfico de niños) estaban reguladas como un tipo penal, por tanto se encontraba la descripción de la conducta y la sanción penal aplicable. En el proceso de aprobación legislativa algunos legisladores consideraron que el CNA no debía contener normas penales por lo que se modificaron varios artículos para retirarles la sanción penal. El compromiso de la legislatura era la aprobación posterior de una reforma al Código Penal para introducir como delitos estas conductas. El Congreso estuvo en mora por casi tres años en la reforma ofrecida hasta que mediante la Ley No. 2 "Delitos sexuales y de trata de personas", publicada en Registro Oficial 45 de 23 de Junio del 2005, se incorporó algunas de estas conductas.

A continuación se presenta un examen de las diferentes violaciones contenidas en el Título IV, las relaciones que estas tienen con otras normas del ordenamiento jurídico y las medidas que se contemplan para estos casos.

Antes de revisar cada una de las formas específicas es necesario estudiar algunas obligaciones de carácter general que se encuentran en esta parte de la ley aplicables a toda la sección de la ley.

Obligación de denunciar (artículo 72)

El CNA establece una obligación general de denuncia a toda persona que conozca de alguna forma de violación a un derecho (ver análisis del artículo 17 del CNA en la página **Error! Bookmark not defined.**), como complemento a esto se determina en el artículo 72 una obligación singular de denuncia para aquellas personas que por su profesión u oficio lleguen a tener 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".

Las personas que llegan a tener conocimiento de un hecho de esta naturaleza tienen 24 horas para denunciarlo a cualquiera de los fiscales, autoridades judiciales o administrativas competentes. Además, de acuerdo a la norma citada, se debe poner en conocimiento de la Defensoría del Pueblo como "entidad garante de los derechos fundamentales". Se entiende que esto es para asegurar un seguimiento de los casos y para garantizar la investigación tendiente a identificar a los responsables de la violación y la protección a la víctima.

Denuncia en los casos de acoso y abuso sexual (artículo 68 inciso segundo)

En lo que se refiere a cualquier clase de acoso y abuso sexual, de acuerdo al segundo inciso del artículo 68, se debe poner en conocimiento del Agente Fiscal competente para que actúe de acuerdo a lo prescrito en el Código de Procedimiento Penal. La norma señala que "esto debe hacerse sin perjuicio de las investigaciones y sanciones de orden administrativo que correspondan". La parte final de la disposición tiene una aplicación concreta en los casos en que el abuso o acoso sexual se da al interior de instituciones públicas, pero me parece que el artículo debió haber señalado que manera más general que la obligación de denuncia es sin perjuicio de las otras medidas de protección y sanción necesarias para el caso en particular.

Deber de protección (artículo 73)

De manera concomitante al deber de denuncia el CNA (artículo 73) establece un deber de protección que tiene toda la persona que llegue a conocer casos flagrantes de maltrato, abuso sexual, tráfico y explotación sexual y otras violaciones a sus derechos, por este se debe intervenir para proteger a la víctima y requerir la intervención inmediata de la autoridad administrativa, comunitaria y judicial, que en caso de las personas señaladas en el artículo 72 es de denuncia.

Quien actúa en función del deber de protección ,con justa causa en un caso particular, estaría enervando cualquier acción judicial posterior en su contra ya que la afectación a la vida privada y familiar del niño, niña o adolescente se encuentra justificada legalmente en estos casos.

Políticas de prevención, investigación y sanción (artículo 74)

El artículo 74 establece la obligación estatal, con la participación de la sociedad, la familia y los niños, niñas y adolescentes, de adoptar políticas²⁵ y programas para la prevención, investigación

²⁵ Una política de acuerdo al artículo 193 del CNA es un directriz de carácter general dictada por el organismo competente.

y atención del maltrato, el abuso y explotación sexual, el tráfico de niños, los traslados ilícitos al extranjero, pérdida de niños y otras formas de abuso, en particular:

1. La asistencia a la niñez y adolescencia y a las personas responsables de su cuidado y protección, con el objeto de prevenir estas formas de violación de derechos;
2. La prevención e investigación de los casos de maltrato, abuso y explotación sexual, tráfico y pérdida;
3. La búsqueda, recuperación y reinserción familiar, en los casos de pérdida, plagio, traslado ilegal y tráfico; y,
4. El fomento de una cultura de buen trato en las relaciones cotidianas entre adultos, niños, niñas y adolescentes.

En el siguiente artículo (75) se aborda una dimensión específica del maltrato, el institucional, frente al cual el Estado debe planificar y ejecutar todas las medidas necesarias, sean administrativas, legislativas, pedagógicas, de protección, atención, cuidado, y todas las que sean necesarias para erradicarlo de las instituciones públicas y privadas y mejorar las relaciones entre adultos y niños, niñas y adolescentes, y de éstos entre sí, especialmente en el entorno de su vida cotidiana.

De igual forma se debe buscar que las prácticas administrativas, pedagógicas, formativas, culturales tradicionales, de protección, atención, cuidado y de cualquier otra clase que realice toda institución pública o privada, respete los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, así como se debe excluir toda forma de maltrato y abuso.

Esta norma cubre a toda institución que atienda a los niños, niñas y adolescentes, va más allá de los planteles educativos de todo nivel, estarían incluidos todas las entidades de atención, entidades de cuidado diario, instituciones de recreación, deportivas, etc. en que se encuentren personas menores de edad.

Un elemento relevante del artículo es la mención que realiza a la necesidad de mejorar las relaciones entre los propios niños, niñas y adolescentes, lo cual es una de las pocas referencias al tema en la legislación ecuatoriana, a pesar de no contar con investigaciones o estudios detallados sobre el tema en el país, la existencia de prácticas abusivas entre iguales es algo que se ha reportado recientemente al salir a la luz pública varios casos en los que se informó de conductas especialmente crueles y humillantes entre iguales que se han dado en centros educativos.

Las políticas que se señalan en esta parte de la Ley se complementan con las generales reguladas en el Libro III del CNA, en especial las políticas de protección especial que se definen como aquellas "encaminadas a preservar y restituir los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situaciones de amenaza o violación de sus derechos, tales como: maltrato, abuso y explotación sexual, explotación laboral y económica, tráfico de niños, niños privados de su medio familiar, niños hijos de emigrantes, niños perdidos; niños hijos de madres y padres privados de libertad, adolescentes, infractores, niños desplazados, refugiados o con discapacidades; adolescentes embarazadas, etc."

Bullyng

Exámenes médico legales (artículo 80)

Uno de los aspectos más sensibles de la atención a las víctimas de delitos sexuales o maltrato suele ser la victimización secundaria o re-victimización derivada del contacto del menor de edad con los sistemas de atención de protección y de persecución penal. El contar la historia varias veces, el ser sometido a varios exámenes médicos, etc. suelen ser experiencias especialmente dolorosas.

En la práctica los exámenes médicos legales son especialmente relevantes para sustentar todas las acciones legales posteriores, pero por un inadecuado diseño legal en materia penal los únicos exámenes que se aceptan en juicio son los practicados por peritos, que son aquellos profesionales acreditados por el Ministerio Público²⁶ de acuerdo a un reglamento emitido por esa entidad.

La Policía Judicial, tanto en Quito como en Guayaquil, cuenta con un Departamento Médico Legal donde se realizan los respectivos peritajes. Actualmente la Unidad de delitos sexuales y de violencia intrafamiliar del Ministerio Público de Quito, Guayaquil y Cuenca tienen un médico legista especialista en este tipo de delitos²⁷ y el CEPAM – Centro de Promoción y Apoyo a la Mujer – cuenta también con uno. Esta es la única ONG que ofrece este servicio. Si bien el Código de Procedimiento Penal determina que si se tratare de exámenes corporales, la mujer a la cual deban practicárseles, podrá exigir que quienes actúen como peritos sean personas de su mismo sexo. Según datos de la Fiscalía hasta noviembre del 2003 existen 16 médicos acreditados, de los cuales 3 son mujeres y se encuentran en 3 provincias de país (de 22)²⁸.

Por tanto el déficit de profesionales debidamente entrenados en este tema es muy importante en el país²⁹, pero sí la atención o examen inicial, es practicado por alguien que no se considera perito el niño, niña o adolescente víctima podría ser sometido a un nuevo examen.

El CNA establece algunas reglas para la realización del examen médico legal y la no repetición del mismo.

El artículo 80 establece que los informes de los exámenes médicos realizados por profesionales de establecimientos de salud públicos o privados y entidades de atención autorizadas, tienen valor legal de informe pericial.

²⁶ Una excepción a esta regla es que en las ciudades donde no existan peritos se puede posesionar a cualquier profesional para que practiquen las pericias.

²⁷ En cuanto a los honorarios según el Reglamento de escala de Fijación de Remuneraciones y Honorarios de los Peritos que intervengan en los Procesos Penales, emitida por el Consejo Nacional de la Judicatura, señala que: "los profesionales o técnicos que sean designados como peritos en un proceso penal y pertenezcan al servicio activo de la Policía Judicial o a instituciones u órganos públicos, no percibirán remuneración alguna por los informes que emitan o por las actuaciones que en esa calidad cumplan..." Los peritos particulares o privados que no formen parte de la Policía Judicial percibirán únicamente las remuneraciones que se fija en esta Resolución. Cualquier acto contrario a esta disposición por parte de personas directa o indirectamente interesadas en la causa dará lugar a enjuiciamiento penal y a la pérdida de la acreditación como perito.

²⁸ Farith Simon. Informe comparativo de la Reforma Procesal Penal desde una perspectiva de Género". CEJA. 2004. Revista Sistemas Judiciales.

²⁹ No se cuenta con información sobre la capacitación de los peritos. El Ministerio Público a través de la Dirección Nacional de Política Penal y el Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses elaboró un protocolo médico legal en delitos sexuales, en violencia intrafamiliar y protocolo de informe psicológico pericial. El lanzamiento de estos protocolos se hizo en el 2003, pese a que no se lo está utilizando a nivel nacional como lo señalan en las entrevistas. Ob. Cit..

Los profesionales que realizan estos exámenes a menores de edad tienen algunas obligaciones específicas: se deben practicar en estrictas condiciones de confidencialidad y respeto a la intimidad e integridad física y emocional del paciente; están obligados a conservar en condiciones de seguridad los elementos de prueba encontrados; y a rendir testimonio propio sobre el contenido de sus informes.

