

Principio de protección integral en el proyecto del nuevo Código de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Un análisis crítico.

Juan Montaña Pinto⁹

*“(…)Ven conmigo a las sombra de las administraciones
Al débil, delicado calor pálido de los jefes (...)
Examinemos ahora los títulos y las condiciones
Las actas especiales, los desvelos
Las demandas con sus dientes de otoño nauseabundo
La furia de cenicientos destinos y tristes decisiones (...)
Rodad conmigo a las oficinas, al incierto
Olor de los ministerios, y tumbas y estampillas
Venid conmigo al día en que se muere
Dando gritos de novia asesinada”*

Pablo Neruda

Residencia en la Tierra¹⁰

Resumen

El texto, que el lector tiene en sus manos, realiza un análisis crítico del proyecto de Código Orgánico de las niñas, niños y adolescentes, que se discute actualmente en la Asamblea Nacional y que fue aprobado en primer debate. Para ello, se ponen en cuestión los fundamentos conceptuales de la reforma y en particular el concepto de protección integral como eje articulador declarado de la reforma, con los resultados concretos plasmados en las disposiciones del proyecto. Paralelamente, el texto revisa con pretensiones de historicidad los aportes concretos del vigente CONA en la protección de los niños y las niñas ecuatorianos frente a los argumentos y las justificaciones esgrimidas por los especialistas sobre la necesidad de reformar o no la legislación de niñez en el país.

9. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Jurisprudencia de la UCE.

10. Cfr. Neruda Pablo, *Residencia en la Tierra*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2009, pp. 109-110.

Palabras claves: enfoque de derechos, protección integral, reforma integral, derechos de los niños, niñas y adolescentes.

1. Introducción

Hace pocas semanas la Comisión ocasional de Niñez de la Asamblea Nacional aprobó en votación mayoritaria el informe final del primer debate del proyecto de Código Orgánico de protección integral de los niños, niñas y adolescentes. El objetivo fundamental de este proyecto, que todavía espera un complicado trámite en segundo debate antes de convertirse en ley era y es, reconstruir el Sistema Nacional de protección integral de la niñez que fuera desmantelado en los últimos 10 años. El sistema de acuerdo con los redactores del proyecto debería estar anclado profundamente en los postulados del principio de protección integral y ser una materialización del enfoque de los derechos humanos; debe también incorporar las últimas tendencias y desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos en materia de infancia y adolescencia.

En ese contexto, el presente trabajo busca examinar críticamente tanto los objetivos, como el proceso y el resultado de la reforma que se está tramitando poniendo especial énfasis en la consistencia y coherencia entre el enfoque de derechos, las condiciones técnicas, sociales y políticas que ha debido enfrentar y superar el proyecto y los resultados normativos.

Para ello, utilizando un método meramente descriptivo y analítico el texto primero revisa los fundamentos del enfoque de derechos como arco conceptual obligado de la reforma; luego en un segundo epígrafe pone el acento en encontrar una definición mínima de protección integral que pueda servir de eje articulador de la reforma. Posteriormente, se examinan críticamente los aportes concretos del vigente CONA en la protección de los niños y las niñas ecuatorianos y se examinan las vicisitudes y los retos que debió superar y no lo hizo el código vigente. En un siguiente apartado se discuten los argumentos y las justificaciones objetivas y

subjetivas sobre la necesidad de reformar o no la legislación de niñez en el país; se revisa el accidentado camino de la reforma hasta el día de hoy y finalmente se hace un análisis impresionista de los resultados.

2. El enfoque de derechos. Un marco de referencia obligado

Paralelo al desarrollo del Estado Constitucional, en los últimos 50 años, se ha perfeccionado conceptualmente lo que se conoce como, enfoque de derechos humanos. Este se sustenta en la dimensión subjetiva de los derechos humanos¹¹ de acuerdo con la cual éstos son un conjunto de facultades que tenemos todas las personas para exigir al Estado y la Sociedad la satisfacción de las necesidades básicas, materiales e inmateriales, que configuran nuestra dignidad.

La adopción de este enfoque y la consideración de los derechos como límites al poder del Estado busca asegurar unas condiciones mínimas de libertad e igualdad para las personas y corregir, de ser necesario, las prácticas discriminatorias y el injusto reparto del poder que obstaculizan o impiden la vida digna. Para ello, los Estados y sus instituciones tienen tres obligaciones básicas, o si se quiere tres caras de una obligación única: deben respetar, proteger y garantizar los derechos de las personas y cada derecho en particular. Respetar los derechos ha sido entendido comúnmente como, abstenerse de interferir en el disfrute de ese derecho; Protegerlos implica evitar que otras personas impidan o

11. De acuerdo con la doctrina más aceptada los derechos humanos tienen una doble dimensión. Por una parte los derechos humanos son una expresión de la naturaleza humana y por ello se manifiestan como facultades intrínsecas al ser humano para proteger su dignidad y su autonomía frente a la acción del Estado y de terceros; pero también, son una manifestación jurídica y un producto artificial del hombre. En esta segunda dimensión llamada dimensión objetiva los derechos humanos convertidos en derechos constitucionales operan como elementos objetivos que dan sentido y legitimidad al Estado, puesto que el poder del Estado en sus diferentes manifestaciones encuentra su justificación, legitimación y origen en los derechos humanos una vez han sido constitucionalizados. Sobre la doble dimensión de los derechos Cfr. Pérez Luño Antonio, *Los derechos Fundamentales*, Técnos Madrid 1998; también: Pérez Royo Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Lección 10, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 192.

interfieran en su disfrute; y, garantizarlos se refiere a la obligación de las autoridades estatales de adoptar medidas concretas¹² que permitan a las personas disfrutar de sus derechos.