Existe una prohibición de repetición de un examen o reconocimiento médico legal en los menores de edad que han sido víctimas de cualquiera de las conductas contenidas en el Título IV del Libro I del CNA, salvo que esto sea "imprescindible para su tratamiento y recuperación".

Los establecimientos de salud públicos y privados tienen como una de sus obligaciones recoger y conservar los elementos de prueba de maltrato o abuso (artículo 30.12 CNA).

Aquí incluir normas sobre niños como víctimas

Maltrato

El Código de la Niñez y Adolescencia modificó de manera significativa la definición de maltrato a niños, niñas y adolescentes que estaba vigente en el país desde el año 1992. La legislación ecuatoriana contenía una definición amplia de maltrato en la cual se incluía de manera conjunta a los malos tratos, la negligencia, el abuso físico y mental, a la explotación y abuso sexual, otras violaciones como la utilización en actividades contrarias a la ley, actividades que violan sus derechos o la mendicidad,

El artículo 145³⁰ del Código de Menores de 1992 fue aprobado bajo el influjo de una visión que entendía al maltrato como toda forma de violación a los derechos del niño y no como una forma concreta de violación a su derecho a ser "protegido contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo." (Artículo 19 Convención sobre los Derechos del Niño), sino como un "paraguas" para proteger a los menores de edad de una serie de acciones y omisiones que ponían en riesgo varios derechos.

Este tratamiento normativo responde al hecho de que el Código de Menores no estableció mecanismos de exigibilidad de los derechos que declaraba, el desarrollo de la ley, los procedimientos y las medidas se establecían a partir de ciertas "situaciones" de violación a los derechos que habían sido consideradas de especial preocupación: abandono, maltrato, trabajo, infractores³¹. En este contexto normativo la figura que podía cubrir a otras formas de violación a los derechos era el maltrato, por medio del cual se podía enfrentar situaciones derivadas de omisiones de políticas públicas, deficiencias de servicios u otras formas de explotación.

³⁰ El artículo 145 del Código de Menores de 1992 establecía la presunción de maltrato cuando un menor de edad "...ha sido objeto de violencia, abuso físico o mental, malos tratos de cualquier índole, mendicidad, explotación, abuso sexual, utilización en actividades contrarias a la ley o en actividades que violan sus derechos por parte de sus padres, parientes o tutores o de cualquier otra persona, institución o grupo social, sea que lo tenga a su cargo, bajo su custodia o se relacione de manera temporal con el menor maltratado".

³¹ No incluimos en esta lista a las instituciones vinculadas al derecho de familia: patria potestad, alimentos, tenencia, visitas, ayuda prenatal; y tampoco a dos medidas de protección: adopciones y colocación familiar, ya que las primeras eran desarrollos especializados de normas ya existentes en el Código Civil y las segundas tenían relación a formas concretas de violación a derechos.

Por el contrario el CNA al ser una ley destinada a garantizar los derechos declarados hizo innecesario el uso de una noción amplia del maltrato, ya que era técnicamente equivocado y podía generar más de una confusión, por tanto el maltrato recobró su condición de una violación concreta a ciertos derechos de la infancia y adolescencia.

El artículo 67 del CNA incluye en la definición de maltrato a lo siguiente:

- a) Toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus progenitores, otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado; cualesquiera sean el medio utilizado para el efecto, sus consecuencias y el tiempo necesario para la recuperación de la víctima;
- b) El trato negligente o descuido grave o reiterado en el cumplimiento de las obligaciones para con los niños, niñas y adolescentes, relativas a la prestación de alimentos, alimentación, atención médica, educación o cuidados diarios; y su utilización en la mendicidad;
- c) La perturbación emocional, alteración psicológica o disminución de la autoestima en el niño, niña o adolescente agredido. Bajo esta modalidad se incluyen las amenazas de causar un daño en su persona o bienes o en los de sus progenitores, otros parientes o personas encargadas de su cuidado.
- d) Cuando lo comete un servidor de una institución pública o privada, como resultado de la aplicación de reglamentos, prácticas administrativas o pedagógicas aceptadas expresa o tácitamente por la institución; y cuando sus autoridades lo han conocido y no han adoptado las medidas para prevenirlo, hacerlo cesar, remediarlo y sancionarlo de manera inmediata

Como hemos visto en el artículo 67 se incluyen cuatro grupos de conductas diferentes (con el maltrato institucional).

Elementos comunes a todas las clases de maltrato

Los cuatro grupos de conductas tienen como elementos similares al sujeto pasivo y al sujeto activo.

El **sujeto pasivo** (la víctima) de las conductas descritas es cualquier persona menor de 18 años que se encuentre bajo el cuidado de una persona, sin importar la modalidad, la relación jurídica o la duración.

El **sujeto activo directo**, de acuerdo al CNA, puede ser cualquier persona encargada del cuidado del niño, niña o adolescente, entre otros podrían ser los progenitores, otros parientes o los educadores, sin importar el tiempo (sea que se relacionen de manera temporal o más permanente) o la calidad en la que asuman éste cuidado.

El CNA también establece la existencia de **sujetos activos indirectos**, nos referimos a los casos en los que después de reunirse ciertas condiciones que examinaremos más adelante, los representantes legales de las instituciones (y las propias instituciones) se constituyen en responsables de maltrato institucional.

Determinar la clase de relación existente entre el niño, niña o adolescente con la persona a la que se acusa de los malos tratos es esencial para saber si se configura el maltrato o se ha

violado otro derecho, por tanto sí se aplican las medidas de protección contenidas en el Título IV del Libro I, o las medidas de protección del Libro III del CNA.

Por ejemplo sí un transportista público, con quien el niño, niña o adolescente tiene un contacto temporal, lo insulta o golpea, el caso no se encuadra en el maltrato, por tanto habrá que considerarlo responsable de la violación al derecho a la integridad personal de acuerdo a lo previsto en el artículo 50 o a la dignidad o el buen nombre contenido en el artículo 51, por tanto, se aplicarán las medidas y sanciones del Libro III del CNA y no las reglas sobre maltrato. Por otro lado, si los malos tratos han sido causados por un agente estatal, por ejemplo un policía, estaremos ante un caso de tortura o tratos y penas crueles, inhumanas y degradantes (ver página **Error! Bookmark not defined.**).

Las dimensiones del maltrato³²

Maltrato físico

El maltrato se puede dar de varias maneras. A continuación vamos a examinar cada una de las hipótesis contenidas en el artículo 67 del CNA arriba citado: en el maltrato físico la conducta de acción u omisión que provoque o pueda provocar daño, el trato negligente y el descuido grave y reiterado, la utilización en la mendicidad; el maltrato psicológico; y el maltrato institucional.

Es importante recordar que cuando se presenta maltrato físico, en general, también existirá maltrato psicológico, en cambio el maltrato psicológico puede presentarse sólo. El maltrato institucional puede derivarse de cualquiera de las clases de maltrato cuando se configuran las condiciones establecidas por la ley que examinaremos más adelante.

Conducta de acción u omisión que provoque o pueda provocar daño

El Código establece que el maltrato se configura por una "conducta de acción u omisión", por tanto, nos referimos a un hecho humano voluntario³³, que puede consistir en hacer algo (acción) o no dejar de hacer algo de manera voluntaria (omisión), que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, que puede ser atribuida a cualquier persona que lo está cuidando. Para que se configure esta clase de maltrato no interesa el medio utilizado, las consecuencias o el tiempo necesario para la recuperación de la víctima. Sin embargo es necesario aclarar que la voluntariedad no se refiere al querer o no causar daño sino a la acción. Esta aclaración es necesaria ya que muchos casos de maltrato se justifican desde el ejercicio de la "disciplina" y por tanto al cumplimiento de las obligaciones de educación de las personas encargadas del cuidado de los menores de edad.

El CNA en éste ámbito caracteriza al maltrato no únicamente a partir del momento en que se verifica el daño, sino a partir de que se considera que podría causarse un daño (sea físico, psicológico o sexual), sin importar la gravedad del mismo.

³² Sobre el maltrato y los delitos sexuales son relevantes las disposiciones de Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, sin embargo en el caso de los menores de edad se debe aplicar las reglas del CNA, pero no se excluye la posibilidad de aplicación de las medidas de esa ley si se considera que contribuyen de mejor manera a la protección de los derechos de la persona menor de edad.

³³ Zaffaroni. Op. Cit. Pág. 307

Al abuso o maltrato físico se lo define, desde el punto de vista médico, como "Cualquier acción de agresión física, realizada por una persona responsable del cuidado de un niño o menor de 18 años"³⁴. Más adelante examinaré lo referente al abuso sexual.

Recordemos que tanto el maltrato físico, como el sexual, pueden configurar delitos específicos, por tanto aquí se presenta una doble dimensión de la intervención: la protección y, la sanción penal eventualmente, sí se configura como alguno de los delitos tipificados en la legislación ecuatoriana.

La consideración del daño, o la posibilidad del mismo, permiten la intervención para proteger y sancionar a partir del momento en que se puede verificar la existencia de una amenaza, por tanto no se requiere verificar la existencia de un daño, sino la posibilidad de que se este se de.

Otro elemento clave es que no importa, para efectos de la aplicación de esta figura, que la acción u omisión tenga como objetivo causar daño por tanto, el maltrato se configura con independencia de las razones que llevaron a él, es decir el aspecto subjetivo es irrelevante, se concreta con su dimensión objetiva: se causa o se puede causar daños. Un ejemplo puede ser los maltratos que se provocan a partir de la convicción de que es un método educativo, por ejemplo el castigo físico o la privación voluntaria de alimentación o cuidados médicos con el mismo fin.

Castigo físico

Un tema especialmente sensible en relación al maltrato físico es lo relacionado al castigo físico o corporal. Como se examinó a propósito del derecho a la educación este se encuentra prohibido en el marco de los centros educativos, sin embargo esta prohibición no es general, por tanto se abre una discusión respecto al uso del castigo físico o corporal por parte de las personas encargadas del cuidado de niños, niñas y adolescentes, sea en el marco de su familia u otras instituciones o lugares donde se desarrolla su vida.

El Comité de los Derechos del Niño considera castigo físico o corporal al castigo en que se:

... utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve. En la mayoría de los casos se trata de pegar a los niños ("manotazos", "bofetadas", "palizas"), con la mano o con algún objeto -azote, vara, cinturón, zapato, cuchara de madera, etc. Pero también puede consistir en, por ejemplo, dar puntapiés, zarandear o empujar a los niños, arañarlos, pellizcarlos, morderlos, tirarles del pelo o de las orejas, obligarlos a ponerse en posturas incómodas, producirles quemaduras, obligarlos a ingerir alimentos hirviendo u otros productos (por ejemplo, lavarles la boca con jabón u obligarlos a tragar alimentos picantes)³⁵.

El CRC considera que el castigo corporal siempre es degradante y por lo tanto incompatible con la CDN, al igual que otras formas de castigo no físico igualmente degradantes o crueles, por ejemplo, "los castigos en que se menosprecia, se humilla, se denigra, se convierte en chivo expiatorio, se amenaza, se asusta o se ridiculiza al niño"³⁶.

³⁴ Varios Autores. Sistematización de las Conferencias del Equipo de San Diego y los Protocolos para la atención del maltrato y abuso sexual infantil y adolescente. INNFA. Quito. 2001. Página 49.

³⁵ Comité de los Derechos del Niño. Observación general No. 8 (2006): El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros). Documento CRC/C/GC/8 de 21 de agosto del 2006.

³⁶ Ob. Cit. Párrafo 12.

El CRC al respecto hace tres aclaraciones importantes: 1) el rechazo a la violencia y a la humillación no significa negar “el concepto positivo de disciplina... el desarrollo sano del niño depende de los padres y otros adultos para la orientación y dirección necesarias, de acuerdo con el desarrollo de su capacidad, a fin de ayudarlo en su crecimiento para llevar una vida responsable en la sociedad”; 2) reconoce que la crianza y cuidado de los niños y niñas, en especial de los lactantes y niños pequeños –dice el CRC-, exigen frecuentes acciones e intervenciones físicas para protegerlos, “...esto es totalmente distinto del uso deliberado y punitivo de la fuerza para provocar cierto grado de dolor, molestia o humillación...”; y, 3) existen, a juicio del CRC, circunstancias excepcionales en que maestros, u otras personas que trabajan con niños en instituciones o menores de edad, pueden “...encontrarse ante una conducta peligrosa que justifique el uso de algún tipo de restricción razonable para controlarla. En este caso también hay una clara distinción entre el uso de la fuerza determinado por la necesidad de proteger al niño o a otros y el uso de la fuerza para castigar. Debe aplicarse siempre el principio del uso mínimo necesario de la fuerza por el menor tiempo posible. También se requieren una orientación y capacitación detalladas, tanto para reducir al mínimo la necesidad de recurrir a medidas restrictivas como para asegurar que cualquier método que se utilice sea inocuo y proporcionado a la situación y no entrañe la intención deliberada de causar dolor como forma de control³⁷”.

La regla del CC que permitía en “castigo corporal moderado” fue derogada en el año , por tanto no existe ninguna disposición legal que autorice el uso de los castigos corporales en el país, al contrario tenemos varias normas, de origen nacional e internacional, que proscriben a los castigos degradantes o humillantes, por tanto la pervivencia de estas prácticas únicamente se entiende por fuertes tradiciones.

Estas tradiciones obligan a que se aprueben normas que específicamente prohíban y sancionen el uso de castigos físicos, al igual que ya se hizo en el marco de la vida escolar.

Pero se debe recoger la advertencia de CRC, en el sentido de que no todos los casos de castigo físico por parte de los progenitores deben ser castigados, ya que esto podría afectar en mayor medida a la vida familiar, por lo que es necesario ser especialmente cuidadosos.

El principio *de minimis* -la ley no se ocupa de asuntos triviales- garantiza que las agresiones leves entre adultos sólo lleguen a los tribunales en circunstancias muy excepcionales. Lo mismo se aplicará a las agresiones de menor cuantía a los niños. Los Estados deben elaborar mecanismos eficaces de notificación y remisión. Si bien todas las notificaciones de violencia hacia los niños deberían investigarse adecuadamente y asegurarse la protección de los niños contra daños importantes, el objetivo debería ser poner fin al empleo por los padres de la violencia u otros castigos crueles o degradantes mediante intervenciones de apoyo y educativas, y no punitivas³⁸.

El trato negligente o descuido grave o reiterado

La negligencia hace referencia a la culpa, la culpa se encuentra definida en el Código Civil en el artículo 29 de la siguiente manera:

La ley distingue tres especies de culpa o descuido:

³⁷ Ob. Cit. Párrafos 13 a 15.

³⁸ Ob. Cit. Párrafo 40.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

Nos parece que se aplica en éste caso la culpa leve por tanto se refiere a la falta de "diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios", en la forma clásica de tratar éste tema la ley se refiere a un concepto indeterminado que implica el incumplimiento de ciertas obligaciones por parte de cualquier persona de "mediano conocimiento". Es decir se falta a un deber, que en este caso concreto son los deberes de cuidado con respecto de un niño, niña o adolescente, pero por descuido y por tanto no esta presente la intención positiva de causar el daño.

Zaffaroni³⁹ explica con gran claridad las dificultades que tiene la aplicación del concepto, que como advierte: "queda librado a los patrones sociales de prudencia".

Esto nos obliga a acudir a las formulas utilizadas en el derecho civil, que como vimos en la cita al artículo 29 nos exige explicar la noción de prudencia, que es el "... buen *padre de familia* que, *mutatis mutandi*, es el hombre *previsor y prudente*, el *homoculus normalis* o el *reasonable man* anglosajón". Por tanto en cada caso es necesario determinar cuál es el "parámetro de capacidad de previsión para decidir si se violó el deber de cuidado", para lo que se puede usar dos formulas: a) si la violación al deber de cuidado se establece conforme a los criterios *standard* de *normalidad* o bien, b) sí en cada caso habrá que tener en cuenta la capacidad de previsión personal del agente⁴⁰.

Estoy de acuerdo con el autor citado que la noción de buen padre de familia, o conceptos similares, son construcciones que no existen en la realidad, por tanto es mucho más preciso escoger la segunda opción: considerar la capacidad de previsión personal del agente.

Por tanto, para determinar si existió negligencia, habría que tomar en cuenta las características de la persona que se encuentra a cuidado del niño, niña o adolescente, porque en éste ámbito se requiere poder lograr algo (proveerle de alimentación adecuada, asegurar educación), y el no hacerlo es producto del descuido y no de una falta de medios.

Esto parece confirmarse con lo establecido en los artículos 21 y 114, que con claridad disponen que la falta de recursos económicos de los progenitores, para cumplir con sus obligaciones con sus hijos, no son motivo suficiente para impedirles el cuidado o para suspender, limitar o privar la patria potestad, al contrario en estos casos es obligación del Estado apoyar a las familias para que puedan cumplir con sus obligaciones.

³⁹ Zaffarano. Ob. Cit. Páginas 429 y 430.

⁴⁰ Zaffaroni. Ob. Cit. Página 429.

Pese a esto considero que si bien la carencia de recursos económicos no justifica por sí misma la calificación de maltrato, y por tanto las medidas que de esto se derivan, la demostración de que la falta de recursos para el cuidado de los hijos o hijas es producto de una actitud negligente o poco responsable, se dejaría abierta la posibilidad de aplicar estas disposiciones.

En el CNA se establecen las obligaciones concretas, nfigurar la negligencia: las relativas a la prestación de alimentos, alimentación, atención médica, educación o cuidados diarios.

Cada uno de las obligaciones detalladas se refiere a ciertos derechos, o a la forma en que algunos de estos derechos se concretan, por lo que para determinar el alcance de la omisión debemos examinar en que consiste cada uno de ellos.

Utilización en la mendicidad

La siguiente hipótesis para que se configure el maltrato es la "utilización en la mendicidad" de una persona menor de 18 años. La acción de mendigar puede consistir en pedir limosna de puerta en puerta o por solicitar el favor de alguien con importunidad y hasta con humillación⁴¹, por tanto el maltrato se configura cuando alguien que tiene bajo su cuidado a un menor de edad lo usa en esa en alguna de estas actividades. Recordemos que el artículo 78.4 considera como otra forma de abuso a "La exposición pública de sus enfermedades o discapacidades orgánicas o funcionales, para la obtención de beneficios económicos", por tanto debemos concluir que la mendicidad además de ser una forma de maltrato, cuando se expone enfermedades o discapacidades de un menor de edad, es otra forma de abuso, y en este caso no importa la clase de relación que existe entre el menor de edad y quien lo utiliza para estas prácticas.

La mendicidad también puede configurar explotación laboral, cuando la persona que utiliza a un menor de edad para mendigar no la tiene bajo su cuidado, en los términos del artículo 81 del CNA, por tanto se pueden aplicar las medidas y sanciones derivadas de esta violación.

Maltrato psicológico

Esta es una de las formas más complejas de maltrato ya que va a depender su calificación exclusivamente de que las acciones, u omisiones, que se imputan provoquen, o puedan provocar, perturbación emocional, alteración psicológica o disminución de la autoestima en el niño, niña o adolescente que es agredido, por tanto la determinación de ello únicamente se puede hacer caso por caso, con la intervención de personal especializado.

A continuación, y únicamente para ilustrar la complejidad que conlleva establecer el maltrato psicológico, presenté lo que se entiende de manera general por perturbación emocional, alteración psicológica y disminución de la autoestima.

Una perturbación emocional es definida como "Un estado del ser, caracterizado por aberraciones en los sentimientos que tiene un individuo con respecto a sí mismo y al medio ambiente. La existencia de la perturbación emocional se deduce del comportamiento. Por lo general si una persona actúa de una manera que le es perjudicial a ella y/o a los demás, puede considerarse en un estado de perturbación emocional."⁴².

⁴¹ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

⁴² Phillips Newcomer (1987) citado por Juana Betancourt: La configuración psicológica de los menores con Trastornos Emocionales y de la Conducta. Editorial Pueblo y Educación. La Habana. 2001. Página 32.

Una alteración psicológica se considera, desde una definición dinámica e individualizada, "como la manifestación generalmente a través de la conducta, de una disfunción no atribuible a causas biológicas"⁴³.

Recordemos que autoestima lo hemos definido como "...el sentimiento valorativo de nuestro ser, de nuestra manera de ser, de quienes somos nosotros, del conjunto de rasgos corporales, mentales y espirituales que configuran nuestra personalidad" (ver página **Error! Bookmark not defined.**), por tanto el maltrato se configuraría sí la acción u omisión provoca merma o menoscabo de la valoración que el niño, niña o adolescente tiene de sí mismo.