Sin embargo, cuando hablamos de proteger y garantizar los derechos no hablamos de proclamar una dignidad en términos abstractos, como ocurría en el pasado,¹³ sino de la satisfacción efectiva de las necesidades materiales e inmateriales de las personas en su contexto. En ese sentido, la protección y garantía de los derechos humanos se manifestaría de diferente manera en función de las necesidades específicas y de las desigualdades concretas de cada uno. Estas condiciones particulares en las que se expresa la dignidad han variado a lo largo de la historia de los derechos humanos y en la actualidad se materializan en distintas categorías, o condiciones como el género, la etnia, la pertenencia cultural, la condición social y también, cambian de acuerdo con el enfoque metodológico o disciplinar que se utilice para estudiarlas.

Así, aunque los derechos humanos son universales, su protección no es la misma si se tiene o se carece de enfoque de género. Examinar los derechos humanos con un enfoque de género nos permite reconocer que desde tiempos inmemoriales las sociedades humanas han asumido y adoptado una forma de organización social patriarcal donde las mujeres han sido objeto permanente de explotación y discriminación;¹⁴ y nos permite registrar cuáles son las diferencias que la sociedad ha establecido para hombres y mujeres, así como el valor que se les ha otorgado; y nos permite

12. Medidas concretas que se transforman en normas, políticas y procedimientos, incluida la asignación de recursos que hagan realidad los derechos.

13. Desde la aparición del constitucionalismo liberal a fines del siglo XVIII, pero especialmente después de la Segunda Guerra Mundial el sujeto protegido por los derechos humanos era el hombre primero y luego el ser humano en abstracto.

14. Véase a manera de ejemplo la condición de la mujer en el mito sobre el origen de la humanidad en el Génesis y sobre todo la responsabilidad de ésta en el incumplimiento del plan divino. Cfr. Génesis Capítulo 2 versículos 21 y 22 y Génesis, Capítulo 3 versículos 6 a 19.

orientar el diseño de las estrategias de intervención en función de alcanzar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

A su vez, a pesar de que los derechos humanos ostentan una pretensión de universalidad la protección de los derechos humanos no es jurídicamente idéntica si estamos entre personas de un mismo país o entre ellos y los extranjeros;¹⁵ peor aún, si hablamos de sociedades y culturas diversas.¹⁶ En ese sentido, si estamos en un contexto socio económico y cultural diverso donde coexisten y se yuxtaponen históricamente formas extremas de discriminación racial, social, económica y cultural debe reconocerse que la vigencia plena de los derechos humanos no es posible sin tomar en consideración esas condiciones culturales y económicas distintas y sobre todo es imposible hablar de derechos humanos si olvidamos el solapamiento de ejes de opresión y en tal sentido debe asumir lo que hoy en día se conoce como enfoque interseccional. La interseccionalidad, es un modelo de explicación estructural de la discriminación, desarrollada por un sector del feminismo negro norteamericano, que reconoce que las mujeres no solo sufren opresión u ostenta privilegio con base a su género sino que esta condición de discriminación o privilegio depende además y sobre todo de su pertenencia a múltiples categorías sociales o culturales;¹⁷ y que la defensa o protección contra este tipo de discriminación debe tomar en cuenta estas específicas condiciones étnicas, sociales o culturales.

Pero además, en el caso de los derechos humanos las normas y las políticas públicas dirigidas a respetarlos, protegerlos y garantizarlos obligatoriamente deben construirse desde una perspectiva

15. Sobre la diferencia entre igualdad jurídica, legal o constitucional e igualdad humana Cfr. Pérez Royo Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid 2012, pp. 193.

16. Sobre la aplicación de los derechos humanos en contextos culturales diversos al occidental Cfr. Kymlicka Will, *Ciudadanía Multicultural, una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Editorial Paidós, Barcelona 1996.

17. Cfr. Kimberle Crenshaw, *Critical Race Theory*: UCLA, 1989.

transdisciplinaria que tome en cuenta las distintas facetas y disciplinas que analizan el contenido de la dignidad humana.