Como se advirtió esta forma de maltrato puede dar de manera independiente producto de insultos, comportamientos que lleven a generar estos sentimientos, por la negligencia o el descuido o como producto de otra forma de maltrato. Es decir todo maltrato físico podría conllevar maltrato psicológico, pero no necesariamente el maltrato psicológico conlleva un maltrato físico.

Como una forma específica de maltrato psicológico se incluye a las "amenazas de causar un daño en su persona o bienes o en los de sus progenitores, otros parientes o personas encargadas de su cuidado", esto sin importar el daño que cause.

Una amenaza es dar a entender que con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien⁴⁴, en el caso del Código debe ser los progenitores, parientes u otras personas a cargo del cuidado del niño, niña o adolescente, esto deja de lado, equivocadamente en mi opinión, a otras personas que pueden ser objeto del afecto de la persona amenazada.

Nos bastaría considerar si la verosimilitud de la amenaza es un elemento a considerar en estos casos para calificar la existencia o no de maltrato, en mi opinión esto va a depender de la edad y madurez de la persona amenazada, es decir sí por su vulnerabilidad, que impacto podría tener, y al igual que los otros casos de maltrato psicológico se debería evaluar caso por caso.

Maltrato institucional

Para que se configure el maltrato institucional se deben cumplir alguna de estas dos condiciones:

- a) Cuando la acción u omisión considerada maltrato lo comete un servidor de una institución pública o privada, como resultado de la aplicación de reglamentos, prácticas administrativas o pedagógicas aceptadas expresa o tácitamente por la institución; y,
- b) Cuando sus autoridades han conocido el maltrato y no han adoptado las medidas para prevenirlo, hacerlo cesar, remediarlo y sancionarlo de manera inmediata.

Por tanto, en éste ámbito podría existir alguna de las formas de maltrato antes descritas y maltrato institucional, pudiendo recaer en la misma persona las dos responsabilidades. Pero en el caso del literal b existe responsabilidad individualizada en el responsable de maltrato (que se puede individualizar), y en las autoridades de la institución que conociendo el caso, no

⁴³ J. Ajuriaguerra Manual de psicopatología del niño. Ed. Masson. Citado por C. Martínez González. Los problemas de salud mental: un reto para el pediatra. Revista Pediatría de Atención Primaria Volumen IV. Número 13. Enero/marzo 2002. Página 140. Consultado en <http://www.pap.es/num13/pdf/colaboraciones02.pdf> el 14 de febrero del 2007.

⁴⁴ Real Academia Española de la Lengua.

adoptaron las medidas para prevenirlo, hacerlo cesar, remediarlo y sancionarlo de manera inmediata.

Las prácticas culturales y el maltrato (artículo 76)

El CNA con claridad establece que no se puede admitir como justificación o atenuante de la responsabilidad de cualquiera de las conductas aquí estudiadas que estas sean métodos formativos o que son prácticas culturales tradicionales.

Me parece que no existe duda en cuanto a la aplicación de esta regla en algunas de las formas de violación a los derechos que cubre el título de la ley (el abuso y explotación sexual; el tráfico de niños; los traslados ilícitos al extranjero; pérdida de niños; y, otras forma de abuso como la inducción a los juegos de azar, la exposición a ciertas sustancias y materiales, la explotación de sus enfermedades o discapacidades con fines económicos, la participación en la comercialización de tabaco, bebidas alcohólicas), pero no se pueda aplicar la regla con igual claridad en ciertos casos de maltrato, ya que ciertas prácticas son admitidas como validas en ciertos contextos culturales y calificación como "maltrato" implica un juicio de valor de parte de personas que se pertenecen a otra cultura, y por tanto expresan y representan otros valores, otra noción de infancia, diferentes forma de socialización, etc.

Abuso sexual (artículo 68)

El CNA, para efectos de la aplicación de la Ley, define al abuso sexual como "todo contacto físico, sugerencia de naturaleza sexual, a los que se somete un niño, niña o adolescente, aun con su aparente consentimiento, mediante seducción, chantaje, intimidación, engaños, amenazas, o cualquier otro medio".

La definición citada en apariencia tiene un problema respecto de su alcance, ya que en una primera lectura podría llevar a la conclusión equivocada de que en el abuso sexual se encuentra todo contacto de naturaleza sexual incluyendo en el mismo los juegos sexuales de los niños y niñas más pequeños o los contactos sexuales, entre iguales y consentidos, de los adolescentes.

En una lectura detenida de la disposición surgen dos elementos que nos permiten entender su alcance, y que por tanto no incluyen en esta noción a los juegos sexuales y los contactos sexuales normales entre iguales.

El primer elemento a considerar es que el artículo 68 del CNA habla de contacto o sugerencia que se "somete" a un niño, niña o adolescente, por tanto se da cuenta de la existencia de un nivel de subordinación del menor de edad a otra persona, por tanto no existe una relación entre iguales, y el segundo elemento se refiere al consentimiento, que de acuerdo al CNA puede existir aparentemente porque se lo ha conseguido mediante seducción, intimidación, engaños, amenazas o cualquier otro medio que se dirija a coaccionar a una persona o engañar a la persona.

Las definiciones que se usan con fines de atención y no legales, establecen que es abuso sexual a los contactos e interacciones entre una persona mayor y un niño o niña, cuando éste último es utilizado para el estímulo sexual de perpetrador o abusados u otra persona⁴⁵. Por tanto se pone énfasis en la utilización del menor de edad. En cambio a los juegos sexuales se los define como los contactos sexuales que "se da en niños [niñas] que tienen la misma edad,

⁴⁵ Ibíd. Página 40.

la diferencia de edad no es significativa, están en la misma etapa de desarrollo. No están presentes niños mayores en el juego, se lo realiza de mutuo acuerdo...⁴⁶. No se incluye en esta definición los contactos sexuales entre personas en las que existen diferencias de edad y género, por ejemplo "sí se tiene a un muchacho de 13 años con una niña de 6, esto no es probablemente un juego sexual, también cuando hay actos que no responden a sus etapas de desarrollo, si hay elementos coercitivos, presión o de secreto"⁴⁷.

Pese a sus limitaciones, la definición contenida en el CNA significó la incorporación en la legislación ecuatoriana de esta forma de violación a la integridad y libertad sexual, pero sin sanción de naturaleza penal. Posteriormente, mediante Ley No. 2 (publicada en Registro Oficial 45 de 23 de Junio del 2005), que revisaré más adelante, se aprobó una importante reforma al Código Penal en la que se modificaron varios tipos penales, y se introdujeron algunas figuras penales nuevas, ninguna de ellas es específicamente abuso sexual, pero en la reforma al artículo 22 de la mencionada ley se introdujo una de justificación de los delitos (es decir que elimina la antijuridicidad de una conducta) en los siguientes términos: "Tampoco hay infracción alguna cuando una persona mata o causa lesiones a otra en el momento de ser víctima de un delito de abuso sexual o violación".

Como se puede concluir del texto la justificación proviene de la defensa de "libertad sexual", diferenciando la violación del abuso sexual, por tanto se entiende que bajo la denominación "abuso sexual" se encuentran todos los delitos de naturaleza sexual, excepto la violación, por tanto en materia penal el abuso sexual incluiría a: sometimiento a contactos sexuales", el estupro, acoso sexual, rapto.

Delitos contra la integridad y libertad sexual de las personas menores de edad

Mediante la reforma que se introdujo al Código Penal de junio del 2005 se modificaron los delitos sexuales, parece claro que la reforma se dirigió a "modernizar" los tipos penales, asegurándose por un lado que proteja la libertad e integridad sexual de las personas y no valores como el "pudor" o la "honestidad" que son subjetivos y variables, y por otro integrar ciertas conductas que merecían sanción pero que no estaban adecuadamente regulados.

A continuación de manera breve las principales novedades en esta materia.

- 1) Se añadió un nuevo tipo penal "sometimiento a contactos sexuales", que en la práctica sustituyó al "atentado contra el pudor" (art. 505, 506 y 507 CP), tipificado de la siguiente manera

Será reprimido con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, quien someta a una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad, para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal.

Un problema muy serio que se presentó con éste nuevo artículo es que los legisladores inicialmente no aclararon que el nuevo tipo penal reemplazaba al "atentado contra el pudor" y que por tanto ese delito no había desaparecido, sino se había incluido en el nuevo tipo penal y por tanto continuaban las investigaciones, los procesos y las condenas que se habían iniciado de manera previa a la reforma.

⁴⁶ Ibid. Página 41.

⁴⁷ Ibid. Páginas 41 y 42.

La duda se despejó con la aprobación de una ley interpretativa (Ley No. 53, publicada en Registro Oficial Suplemento 350 de 6 de Septiembre del 2006), en lo principal establece que el atentado contra el pudor se encuentra "subsumido" en la nueva figura penal. Por la importancia transcribo la norma interpretativa :

Los elementos constitutivos de las conductas que estuvieron tipificadas hasta el 22 de junio del 2005, en los artículos 505, 506 y 507 del Código Penal, que sancionaban los actos ejecutados en contra de la integridad sexual de las personas menores de edad, pero sin acceso carnal, consideradas como atentado al pudor, no se han eliminado, están subsumidas en el artículo que se interpreta, desde que éste se encuentra en vigencia". Las palabras "somete"; y, "obligarla", que contiene este artículo, se entenderán como actos momentáneos o permanentes para doblegar la voluntad de la víctima y/o como la realización de acciones con las que se pretende conseguir o se consiga, mediante violencia física, amenazas o cualquier forma de inducción o engaño dirigida a que una persona menor de dieciocho años de edad o discapacitada, acepte u obedezca y realice los actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal, sea en el propio cuerpo de la víctima, en el cuerpo de un tercero o en el cuerpo del sujeto activo.

- 2) En el "estupro" se eliminó el elemento "mujer honesta" en el tipo penal quedando el mismo así: "Llámase estupro la cópula con una persona, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento" (artículo 509 CP). La conducta se sanciona con prisión de tres meses a tres años cuando la víctima es menor de 18 años y mayor de 14 (art. 510 CP).
- 3) Se mejoró el tipo penal "acoso sexual", es especial se incluyó como medida concreta la prohibición a responsable del delito de "realizar actividades que impliquen contacto con la víctima. Cuando la víctima es menor de edad la sanción se agrava.

Art. 511-A.- Quien solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, prevaleándose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima, o a su familia, un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena será reprimido quien, de conformidad con lo previsto en el inciso anterior, actúe prevaleándose del hecho de tener a su cargo trámites o resoluciones de cualquier índole.

El que solicitare favores o realizare insinuaciones maliciosas de naturaleza sexual que atenten contra la integridad sexual de otra persona, y que no se halle previsto en los incisos anteriores, será reprimido con pena de prisión de tres meses a un año.

Las sanciones previstas en este artículo, **incluyen necesariamente la prohibición permanente de realizar actividades que impliquen contacto con la víctima.**

Si el acoso sexual se cometiere en contra de personas menores de edad, será sancionado con prisión de dos a cuatro años (resaltado no consta en el original).

- 4) Se unificaron los delitos de violación y "agresión sexual", bajo la denominación "violación". En el tipo penal se reemplazo "oral" por "bucal" y se endurecieron las penas aplicables en caso de violación:

Art. 512.- Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:

1o.- Cuando la víctima fuere menor de catorce años;

2o.- Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y,

3o.- Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación.

Art. 513.- El delito de violación será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, en el número 1 del artículo anterior; y, con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, en los números 2 y 3 del mismo artículo.

Art. 514.- Si la violación produjere una grave perturbación en la salud de la persona violada se aplicará la pena establecida para los numerales 2 y 3 del artículo anterior; y, si le produjere la muerte, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

Igual pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, se impondrá a los responsables de violación si las víctimas son sus descendientes, ascendientes, hermanos o afines en línea recta; debiendo en su caso, ser condenados, además a la pérdida de la patria potestad.

Como se puede ver la violación se configura cuando se produce cualquier clase de penetración total o parcial del pene por vía oral, anal o vaginal; o penetración del pene, cualquier objeto o los dedos por vía oral o vaginal, sin importar el sexo de la víctima cuando: la víctima es menor de 14 años, la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y, cuando se use la violencia, amenaza o de intimidación

La sanción se agrava si la víctima tiene menos de 18 años, se perturba gravemente la salud, se provoca la muerte o si el responsable de la violación es ascendiente, descendiente, hermanos o afines en línea recta, además si son los progenitores los responsables la condena implica la pérdida automática de la patria potestad.

El delito de raptó, que ya había sido reformado en el año 2002, castiga al que "con fines deshonestos, por medio de violencias, artificios o amenazas, hubiera arrebatado o hecho arrebatado a un menor de más de siete años"⁴⁸ (artículo 529 CP). También se sanciona al "...que hubiere arrebatado o hecho arrebatado a una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que hubiere consentido en su raptó y seguido voluntariamente al raptor..."⁴⁹(artículo 531 CP). El matrimonio del raptor con la víctima impide la persecución penal, la que únicamente se puede dar si el matrimonio es declarado nulo⁵⁰ (artículo 532 CP).

En la reforma del 2005 se modificaron los agravantes y los atenuantes si los menores de edad son víctimas de los delitos como se examina más adelante.

Explotación sexual (artículo 69 CNA)

El artículo 69 considera explotación sexual a la prostitución y a la pornografía infantil. La prostitución infantil se define como "la utilización de un niño, niña o adolescente en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución"; la pornografía infantil como "toda representación, por cualquier medio, de un niño, niña y adolescente en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas; o de sus órganos genitales, con la finalidad de promover, sugerir o evocar la actividad sexual".

⁴⁸ Prisión de uno a cinco años y multa de seis a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América.

⁴⁹ Se castiga con uno a cinco años de prisión.

⁵⁰ De acuerdo al numeral tercero del artículo 96 del Código Civil el " Raptó de la mujer, siempre que ésta, al momento de celebrarse el matrimonio, no haya recobrado la libertad" es una de las causas de nulidad del matrimonio, ya que afecta el "libre y espontáneo consentimiento" de los contrayentes.

Mediante dos reformas al Código Penal (1998⁵¹ y 2005) se introdujeron importantes modificaciones para enfrentar a la explotación sexual y sus diferentes manifestaciones.

El tipo penal que castiga a quienes prostituyen a un menor de edad es el "proxenetismo" tipificado de la siguiente manera: "El que promoviere o facilitare la prostitución de otra persona será sancionado con pena de prisión de uno a tres años, salvo que tuviere a su cargo una casa de tolerancia, establecida conforme a los reglamentos que la autoridad competente expidiere para esta clase de establecimientos"⁵² (artículo innumerado CP). El siguiente artículo establece que la pena será de seis a nueve años de reclusión menor si: la víctima es menor de edad; se emplea violencia, engaño abuso de autoridad o cualquier otro medio coercitivo; la víctima se encontrare por cualquier causa privada de la capacidad de prestar su consentimiento; el autor es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor o curador o tiene bajo su cuidado por cualquier motivo a la persona prostituida; la víctima se encuentra en situación de abandono o de extrema necesidad económica; y, el autor ha hecho del proxenetismo su oficio o modo de vida.

Se castiga también al que explota la ganancia obtenida por quien ejerce la prostitución, la pena es de tres a seis años de reclusión ordinaria si la víctima es menor de 14 años, o descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su conviviente o estuviere bajo su cuidado (artículo innumerado CP).

De igual forma se sanciona a quien promueve o facilita la entrada o salida del país o el traslado dentro del territorio para que se ejerza la prostitución, si la víctima es menor de 14 años la pena es de tres a seis años de reclusión.

Se considera "corrupción de menores" cuando a una persona menor de 14 años se le expone, vende o entrega objetos, libros, escritos imágenes visuales o auditivas obscenas, que puedan "afectar gravemente el pudor o excitar o pervertir su instinto sexual"; o se le incita a la ebriedad o a la práctica de actos obscenos o facilitarle la entrada a los prostíbulos u otros centros de corrupción como cines o teatros que brinden espectáculos obscenos. Estas conductas se castigan con pena de reclusión de uno a tres años (artículo innumerado CP).

Estos artículos parece dejan sin sanción los casos en que menores de edad entre 14 y 18 años son prostituidos en lugares autorizados y o cuando son víctimas del delito de corrupción de menores. La reforma penal del 2005 trato de superar estas limitaciones y para conseguirlo se introdujo un capítulo completo llamado de los "Delitos de Explotación Sexual" con el que se busca cubrir todas las omisiones que el CP presentaba al castigar estas conductas donde los menores de edad son especialmente vulnerables.

Bajo esta denominación se incluye la sanción a quien:

- 1) Produce, publica o comercialice imágenes pornográficas, materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato, u organizare espectáculos en vivo, con escenas pornográficas en que participen

⁵¹ Ley No. 105, publicada en Registro Oficial 365 de 21 de Julio de 1998.

⁵²El CP considera también como proxenetismo al que "mediante seducción o engaño sustrajere a una persona para entregarle a otro con el objeto de que tenga relaciones sexuales." (artículo innumerado CP).

personas menores de edad, discapacitados y personas que sufren una enfermedad grave incurable;

- 2) Distribuye imágenes pornográficas, cuyas características externas hiciera manifiesto que en ellas sea grabado o fotografiado la exhibición de menores de edad, discapacitados;
- 3) El que facilite el acceso a espectáculos pornográficos o suministre material pornográfico en cuyas imágenes participen menores de edad.

Cuando la víctima es mayor de catorce y menor de dieciocho años el responsable de estos delitos es castigado con una pena de seis a nueve años de reclusión menor ordinaria, el comiso de los objetos y de los bienes producto del delito, la inhabilidad para el empleo, profesión u oficio, pero si la víctima es menor de doce años o discapacitado, o persona que adolece enfermedad grave incurable, la pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, al pago de la indemnización, el comiso de los objetos y de los bienes producto del delito, a la inhabilidad del empleo, profesión u oficio; y, en caso de reincidencia, la pena será de veinticinco años de reclusión mayor especial.

Si el infractor de estos delitos es el padre, la madre, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, los tutores, los representantes legales, los curadores o cualquier persona del contorno íntimo de la familia, los ministros de culto, los maestros y profesores y, cualquier otra persona que por su profesión u oficio hayan abusado de la víctima la sanción de dieciséis a veinticinco años de reclusión mayor extraordinaria, al pago de la indemnización, el comiso de los objetos y de los bienes producto del delito, a la inhabilidad del empleo, profesión u oficio.

Cuando la víctima es menor de doce años se aplica el máximo de la pena.

- 4) Al que induzca, promueva, favorezca, facilite la explotación sexual de personas menores de dieciocho años de edad, de las que tienen discapacidad, a cambio de remuneración o cualquier otra retribución, o se apropie de todo o parte de estos valores, será sancionado con pena de reclusión menor ordinaria de seis a nueve años y el comiso de los bienes adquiridos con los frutos del delito y al pago de la indemnización de daños y perjuicios. Si la víctima es menor de catorce años, la pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años. En caso de reincidencia, la pena será reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

- 5) Al que promueva, induzca, participe, facilite o favorezca la captación, traslado, acogida, recepción o entrega de personas recurriendo a la amenaza, violencia, engaño o cualquier otra forma fraudulenta con fines de explotación sexual, se lo castiga con pena de reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años. Si la víctima fuere una persona menor de dieciocho años de edad, se aplicará el máximo de la pena.

Se podría aplicar la pena de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, cuando concurren una o más de las siguientes circunstancias: si la víctima fuere una persona menor de doce años; si hay abuso de autoridad, o de una situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima; si el ofensor es cónyuge, conviviente o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la víctima; si el infractor tiene algún tipo de relación de confianza, autoridad, si es representante legal, padrastro o madrastra de la víctima o ministro de culto; y, si la víctima, como consecuencia del delito,

sufre una lesión física o daño psicológico permanente o contrae una enfermedad grave o mortal.

En la reforma del 2005⁵³ también se incluyó algunos delitos relacionados con la actividad turística que tenga relación con la explotación sexual:

⁵³ Hemos revisado algunos aspectos específicos de la reforma en cuanto a las modificaciones que se introdujeron en algunos tipos penales, y la incorporación de nuevos tipos penales que castigan la explotación sexual y el tráfico de personas, pero la reforma trascendió a otros aspectos que deben ser puestos de relieve.