3. Una definición mínima de protección integral de los derechos de los niños

Uno de los resultados más reveladores de la aplicación del enfoque de derechos humanos, fue el surgimiento de la doctrina de la protección integral. Esta doctrina o teoría aparece por primera vez de manera explícita con ocasión de la entrada en vigor de la Convención de Derechos del Niño,¹⁸ y paulatinamente se ha ido generalizando luego para todos los sujetos de protección prioritaria definidos por el derecho internacional de los derechos humanos; a tal punto que hoy en día la doctrina de la protección integral se ha transformado en el sustento teórico y conceptual del derecho internacional y constitucional en los últimos 35 años.

La doctrina de la protección integral representó un salto cualitativo fundamental en el tratamiento y consideración de las personas más vulnerables de la sociedad.¹⁹ Se basa en el reconocimiento de que todos los seres humanos, con independencia de sus condiciones económicas, sociales y/o culturales, son sujetos plenos de derechos y no, como se pensaba en el pasado, objetos de tutela, protección control o represión por parte del Estado o la sociedad.

Este modelo permite al Estado y a la sociedad promover, proteger y garantizar integralmente el contenido de los derechos de las personas; así como, también, repararlos en caso de vulneración. Esta doctrina tiene múltiples facetas y se ha desarrollado desde diferentes ámbitos, manifestándose en desarrollos teóricos, principios éticos, normas jurídicas, planes, programas y acciones concretas emanadas y ejecutadas desde el Estado y la sociedad

18. Que comenzó a discutirse en 1979 con ocasión del año internacional del niño y terminó adoptándose en 1989 con la entrada en vigencia de la Convención de los Derechos del Niño.

19. Cfr. García Méndez Emilio, La legislación de menores en América Latina, En: Derecho de la Infancia y adolescencia en América Latina, Unicef, Bogotá, 1998.

civil para garantizar, sin discriminación alguna, el goce efectivo de los derechos humanos de todas las personas,²⁰ pero especialmente de aquellos que históricamente han sufrido discriminación, han estado o están en condiciones de vulnerabilidad.

Abarca tanto acciones y políticas generales encaminadas a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas; acciones y políticas específicas dirigidas a garantizar y proteger los derechos especiales de determinados grupos de población considerados especialmente vulnerables; como acciones y políticas encaminadas a reparar y restituir los derechos vulnerados por la acción y omisión del Estado y los particulares en contra de personas concretas. El objetivo de las acciones y políticas públicas generales es la generación de condiciones sociales, materiales y subjetivas que permitan la satisfacción de las respectivas necesidades de las personas en general que cuando cumplen su objetivo garantizan el disfrute universal de los Derechos en igualdad de condiciones para todos. A su vez, el objetivo de las acciones y políticas específicas dirigidas a las personas y grupos de atención prioritaria es la atención concreta y especializada de sus intereses, necesidades y situaciones particulares, que se concretan en derechos y garantías específicos necesarios para promover y garantizar efectivamente su derecho a la igualdad material y no discriminación. Y que son eficaces cuando logran asegurar en la realidad las condiciones mínimas para la vida digna y el desarrollo integral de las personas y colectivos sociales más vulnerables. Finalmente, el objeto de las políticas y acciones de restitución de los derechos es la restauración completa del plan de vida de aquellos que han sufrido vulneración de derechos y se concretan en las políticas y servicios de “protección especial”.

La Protección Especial en tanto, manifestación específica de la protección integral tiene también dos dimensiones: de un lado es

20. Esta definición operativa de protección integral se ha tomado de: Buais Yuri, *Ley de protección integral de la niñez y adolescencia comentada de El Salvador* Libro Primero, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2012.

un componente objetivo que define el alcance de las obligaciones reparatorias y restitutorias del Estado, pero también un derecho autónomo diferenciado. Desde esta última perspectiva, la protección especial se define como “*el derecho que tienen las víctimas de violación de derechos humanos a obtener su restitución por parte del Estado y la sociedad*”. No está dirigida al reconocimiento o garantía de derechos sino que se activa frente a situaciones que impiden su ejercicio normal. Cuando opera la protección especial ya no hablamos de reconocimiento o garantía de derechos universales de todas las personas, o específicos de una de ellas, pues lo que se busca es proteger a las víctimas concretas de la violación de un derecho de las situaciones adversas que atentan contra su dignidad. Se trata de un derecho medio que se concreta en el funcionamiento de una estructura jurídica e institucional dirigida a la restitución de la dignidad de las personas que han sido víctimas de la vulneración de sus derechos.²¹

Así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en multitud de ocasiones y con particular claridad en el Caso Villagrán Morales Vs Guatemala.²² En este caso la Corte interamericana estableció que a la luz de la Convención de los Derechos de los Niños, la vulneración de derechos de los “niños de la calle”, era especialmente grave no solo porque fueran niños, niñas y adolescentes,²³ sino además por la propia omisión del Estado guatemalteco que toleró en su territorio una práctica sistemática de violencia,²⁴ contra niños en situación de riesgo, por parte de agentes de seguridad del Estado. La Corte determinó que

21. Cfr. Beristain Carlos, Diálogos sobre Reparación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

22. También, en la opinión consultiva 017 de 2002 sobre la situación jurídica del niño.

23. Que como tales, y en función del principio de prioridad absoluta sus derechos gozan de garantía agravada. Cfr. Artículo 3 párrafo 1 de la CDN y observación general 14 del Comité de Derechos del Niño.

24. El argumento era las necesidades de la lucha contra la delincuencia juvenil y las pandillas que proliferaban en el país.

cuando el Estado se abstiene de actuar en defensa de los derechos de personas en situación de vulnerabilidad, como los niños, los convierte en víctimas de una doble vulneración: en primer lugar estas actuaciones atentan directamente contra su integridad física, psíquica y moral de los niños²⁵ pero además, la omisión del Estado y de sus instituciones en cumplir sus obligaciones les priva a estos niños de las mínimas condiciones de vida digna y les impide desarrollar su personalidad. En ese sentido, el derecho a la protección especial no solo abarcaría el conjunto de medidas orientadas a restituir los derechos sino, que incluye acciones dirigidas a devolverles las condiciones de vida digna a las víctimas y a sus familias, así como asegurar que estas vulneraciones no se vuelvan a repetir.²⁶

Finalmente, las políticas públicas de Protección Especial se materializan en normas, procedimientos y acciones administrativas y/o judiciales dirigidas a garantizar la reparación y restitución de los derechos de las víctimas directas o indirectas y su ámbito de acción es muy amplio ya que va desde la existencia de medidas de reconocimiento simbólico de la vulneración de los derechos; la garantía de no repetición de los hechos que generaron la violación; la atención integral de las víctimas; la rehabilitación de la salud física y psicológica; y, la obligación del Estado de investigar a los responsables directos e indirectos de los mismos. En casos específicos puede conllevar a la prestación de servicios públicos y a la compensación económica de los daños y perjuicios.

25. Vulnerando el artículo 6 de la CDN.

26. En ese sentido, la protección especial cumple seis objetivos principales: Reconocer la dignidad humana de las víctimas; Mostrar solidaridad con ellas; Atender de forma específica y personalizada las necesidades de las víctimas; Ayudarlas a enfrentar las consecuencias individuales y colectivas de la violación de sus derechos; Generar las condiciones mínimas para la reconstrucción del plan de vida de las víctimas; y, Definir un camino de restablecimiento de la confianza de las víctimas en la sociedad y el Estado.

4. El CONA y sus aportes a la protección integral de los derechos de los niños ecuatorianos

El Código de la Niñez y adolescencia es considerado por muchos²⁷ como la herramienta normativa más importante producida en Ecuador en los últimos 30 años. Representó, en su momento, el más significativo avance jurídico sobre niñez desde los inicios de la República, al introducir al país en la lógica y los principios del derecho internacional de los derechos humanos, a través de la introducción en el territorio ecuatoriano de la doctrina de la protección integral.

En primer lugar, en armonía con los mandatos de la CDN, reconoció a los niños y niñas ecuatorianas su condición de sujetos plenos de derecho e introdujo en el país la doctrina de la protección integral; instituyó, así mismo, derechos específicos relacionados con la garantía de la vida digna, el desarrollo y la participación de los niños en las decisiones políticas que le incumbían.

Además, hizo posible una muy notable experiencia de participación ciudadana. Entró en vigencia el día 3 de enero de 2003 luego de un importante proceso de construcción colectiva que incluyó una consulta nacional tanto a NNA como a la inmensa mayoría de las organizaciones e instancias de la sociedad civil vinculadas a la protección y defensa de los derechos de los niños en el Ecuador. Este proceso de participación se desarrolló a través de una consulta nacional que incluyó foros y talleres en todas las provincias y en un número muy significativo de los cantones del país. También, se efectuaron reuniones y consultas con actores clave en la defensa de los intereses y derechos de los NNA. El proceso, además, contó con los aportes sustantivos de importantes instituciones públicas, semipúblicas y privadas y la asistencia técnica y el apoyo institucional de organismos y personas vinculadas al sistema de Naciones Unidas. El resultado del proceso fue la expedición de un Código cuyo principal

27. Cfr. Simon Farid, *Op. Cit.*, pp.

contribución fue la introducción de la doctrina de protección integral en nuestro país. A partir de allí se desataron importantes transformaciones institucionales que condujeron al abandono definitivo de aquellas visiones desconocían la existencia jurídica de los niños o los veían, en el mejor de los casos, como objetos de tutela de los adultos. Esto se consiguió a través de la normativización de la idea de que los niños son sujetos plenos de derechos; idea que se materializa en el principio del interés superior del niño.