Dos elementos generales de la reforma que se deben resaltar son: el haber eliminado cualquier referencia a la vida privada, o anterior, de la víctima para justificar los delitos, y el haber establecido que es irrelevante su "consentimiento", o el de cualquier otra persona, en los casos en que se configuran los delitos sexuales y de trata de personas. En el primer caso se busca conseguir que en la investigación y juzgamiento de estos delitos la discusión central sea sí existió, o no, un atentado contra la libertad personal, en especial cuando el sujeto pasivo es mayor de edad, y no sobre su vida privada, medio de defensa que se usa con frecuencia descalificando a la víctima por su profesión, su ropa, sus actividades personales previas al delito, etc. En el segundo caso la reforma contribuye a disminuir la presión que sufren las víctimas, y sus familiares, de parte de los responsables de estos delitos, quienes buscan evitar la sanción por la declaración posterior de la víctima de que existió alguna forma de "consentimiento".

Para los delitos sexuales y la trata de personas únicamente se aceptan dos atenuantes: la presentación voluntaria a las autoridades y la colaboración en la investigación del delito (art. 29 y 29 A de la reforma)

Se añadió una circunstancia agravante, no constitutiva de la infracción, en el artículo 30 del Código de Penal: "Ejecutar la infracción por motivos de discriminación, referente al lugar de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole" (numeral 6), y se añadieron agravantes particulares para los delitos sexuales y de trata de personas (algunas se encuentran contenidos en algunos de los tipos penales como agravantes constitutivas), que se aplican sin perjuicio de la agravantes generales, estos son (artículo 30 A):

1. Si la víctima es una persona mayor de sesenta años o menor de dieciocho años de edad, persona con discapacidad o de aquellas que el Código Civil considera incapaces;
 2. Encontrarse la víctima, al momento de la comisión del delito, en establecimientos públicos o privados, tales como los de salud, educación, culto, investigación, asistencia o refugio, en centros de rehabilitación social o en recintos policiales o militares, u otros similares;
 3. Aprovecharse de que la víctima atraviesa por una situación de vulnerabilidad, extrema necesidad económica o de abandono;
 4. Haber contagiado a la víctima con una enfermedad grave, incurable o mortal, o haberle producido lesiones que causen incapacidad permanente, mutilaciones, pérdida o inutilización de órganos, discapacidad física, perturbación emocional, trastorno psicológico o mental;
 5. Si la víctima estuviere o resultare embarazada, o si estuviere en puerperio, o si abortare como consecuencia de la comisión del delito;
 6. Si la víctima estuviere incapacitada física o mentalmente;
 7. Tener el infractor algún tipo de relación de poder y/o autoridad sobre la víctima, o si es adoptante, tutor, curador o si tiene bajo su cuidado, por cualquier motivo, a la víctima;
 8. Compartir con la víctima el ámbito familiar;
 9. Conocer a la víctima con anterioridad a la comisión del delito;
 10. Si el delito sexual ha sido cometido como una forma de tortura, o con fines de intimidación, degradación, humillación, discriminación, venganza o castigo;
 11. Si el delito ha sido cometido por funcionarios públicos, docentes o ministros de algún culto, que han abusado de su posición para cometerlo, por profesionales de la salud y personas responsables en la atención del cuidado del paciente; o cualquier otra clase de profesional o persona que hubiere abusado de su función o cargo para cometer el delito; y,
 12. Haber utilizado para cometer el delito, alguna sustancia que altere el conocimiento o la voluntad de la víctima.
- En la reforma se considera como circunstancia agravante, de cualquier delito, las relaciones de familia existentes entre la agresor y la víctima⁵³.

Únicamente en los delitos sexuales o de trata de personas se puede condenar a las personas mayores de sesenta años a penas de reclusión mayor u ordenar prisión preventiva domiciliaria (art. 57 CP). Además se establece que de cumplirse esta edad la pena se cumplirá en un establecimiento destinado a prisión correccional (a pesar de que no existen en la actualidad estos establecimientos de acuerdo a la nomenclatura usada por el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social).

- 1) Se castiga a quien organice, ofrezca o promueva actividades turísticas que impliquen servicios de naturaleza sexual.

La sanción general es de reclusión menor ordinaria de seis a nueve años y multa de diez mil a quince mil dólares de los Estados Unidos de América y la extinción de la persona jurídica o el cierre de la empresa, si pertenece a una persona natural, si la víctima es menor de 18 años la pena es de reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años y multa de quince mil a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América.

La pena puede ser de reclusión mayor extraordinaria de nueve a doce años, en los siguientes casos: cuando la víctima sea menor de doce años; cuando el ofensor se aproveche de la vulnerabilidad de la víctima o ésta se encuentre incapacitada para resistir, o se utilice violencia, amenaza o intimidación; cuando el ofensor sea cónyuge, conviviente o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la víctima; y, si tiene el infractor algún tipo de relación de confianza o autoridad, o si es representante legal, padrastro o madrastra de la víctima o ministro de culto.

- 2) Se castiga con pena de reclusión mayor ordinaria al que, por cualquier medio, adquiera o contrate actividades turísticas, conociendo que implican servicios de naturaleza sexual con personas menores de dieciocho años de edad.

Sí cualquiera de las conductas sancionadas como "explotación sexual" provoca la muerte de la víctima, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años⁵⁴.

Legislación internacional sobre el tema

El Código de la Niñez y Adolescencia es un reflejo de las definiciones contenidas en los instrumentos internacionales sobre el tema. Al momento al menos ocho instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador contienen normas que tratan de manera directa la explotación sexual a niños/as⁵⁵.

El principal instrumento sobre la materia (respecto de personas menores de edad) es la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁶ y su Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁵⁷ que obligan a nuestro país a tomar todas las medidas necesarias para proteger a los niños, niñas y adolescentes de "la incitación o la coacción para [...] que se dedique[n] a cualquier actividad sexual ilegal".

En caso de concurrencia de delitos se acumulan las penas hasta por 35 años; se establecen nuevos plazos de prescripción (de la acción y de la pena) para esta clase de delitos que es el doble del tiempo de la pena máxima, se elimina para esta clase de delitos la reducción, modificación y suspensión de penas, condenas y libertad condicional.

⁵⁴ Se castiga también con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años a quien con "violencia, amenaza, intimidación o engaño utilizare a personas mayores de edad, en espectáculos que impliquen la exhibición total o parcial de su cuerpo con fines sexuales".

⁵⁵ Obviamente hay una serie de disposiciones en instrumentos de carácter general que están relacionadas a este tema, como por ejemplo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículos 8 y 24), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 19), el Protocolo de San Salvador (artículo 16).

⁵⁶ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas por Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el país el 15 de febrero de 1990. Vigente desde el 2 de septiembre de 1990.

⁵⁷ Publicado en el Registro Oficial 382 de 21 de julio del 2004.

Este instrumento define a la prostitución infantil como la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución, y a la pornografía infantil como toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

Otros instrumento internacional clave en el tema, también ratificado por el Ecuador, es el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional⁵⁸ (Protocolo de Palermo), en el que se define a la **trata de personas** como “la captación, el transporte, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión, recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”, en el caso de los niños/as se considera “trata de personas” a la captación, el transporte, el traslado, la acogida o recepción de un niño/a, inclusive si no se recurre a alguno de los medios señalados antes.

Este instrumento cubre la prevención, investigación y penalización de las conductas descritas, establece la obligación a los estados parte de tipificar estas conductas y considerar sanciones a los autores y cómplices de las mismas (inclusive la tentativa); prevención de estas conductas y protección a las víctimas.

El Convenio 182⁵⁹ de la OIT (sobre las peores formas de trabajo infantil) incluye como una de las actividades prohibidas para personas menores de 18 años “La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas” y por tanto se establece la necesidad de tomar medidas inmediatas y eficaces para prohibir y eliminar las peores formas de trabajo infantil, lo que incluye (siempre considerando la importancia de la educación y teniendo en cuenta las necesidades de las niñas): elaborar y poner en práctica programas de acción, el establecimiento de sanciones penales, impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil, prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social, asegurar a todos los niños que hayan sido librados de las peores formas de trabajo infantil el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional, identificar a los niños que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos. Un elemento importante es que se da hincapié a la importancia al desarrollo social y económico, la erradicación de la pobreza y la educación universal.

Además de los analizados, los otros instrumentos relevantes son: la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud; Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena; Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores, Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

⁵⁸ Publicado en Registro Oficial 363 de 24 de junio del 2004.

⁵⁹ Ratificación de 10 de septiembre del 2000.

Trata y tráfico de menores de edad (artículo 70 CNA)

El CNA define al tráfico de niños, niñas y adolescentes como la "...sustracción, traslado o retención [de un menor de edad], dentro o fuera del país y por cualquier medio, con el propósito de utilizarlos en la prostitución, explotación sexual o laboral, pornografía, narcotráfico, tráfico de órganos, servidumbre, adopciones ilegales u otras actividades ilícitas" (artículo 70). Se consideran medios de tráfico, entre otros, la sustitución de persona, el consentimiento fraudulento o forzado y la entrega o recepción de pagos o beneficios indebidos dirigidos a lograr el consentimiento de los progenitores, de las personas o de la institución a cuyo cargo se halla el niño, niña o adolescente (artículo 70).

Delito de trata de personas

El CP castiga la "trata de personas", desde la reforma de junio del 2005⁶⁰, a la que define como "el promover, inducir, participar, facilitar o favorecer la captación, traslado, acogida, recepción o entrega de personas recurriendo a la amenaza, violencia, engaño o cualquier otra forma fraudulenta, con fines de explotación ilícita, con o sin fines de lucro"(artículo innumerado CP).

El CP tipifica a la explotación como: "toda forma de trabajos o servicios forzados, esclavitud laboral, venta y/o utilización de personas para mendicidad, conflictos armados o reclutamiento para fines delictuosos".

La sanción para la trata de personas es reclusión menor ordinaria de seis a nueve años. Si la víctima fuere una persona menor de dieciocho años, la pena será de reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años.

La pena podría ser de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años cuando en la trata de personas si se da alguna de las siguientes circunstancias: que la víctima sea menor de catorce años de edad; que, como consecuencia del delito, la víctima sufra lesión corporal grave o permanente, o daño psicológico irreversible; si el infractor es cónyuge, conviviente o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ascendiente o descendiente de la víctima; y, cuando el infractor se aprovechare de la vulnerabilidad de la víctima o ésta se encontrare incapacitada para resistir la agresión.