El desarrollo de este principio permitió redefinir integralmente el contexto normativo y administrativo del país al establecer, la primacía y prevalencia que las normas, políticas públicas y erogaciones presupuestarias destinadas a satisfacer las necesidades de los NNA derechos de los NNA. Pero además, en un ejercicio de realismo político y jurídico consagró como principio fundamental de aplicación de los derechos las normas y las políticas públicas el principio de progresividad según el cual el ejercicio de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes será progresivo en función de la edad y el grado de madurez de los niños. El código además, asumió como propia la clasificación de los derechos desarrollados por la Convención de los Derechos del Niño, que distingue a los derechos de los niños en derechos de supervivencia, desarrollo participación y protección especial. Con ello, se logró superar en Ecuador la restrictiva clasificación tradicional de los derechos en derechos de primera, segunda y tercera generación dándole carácter jurídico pleno a derechos tan importantes como la educación, la salud y la cultura, que hasta ese momento tan solo eran principios y objetivos de la política pública. El CONA además, incorporó, por primera vez en el país, aquella idea de que sin garantías efectivas y mecanismos institucionales de carácter administrativo y judicial era imposible la garantía y eficacia de los derechos de NNA. También, desarrolló los procedimientos y las medidas de protección de los derechos a fin de garantizar su restitución integral.

Pero, sin duda la contribución más tangible del Código fue la creación del Sistema Nacional Descentralizado de protección integral.²⁸ El sistema se estructuró en tres ámbitos: el espacio de las normas e instituciones encargadas de definir las políticas públicas; el ámbito de las normas, instituciones y procedimientos encargados de proteger y restituir los derechos de los niños; y la esfera de las instituciones encargadas de la ejecución de las políticas públicas.

De las instituciones y organismos del sistema dedicados a la generación de políticas el más importante era el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia,²⁹ órgano encargado de generar las directrices generales de la política y asegurar la armonía entre las políticas nacionales y las locales. En el plano de la ejecución de las políticas de atención las instancias más importantes eran los “Consejos Cantonales de la Niñez”, organismos municipales encargados de ejecutar las políticas locales de garantía de los derechos, políticas que debían estar en armonía con las directrices generales determinadas por el consejo nacional de la niñez y adolescencia. Por su parte, el subsistema de protección de los derechos estaba anclado en unas “juntas de protección de derechos” organizadas en cada cantón para tramitar las denuncias sobre vulneración de derechos de NNA y dictar medidas administrativas de protección. También, tenían competencia para hacer seguimiento al cumplimiento de estas medidas. El Código también definía de manera clara cuales eran las medidas de protección que podía ser adoptadas por las juntas y el resto de los integrantes del sistema nacional de protección integral de la niñez.

28. A través del Sistema Nacional de Protección integral se debían formular y desarrollar las políticas, los planes y los programas dirigidos a la protección de los niños y se establecían las instituciones vinculadas y sus competencias, distinguiendo entre aquellos organismos encargados de formular las políticas nacionales y locales y aquellos que se ocupaban de ejecutarlas.

29. El Consejo de la Niñez era un órgano mixto integrado paritariamente por representantes del Estado y de la sociedad civil.

Pero además, el CONA también sirvió de inspiración teórica y política al proceso de cambio constitucional que vivió el país en los años 2007-2008, constituyéndose en plataforma conceptual para la teoría general de los derechos y garantías desarrollados por la Constitución de 2008. En efecto, la influencia teórica y la legitimidad política del CONA fueron tan grandes que una de las cinco agendas políticas fundamentales del proceso constituyente de Montecristi, (la agenda de los derechos),³⁰ tomó como modelo teórico al CONA. En ese sentido, el desarrollo del principio de igualdad, la aplicación preferente y directa de los derechos y su plena justiciabilidad, la interpretación pro niño, el principio de progresividad y no regresividad de los derechos o el principio de interdependencia e igual jerarquía de los derechos fueron tomados del CONA y de la doctrina de protección integral desarrollados por la Convención y sus observaciones generales, fueron convertidas en norma constitucional aplicable para todos los derechos.

Esta “constitucionalización inversa tuvo importantes repercusiones muchas de ellas positivas para el derecho de los niños y otras no tanto. Entre las consecuencias positivas de la conversión del derecho internacional de la niñez en normas constitucionales están, por supuesto, el carácter supremo y la fuerza vinculante que asumieron las normas sobre niñez; su conversión en normas jurídicas de directa e inapelable aplicación sin requerir desarrollo legal adicional; o la garantía jurisdiccional reforzada que adquirió el derecho de niñez y adolescencia”.

Pero también, generó problemas que a la postre determinaron la inviabilidad del código en su conjunto. El principal de los cuales es que al generalizar la condiciones de aplicación propias de los derechos de los niños a todos los derechos de todas las personas se fisuró el elemento fundamental del derecho de la niñez, esto es, el principio de prioridad absoluta, pues si todos los

30. Sobre los componentes y los alcances de esta agenda Cfr. Montaña Juan, Introducción, En: Santos Boaventura de Sousa, Derecho y Emancipación, Corte Constitucional, Quito 2012. pp. 27 a 30.

derechos son interdependientes y de igual jerarquía como plantea el artículo 11.6 de la Constitución ecuatoriana el resultado es el desvanecimiento automático de la prioridad o preeminencia que los derechos de los niños tenían frente a los derechos del resto de la población; lo cual constituye una carga de profundidad para la doctrina de la protección integral en su conjunto.

5. Algunos argumentos importantes sobre la necesidad de la reforma integral

El CONA a pesar de su legitimidad y de su carácter progresista y a pesar de llevar más de 15 años de vigencia, no tuvo la eficacia que deseaban sus promotores. Esta falta de eficacia obedeció a distintas razones: En primer lugar, el CONA no pudo superar, sufrió las consecuencias y sucumbió a los efectos de la crisis orgánica que vivió el Ecuador entre 1996 y 2006, y que se expresa en la cantidad de gobiernos débiles que se sucedieron en esa década perdida de la democracia ecuatoriana, así como en la crisis económica que vivió el país y que llevó a casi 3 millones de ecuatorianos a la diáspora.

En segundo término, a pesar de que la Constitución en su parte dogmática se inspiró y recibió expresamente la influencia teórica de la Convención de los Derechos del Niño y del CONA,³¹ la generalización de estos principios a los demás derechos debilitó la especialidad y especificidad de los derechos y la institucionalidad para la niñez. En efecto, el sistema creado por el CONA fue uno de los damnificados del proceso de reinstitucionalización del país propiciado por el constituyente de 2008. Hay que recordar que en la constituyente de Montecristi confluyeron por lo menos cinco agendas y proyectos de país, a veces contradictorios que cohabitan en un precario equilibrio al interior del texto

31. Tanto es así, que el desarrollo del principio de igualdad, la aplicación preferente y directa de los derechos y su plena justiciabilidad, la interpretación pro niño, el principio de progresividad y no regresividad de los derechos o el principio de interdependencia e igual jerarquía de los derechos fueron tomados del CONA y de la doctrina de protección integral desarrollados por la CDN y sus observaciones generales.

constitucional de 2008.³² Una de ellas, es la agenda desarrollista, la cual a partir de una visión antiimperialista y nacionalista del Estado y en una visión centralista y centralizadora de la administración pública realizó la reconstrucción del Estado. La otra era la agenda de los derechos que se expresó en la constitucionalización del enfoque de derechos y en la transformación a norma constitucional del derecho internacional de la niñez, en la generalización de la doctrina de protección integral a todos los sujetos y grupos de atención prioritaria, en el reconocimiento de la interdependencia e igual jerarquía de los derechos, en la eliminación del concepto de derechos fundamentales y en el reconocimiento de los derechos de la naturaleza.³³

La confluencia de estas dos agendas constitucionales representó el momento de mayor auge y triunfo de la doctrina de la protección integral, pero paradójicamente, también fue el instante de quiebre y el comienzo del fin para el CONA, puesto que al generalizar los principios de aplicación de los derechos de los niños para los derechos de todas las personas se perdió en la práctica la idea de la especialidad y prevalencia de sus derechos.

A partir de allí que nació con fuerza la idea de la intergeneracionalidad y su concepto central: el enfoque del ciclo de vida, en cuya aplicación se justificó más adelante el desmonte de todo el sistema especializado de protección integral para NNA. A partir

32. Cfr. Montaña Juan, Introducción, En: De Sousa Santos Boaventura, Derecho y Emancipación, Cedec, Quito, 2011, pp. 25 a 30.

33. Las otras tres agendas importantes que se dieron cita en la discusión constituyente de 2007-2008 son: la agenda democrática, la agenda plurinacional y la agenda verde. La primera buscaba devolver al pueblo la titularidad y ejercicio del poder constituyente, crear una democracia multidimensional que combinara una democracia participativa, una democracia representativa repotenciada y una democracia comunitaria y la intervención directa del pueblo en el control y fiscalización de los actos de poder. La agenda verde, por su parte, incorpora las demandas de los colectivos ambientalistas y ecologistas, los primeros interesados en construir un modelo de desarrollo sostenible y un capitalismo verde, mientras los segundo pretendían generar una propuesta de superación del modelo de desarrollo capitalista a partir del reemplazo del desarrollismo y del antropocentrismo por una visión biocéntrica.

de ese momento, la antigua búsqueda de la especialidad en derechos y servicios promovida por la Convención y el CONA fue reemplazada por el establecimiento de proyectos y programas de atención intergeneracionales que, basados en economías de escala, atendieron de forma general e indiscriminada a todos los grupos de atención prioritaria.

Este cambio, y el desmantelamiento definitivo del sistema especializado de protección integral de NNA se produjo efectivamente algunos años después con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 283 de 7 de julio de 2014, que estableció el marco institucional y normativo y regula los principios, la integración y las funciones de los Consejos de Igualdad, desarticularon e hicieron desaparecer en la práctica el sistema y su eje central el principio de especialidad.

Esta ley creó un Consejo Nacional de Igualdad intergeneracional que a pesar de ser teóricamente el responsable de la política de atención integral de sus sujetos protegidos (niños, adultos mayores y personas con discapacidad) no tenía espacio competencial para formular las políticas generales en la materia, puesto que esta atribución le fue dada con exclusividad a los Ministerios; y tampoco tenía capacidad jerárquica para dirigir o coordinar el sistema de protección en el nivel territorial dado que los consejos y juntas de protección de derechos eran entes supuestamente autónomos, pero en realidad dependientes de las autoridades locales y en los que el Consejo no tiene ninguna capacidad directiva.