También se sanciona a "[q]uien venda, compre o realice cualquier transacción, en virtud de la cual una persona es entregada, por pago o cualquier otro medio, con fines de explotación...". La sanción es de seis a nueve años de reclusión menor ordinaria. Si la víctima es menor de

⁶⁰ En la reforma citada se introdujo un artículo que castiga a la "extracción y tráfico ilegal de órganos": "Quien, en forma dolosa, extraiga, trafique, transplante, venda o compre órganos, sustancias corporales o materiales anatómicos de cadáveres humanos, será reprimido con prisión de tres a cinco años.

La pena será de reclusión menor extraordinaria de tres a ocho años, si estos órganos, sustancias corporales o material anatómico provienen de personas vivas.

Si los órganos, sustancias corporales o materiales anatómicos pertenecen a personas menores de dieciocho años de edad o a personas con discapacidad, la pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años.

Si como consecuencia de la extracción de órganos, sustancias corporales o materiales anatómicos, se produjere la muerte o una incapacidad total y permanente, se aplicará la pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

Si el autor del delito es un profesional médico, obstetra o afín, a más de las penas señaladas en este Capítulo, quedará inhabilitado en forma permanente para el ejercicio de su profesión o actividad." (artículo innumerado CP).

dieciocho años, la pena será de reclusión mayor extraordinaria de nueve a doce años; y, si fuere menor de doce años, la pena será de doce a dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria.

Finalmente la reforma establece que es tentativa la oferta en venta, por tanto la sanción para los autores de tentativa⁶¹ sería una pena de uno a dos tercios de la que se les habría impuesto si el delito se hubiera consumado. Para la aplicación de la pena se debe tomar en consideración el peligro corrido por el sujeto pasivo de la infracción y los antecedentes del acusado (artículo 46 CP).

En la reforma aparece una referencia general a los fines de la trata de las personas "explotación ilícita" en el primer párrafo, en cambio en el segundo párrafo del mismo artículo se listan algunos fines específicos: trabajos o servicios forzados, esclavitud laboral, venta y/o utilización de personas para mendicidad, conflictos armados o reclutamiento para fines delictuosos. Pero obviamente la referencia general del primer párrafo a "explotación ilícita" permite incluir otros fines como el tráfico de órganos.

En cuanto a la trata de personas con fines sexuales la legislación ecuatoriana ha optado por tener un tipo penal específico en el capítulo "Explotación sexual" añadido en la reforma del año 2005 en los siguientes términos:

Art. ...- El que promueva, induzca, participe, facilite o favorezca la captación, traslado, acogida, recepción o entrega de personas recurriendo a la amenaza, violencia, engaño o cualquier otra forma fraudulenta con fines de explotación sexual, será reprimido con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años. Si la víctima fuere una persona menor de dieciocho años de edad, se aplicará el máximo de la pena.

Se aplicará la pena de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, cuando concurren una o más de las siguientes circunstancias:

1. Si la víctima fuere una persona menor de doce años;
2. Si hay abuso de autoridad, o de una situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima;
3. Si el ofensor es cónyuge, conviviente o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la víctima;
4. Si el infractor tiene algún tipo de relación de confianza, autoridad, si es representante legal, padrastro o madrastra de la víctima o ministro de culto; y,
5. Si la víctima, como consecuencia del delito, sufre una lesión física o daño psicológico permanente o contrae una enfermedad grave o mortal.

Un elemento final de la tipificación del delito de trata de personas es que la infracción puede, o no, tener un elemento transnacional, por tanto es posible reprimir estas prácticas cuando se dan localmente.

Legislación internacional sobre el tema

El más general de todos estos instrumentos es la Convención sobre los Derechos del Niño que en su artículo 35 establece que los Estados Parte tienen la obligación de "tomar todas las

⁶¹ Artículo 16 del Código Penal "Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica

Si el autor desiste voluntariamente de la acción está sujeto solamente a la pena por los actos ejecutados, siempre que éstos constituyan una infracción diversa, excepto cuando la Ley, en casos especiales, califica como delito la mera tentativa.

Si voluntariamente impide el acontecimiento, está sujeto a la pena establecida para la tentativa, disminuida de un tercio o la mitad.

Las contravenciones solo son punibles cuando han sido consumadas."

medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”.

En lo que se refiere al ámbito penal el instrumento principal en el sistema interamericano es la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 18 de marzo de 1994, en este instrumento se diferencia en el artículo 2 los “propósitos ilícitos” de los “medios ilícitos”.

En el literal b) se establece que “‘tráfico internacional de menores’ significa la sustracción, el traslado o retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos”. “Propósitos ilícitos” incluyen: prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor del Estado Parte en el que el menor se halle localizado”.

“Medios ilícitos” incluyen entre otros a: secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halle el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en Estado Parte en el que el menor se encuentre”.

Es evidente que esta materia existe un concurso de delitos, donde podemos encontrar delitos “medio” en un determinado país (coincidentes con los *medios ilícitos* del artículo 2 inciso d) y delitos “fin” en otro distinto (concordantes con los *propósitos ilícitos* del inciso c), lo que en este ámbito es la concurrencia de dos conductas penalmente reprochables.

Es claro que la Convención Interamericana no tipifica el delito de tráfico, establece una serie de de prácticas ilegales, o tentativa de las mismas, dejando a cada Estado Parte la tipificación del delito y su sanción.

Las obligaciones “cerradas del instrumento” se refieren al deber de *asistencia mutua* (artículo 8.a) y el de *intercambio de información* (inciso b). En cuanto a su propio ordenamiento -nivel intra-nacional-, cada uno debe dar cuenta de las medidas locales llevadas adelante, por un lado, para *prevenir* y *sancionar* el tráfico internacional de menores (artículo 7) y, por el otro, para *remover los obstáculos* que dificulten la aplicación de la Convención (artículo 8.c). Los mecanismos implementados para responder eficazmente al flagelo del tráfico se complementan con el artículo 10, a través del cual se introduce directamente un instituto propio del derecho penal en su dimensión internacional: la extradición . Si acordamos definir a la extradición como “un procedimiento por el cual un Estado entrega determinada persona a otro Estado, que la requiere para someterla a su jurisdicción penal a causa de un delito por el cual se ha iniciado proceso formal o se le ha impuesto condena definitiva”, cabe preguntarse en qué condiciones se autoriza ese requerimiento estatal. Aquel artículo prevé dos supuestos, teniendo en cuenta que los países pueden supeditar o no la extradición a la existencia de un tratado. Esta identificación de posibilidades, que constituye un dispositivo de rigor en numerosos acuerdos internacionales desde 1970, pretende evitar que se excluya al tráfico de menores como causal y ampliar así el campo de los delitos extraditables que ya desde aquella época se afianzaba como un modo de vencer en el campo penal el principio soberano y tradicional de territorialidad. Se trata, pues, de consagrar el principio de la *ubicuidad* para impedir la impunidad de los autores y partícipes del hecho mediante la universalización del castigo, que supone que a falta de entrega del presunto delincuente, el Estado deberá juzgarlo conforme a sus leyes (principio *aut dedere aut punire*). A su vez, la última parte del artículo 10,

que sujeta la extradición "a las demás condiciones exigibles por el derecho interno del Estado requerido", tuvo origen en un prolongado debate que concluyó con la redacción actual, permitiendo así su vinculación con los párrafos precedentes.

Pone fin a este apartado el artículo 11 que desplaza la mirada desde la figura del criminal hacia la víctima, al habilitar a las autoridades competentes del país donde el menor se encuentre a ordenar en cualquier momento su restitución inmediata. No sólo consideramos que esta disposición se orienta más a los aspectos civiles, razón por la cual su ubicación aquí resultaría inapropiada, sino que además, en general, disentimos con la multiplicidad de institutos que se regulan de manera poco organizada en las escasas cláusulas del capítulo.

El aspecto civil del tema se trata en la Convención de La Haya sobre aspectos civiles del Plagio de Niños de 1980 y en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 (CIDIP-IV), que coinciden los dos en el tratamiento de la materia ya que el objetivo es la restitución de los niños cuando estos han sido trasladados internacionalmente violando los derechos de guarda o custodia de uno de sus progenitores.

Ya vimos antes el tratamiento que da al tema el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional⁶² (Protocolo de Palermo).

Otras formas de abuso (artículo 78 CNA)

El artículo 78 señala la obligación de proteger a niños, niñas y adolescentes de cinco formas de abuso, todas ellas pueden afectar su desarrollo integral: el consumo y uso indebido de bebidas alcohólicas⁶³, tabaco, estupefacientes y sustancias psicotrópicas; la participación en la producción, comercialización y publicidad de bebidas alcohólicas, tabaco, estupefacientes y sustancias sicotrópicas, armas, explosivos y sustancias que pongan en riesgo su vida o integridad personal; el uso de armas, explosivos y sustancias que pongan en riesgo su vida o su integridad personal; la exposición pública de sus enfermedades o discapacidades orgánicas o funcionales, para la obtención de beneficios económicos; y, la inducción a los juegos de azar⁶⁴.

Me parece que no todas las situaciones descritas implican "abuso", algunas de ellas tienen en común la posibilidad cierta de afectar el desarrollo y salud (como el consumo de ciertas sustancias) o colocarlos en una situación de peligro que podría afectar su integridad personal y salud (uso de armas y explosivos), pero me parece que el objetivo de tratarlas en esta sección del CNA es permitir la aplicación de las medidas de protección contenidas en ese título de la ley.

Pérdida de niños, niñas y adolescentes (artículo 71 CNA)

El CNA define a la pérdida de niños, niñas y adolescentes como la "... ausencia voluntaria o involuntaria del hogar, establecimiento educativo u otro lugar en el que se supone deben permanecer, sin el conocimiento de sus progenitores o responsables de su cuidado".

⁶² Publicado en Registro Oficial 363 de 24 de junio del 2004.

⁶³ El dar bebidas alcohólicas o fermentadas a menores de edad o la admisión de estos en bares y tabernas son considerados contravenciones de segunda clase por tanto se les sanciona con multa de cuatro a siete dólares de los Estados Unidos de Norte América y prisión de un día (artículo 605 numerales 27 y 28 del CP).

⁶⁴ Algunos de estos temas se tratan en otras secciones del libro, por ejemplo en estudiar el trabajo infantil o el derecho a la salud.