En el caso de los consejos y juntas de protección de derechos de nivel cantonal la situación se agrava por la falta de armonía entre la ley de los consejos de igualdad y el COOTAD. Mientras la primera ordena a las autoridades locales a nombrar a los responsables de consejos y juntas para dotarles de presupuesto, el COOTAD no define en sus normas pertinentes ninguna atribución u obligación específica de las autoridades locales en relación con las personas y grupos de atención prioritaria.

Otro elemento que explicaría la progresiva desarticulación del CONA y tiene que ver con la estructura territorial en el que se soportaba el sistema de protección integral y su sistema es la falta de independencia de los consejos cantonales y las juntas de protección de derechos de las autoridades locales quienes son las encargadas de dotarlos de presupuesto y recursos para su funcionamiento.

Por otra parte, y ya en un plano más general, dado que históricamente el reconocimiento de derechos y la política social han dependido tanto de la salud presupuestaria del Estado y que el modelo desarrollado en la Constitución de 2008, así fuera extemporáneamente, pretendió construir en nuestro país una suerte de Estado de Bienestar, los avatares y predicamentos de esta forma de Estado determinaron la comprensión y aplicación de toda la estructura de los derechos desarrollada por la Constitución y han afectado especialmente el entendimiento y alcance del principio de protección integral en el Ecuador. En este sentido, a pesar de que la Constitución es clara en determinar que los derechos son normas jurídicas directamente aplicables y que no existe ninguna jerarquía de derechos, pese a la retórica constitucional, la implementación de la agenda de los derechos y el destino de los derechos de las personas y grupos sujetos de especial protección, entre ellos los de los niños, niñas y adolescentes, ha sido especialmente sensible a las circunstancias y a la salud presupuestaria y fiscal.

Es bueno recordar que en los dos planes de desarrollo anteriores al vigente (2009-2013 y 2013-2017) el gasto público se focalizó para la reconstrucción de la infraestructura física del país y la generación de oportunidades productivas y la política de protección social ha dependido de los excedentes. Por ello, mientras existió un excedente de dinero en el país que permitió re-institucionalizar el Estado y reconstruir la infraestructura física y productiva del país, el modelo fiscal centralista diseñado por la Constitución pudo atender con relativo éxito las necesidades básicas y las demandas de las personas y grupos de atención prioritaria. Cuando

este modelo comenzó a tener dificultades y luego hizo agua debido a la crisis del extractivismo petrolero que comenzó en 2014, el sistema de protección integral de los NNA y del resto de las personas y grupos de atención prioritaria se derrumbó.

Pero además, el Código tiene algunas carencias que lo hacen miope e insuficiente en el contexto social ecuatoriano. Carece por ejemplo, de una perspectiva intercultural que dé cuenta de las enormes dificultades que aún subsisten a la hora de responder a las necesidades básicas de los NNA indígenas y campesinos, con el agravante que es en este sector donde se concentran las mayores vulneraciones de los derechos humanos de los NNA en el Ecuador.

El código tampoco estableció lineamientos claros que permitiera desarrollar adecuadamente el derecho a la protección especial, lo que generó que los esfuerzos estatales y privados en esta materia se diluyeran en políticas y acciones de carácter asistencialista, que han impedido trabajar adecuadamente en temas tan graves como la violencia física, psicológica y sexual contra NNA, o en problemas tan complejos como la persistencia del trabajo infantil en el país. Y finalmente, en los últimos 10 años el sistema de protección de derechos de NNA fue totalmente desmantelado a raíz de la aplicación de un modelo de gestión en la función judicial que desconociendo los mandatos de la constitución desconoció el principio de especialidad y especificidad.

El resultado final de todo este complejo panorama es que si bien existe un reconocimiento generalizado de la importancia política los aportes teóricos y dogmáticos del CONA, un poco más de 16 años después de su entrada en vigencia la realidad es que, hoy en día el código prácticamente no se aplica y cuando se lo hace, esta aplicación tiene un sesgo paternalista y familista que guarda muy poca armonía con el principio de protección integral y su elemento fundamental que es la existencia de un sistema nacional de protección integral y un sistema especializado de protección que como se vio se encuentra totalmente desarticulado y sin norte claro.