La figura de pérdida de niños se encuentra ligada a otros derechos e instituciones jurídicas tratadas en el CNA, en particular el derecho a vivir en familia, la patria potestad y la tenencia, en mi opinión tratar esta situación de violación de derechos de manera diferenciada tiene como objetivo dar visibilidad a una particular situación de privación temporal (o permanente) del medio familiar de un menor de edad, y por tanto asegurar que se dicten políticas, se diseñen y ejecuten programas, proyectos y acciones para prevenir y atender estos casos, con las particularidades que presentan.

La pérdida de un niño, niña o adolescente, sin importar las razones que la provocan, implica que él o ella atraviesen una situación de especial vulnerabilidad que se incrementa mientras menor edad tiene el perdido y más tiempo transcurre desde el momento de la pérdida. Esta situación puede vulnerar varios derechos, el ya mencionado derecho a vivir en familia, pero también en algunos casos el derecho a la identidad en todas sus dimensiones, la integridad personal, la salud, vivienda, etc.

Los sistemas de atención a los casos de pérdida de niños, niñas y adolescentes demuestran la importancia de contar con un sistema que trate tanto la prevención, como el establecimiento de sistemas de búsqueda del desaparecido que al menos debe contar con los siguientes elementos: registro de datos, divulgación de los mismos, coordinación institucional, redes de búsqueda, investigación policial, apoyo a las familias, etc.

En el capítulo sobre las relaciones paterno-filiales examinaré con más detalle el inciso final del artículo 103 del CNA, en el que se establece como uno de los deberes fundamentales de los hijos e hijas el no abandonar el hogar de sus progenitores o responsables de su cuidado, o el que éstos les hubiesen asignado, sin autorización de aquellos.

Protección contra el traslado y retención ilícitos de niños, niñas y adolescentes (artículo 77 CNA)

El tema tratado en el artículo 77 parece equivocadamente situado en esta parte del CNA ya que se regula los aspectos civiles del traslado y retención ilícita de niños, niñas y adolescentes en violación a la patria potestad, el régimen de visitas o las normas de autorización de salida del país, todos estos temas regulados en el segundo libro del CNA, de hecho otro artículo (121) de ese segundo libro regula también el tema. En mi opinión esto se debe a que el legislador buscaba que se puedan aplicar las medidas de protección del artículo 79 del CNA, además de las del Libro III.

La forma asumida por el artículo 77 es la prohibición de los traslados ilícitos, a partir de esta prohibición se determina: a) el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en esa situación de ser reintegrados a su medio familiar y a gozar de las visitas de sus progenitores y otros parientes, y b) el deber del Estado de tomar todas las medidas que sean necesarias para lograr el regreso y reinserción familiar del niño, niña o adolescente.

Como se advirtió el artículo 121 del CNA también trata el tema, en el se establece la obligación que tienen los organismos competentes del Estado de arbitrar de inmediato todas las medidas necesarias para el retorno al país del menor de edad que ha sido llevado al extranjero, de acuerdo al artículo "en violación de las disposiciones del presente Código y de las resoluciones judiciales sobre ejercicio de la patria potestad y de la tenencia". Como obligación concreta se establece que los jueces nacionales deben exhortar a los jueces competentes del estado donde se encuentre el niño, niña o adolescente para su devolución.

Entiendo que esta norma pretende dar una solución a los casos de traslado ilícito a países, o desde países, con los que el Ecuador no tiene un convenio sobre la materia.

Medidas de protección comunes (artículo 79 CNA)

Las medidas de protección que se detallan en el artículo 79 no excluyen a otras que se contienen en el propio Código (artículo 217 CNA), o en otras leyes (por ejemplo la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia), sin embargo si la situación de amenaza o violación al derecho no se encuentra contenida en el Título IV del Libro I no se puede estas medidas de protección.

El artículo 215 del CNA define a las medidas de protección como 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 norma del 215 deja en claro que para tomarse la medida de protección no es necesario que se haya verificado la violación al derecho, pero sí debe existir un "riesgo inminente" de violación al derecho.

Esta norma también establece un criterio para seleccionar la medida, en caso de existir más de una medida adecuada aplicable al caso, ya que se deben preferir "aquellas que protejan y desarrollen los vínculos familiares y comunitarios". Pero de acuerdo al texto del artículo 79, y del artículo 219 del CNA, se puede tomar más de una medida si el caso así lo requiere.

Las medidas del artículo 79 son:

1. Allanamiento del lugar donde se encuentre el niño, niña o adolescente, víctima de la práctica ilícita, para su inmediata recuperación. Esta medida sólo podrá ser decretada por el Juez de la Niñez y Adolescencia, quien la dispondrá de inmediato y sin formalidad alguna;
2. Custodia familiar o acogimiento institucional;
3. Inserción del niño, niña o adolescente y su familia en un programa de protección y atención;
4. Concesión de boletas de auxilio a favor del niño, niña o adolescente, en contra de la persona agresora;
5. Amonestación al agresor;
6. Inserción del agresor en un programa de atención especializada;
7. Orden de salida del agresor de la vivienda, si su convivencia con la víctima implica un riesgo para la seguridad física, psicológica o sexual de esta última; y de reingreso de la víctima, si fuere el caso;
8. Prohibición al agresor de acercarse a la víctima o mantener cualquier tipo de contacto con ella;
9. Prohibición al agresor de proferir amenazas, en forma directa o indirecta, contra la víctima o sus parientes;
10. Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña;
11. Suspensión del funcionamiento de la entidad o establecimiento donde se produjo el maltrato institucional, mientras duren las condiciones que justifican la medida;
12. Participación del agresor o del personal de la institución en la que se haya producido el maltrato institucional, en talleres, cursos o cualquier modalidad de eventos formativos; y,
13. Seguimiento por parte de los equipos de trabajo social, para verificar la rectificación de las conductas de maltrato.

En las medidas contenidas en el artículo 79 se pueden diferenciar aquellas que tienen por finalidad cesar la amenaza o violación al derecho de manera inmediata y proteger en la situación emergente al menor de edad, de las que se dirigen a superar la situación de vulneración del derecho de manera más permanente. Ejemplo de las medidas del primer tipo son las de los numerales 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11. De las del segundo tipo la de los numerales 2, 3, 12 y 13. De igual forma se puede distinguir aquellas que son judiciales (numerales 1, 2), de las medidas de naturaleza administrativa (numerales 2 al 13). Las medidas de naturaleza administrativa pueden ser resueltas tanto por los Jueces de la Niñez y Adolescencia, como por las juntas cantonales de protección de derechos (artículo 218 CNA).

Las medidas de protección acogimiento institucional y la custodia familiar pueden ser decididas de manera emergente por las entidades de atención y las juntas cantonales de protección de derechos, pero la decisión definitiva sobre las mismas únicamente le corresponde al Juez de la Niñez y Adolescencia competente de acuerdo a lo dispuesto en el CNA en los artículos 217 y 218, por tanto también es una obligación de la Junta Cantonal cuando toma esa medida informar en el plazo de 72 horas al juez para que resuelva lo correspondiente.

Las medidas de protección contempladas en los numerales 2 a 9 y 12 y 13 pueden ser dispuestas por las entidades de atención⁶⁵ de manera emergente, pero se encuentran limitadas a un plazo de 72 horas, tiempo dentro del cual deben comunicar a la entidad competente para que disponga la medida definitiva (dependiendo de la medida emergente resuelta se podría informar al juez competente o a la Junta Cantonal).

Las condiciones que habilitan a que una entidad de atención pueda tomar una de esas medidas son: 1) que la situación sea una emergencia, 2) debe contarse con indicios serios de agresión o amenaza contra la integridad física, psicológica o sexual del niño, niña o adolescente o 3) ser un delito flagrante.

1) Ser una emergencia

Considero que una emergencia en el contexto del artículo debería ser entendida como un evento que requiere una acción inmediata para evitar el daño

2) Se requiere de "indicios serios", por tanto es suficiente contar con información que nos permita inferir o concluir que existe maltrato, o alguna de las violaciones tratadas en el título IV, por tanto para tomar la medida emergente no se requiere de certeza, pero sí de información creíble.

3) La otra posibilidad para decidir sobre la medida emergente es cuando existe un delito flagrante. El CPP en su artículo 162 define al delito flagrante⁶⁶ como "el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su comisión, si el autor es aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos al delito recién cometido". Como hemos visto varias de las situaciones contempladas en el Título IV se encuentran tipificados como delitos, por tanto quien

⁶⁵ De acuerdo al artículo 209 del CNA las entidades de atención son las que "tienen a su cargo la ejecución de políticas, planes, programas, proyectos, acciones y medidas de protección y sanción, de acuerdo a las políticas y planes definidos por los organismos competentes y a las instrucciones de la autoridad que legitimó su funcionamiento".

⁶⁶ El artículo 161 del CPP permite que cualquier persona pueda realizar la aprehensión de una persona encontrada en delito flagrante. Una vez realizada la aprehensión se debe entregar inmediatamente al responsable a la policía.

presencia la comisión de un delito o inmediatamente después con “armas, instrumentos, huellas o documentos” las entidades de atención pueden resolver alguna de las medidas de protección que la ley les faculta en este caso.

Sanciones

El CNA establece algunas sanciones, además de las que se podrían aplicar en el ámbito penal⁶⁷. Las sanciones en estos casos se pueden dar en relación a las instituciones y personas responsables de maltrato institucional como lo dispone los artículos 213, 247, 248, 253.9 del CNA. En relación a los maltratantes individualmente considerados se puede aplicar sanciones de acuerdo a los artículos 79, 112, 113, 248.

En el caso de los progenitores el maltrato y el abuso sexual pueden llevar a la suspensión o a la privación o pérdida de la patria potestad (artículos 112 y 113 CNA).

Otra respuesta a los casos de maltrato y abuso es la prohibición de trabajo de los adolescentes mayores de 15 años en hogares en sus miembros tengan antecedentes de maltrato y abuso (artículo 87.7 del CNA).

⁶⁷ El maltrato físico podría configurar el delito de lesiones (artículos 463 a 473 de Código Penal) o si la incapacidad para el trabajo es menor a tres días podría ser considerada una contravención en los términos del artículo 603 numeral 3 del CP, o de ultraje de acuerdo al numeral 10 del mismo artículo; el abandono voluntario de un menor de edad configura el delito de abandono de personas (artículos 474 a 480 del CP).