A partir de allí, nació con fuerza la idea de la intergeneracionalidad y su concepto central: el enfoque del ciclo de vida, en cuya aplicación se justificó el desmonte del sistema especializado de protección integral para NNA que se produjo, algunos años después, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad, que estableció el marco institucional y normativo y reguló los fines, principios, integración y funciones de los Consejos de Igualdad. La Ley de los Consejos de Igualdad aparte de centralizar la política pública de atención de las personas y grupos vulnerables³⁴ teóricamente partía de la idea equivocada de que para atender las necesidades de las personas pertenecientes a los grupos vulnerables era suficiente con garantizar universalmente los derechos sociales generales de todas las personas. Esta decisión legislativa aparte de ir en contravía de los desarrollos recientes del derecho internacional de los derechos humanos,³⁵ desconoció de un plumazo las necesidades concretas, las reivindicaciones y las luchas de colectivos y movimientos sociales muy significativos dentro de la sociedad ecuatoriana y vulneró el propio principio constitucional de la especialidad de los servicios.

Para el caso de los Niños, Niñas y Adolescentes, la aplicación de la visión generalista de los derechos sociales y del enfoque del ciclo de vida, aunada a la desaparición del Consejo Nacional de la Niñez y de los Consejos cantonales de la Niñez, produjeron con el tiempo la virtual paralización de la política pública de niñez, y la desaparición de la especialidad en la atención de los derechos de los Niños, sin que por otro lado se viabilizará realmente la atención de otros grupos prioritarios como los adultos mayores, los jóvenes o las personas con discapacidad que a lo largo de estos años no han encontrado doliente institucional.

34. Encorsetando en una débil institucionalidad y haciéndola depender de los avatares de la política partidista y de los intereses políticos del gobierno central.

35. Que reconoce derechos específicos y aconseja atender con herramientas específicas las necesidades de cada sujeto de los derechos humanos.

Otro de los elementos que justifican la reforma a CONA es la falta de independencia de los Consejos y las juntas cantonales de protección de derechos respecto de las autoridades locales encargadas de dotarlos de presupuesto y recursos para su funcionamiento. El CONA actual, como muchas de las normas expedidas en el periodo neoliberal, carece de herramientas para garantizar el adecuado financiamiento del sistema. Dado que durante el gobierno de Rafael Correa se creía a rajatabla en la centralización de las finanzas públicas, la falta de claridad y contundencia del CONA sobre las fuentes de financiamiento del sistema de protección integral, desencadenó una absoluta dependencia de los organismos del sistema de protección de la niñez al presupuesto general del Estado, circunstancia que en un escenario de auge económico y superávit presupuestario como el que vició el país entre 2008 al 2013 no generó mayores problemas, pero que una vez el Ecuador entró en crisis por la baja de los *commodities* y especialmente del petróleo se manifestó en la absoluta carencia de recursos para solventar la atención y protección de los niños.

Adicionalmente, la reforma debe proponer soluciones concretas frente a la falta de capacidad técnica, operativa, administrativa y financiera de los órganos que hacen parte del sistema de protección de NNA. Esto pese a que el comité de derechos del niño ha insistido en múltiples ocasiones que es necesario desarrollar reformas institucionales que garanticen hacer operativos los sistemas de protección de derechos ya que en la mayoría de los cantones del país se encuentra inoperativo por falta de recursos, capacidad técnica y especialización del personal encargado de cumplir esa función.

Pero además, el CONA careció de una perspectiva intercultural que diera cuenta de las enormes dificultades que aún subsisten a la hora de responder a las necesidades básicas de los NNA indígenas y/o campesinos, con el agravante que es en este sector donde se concentran las mayores vulneraciones de los derechos humanos de los NNA, debido a la brecha enorme que existe entre las necesidades y la garantía efectiva de los derechos.

El Código tampoco definió lineamientos claros que permitiera garantizar adecuadamente el derecho a la protección especial, lo que generó que los esfuerzos estatales y privados en esta materia se diluyeran en políticas y acciones de carácter asistencialista, que han impedido trabajar adecuadamente en temas tan graves como la violencia contra NNA, o en problemas tan complejos como el embarazo adolescente o la persistencia del trabajo infantil en el país. Y finalmente, en los últimos 10 años el sistema de protección de derechos de NNA fue totalmente desmantelado a raíz de la aplicación de un modelo de gestión en la función judicial que desconociendo los mandatos de la constitución dejó de lado el principio de especialidad y especificidad.

Un desafío adicional de la reforma integral al CONA, es la falta de especialidad y especificidad de las actuales políticas públicas de protección de los NNA. Para enfrentar este reto es necesario atender a los planteamientos del Comité de Derechos del niño que ha insistido desde hace algunos años³⁶ en que el Estado debe garantizar que cualquier reforma jurídica que se haga en materia de niñez tenga como eje central la garantía de la especialidad de las normas e instituciones de protección de los derechos del niño.

Además, existen rezagos de la doctrina de la situación irregular tanto en el manejo del sistema penal especializado para adolescentes en conflicto con la ley como en el conjunto de instituciones y herramientas del subsistema de protección especial;

Pero hay otras razones de aparente coyuntura que aconsejarían emprender la redacción de un nuevo código de la niñez. Una de ellos es la necesidad de poner alto a la violencia generalizada que sufren los niños. Aunque, la violencia es un problema histórico estructural del Ecuador que se expresa en el carácter patriarcal,

36. Cfr. Comité de los derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador*, 29 de septiembre de 2017. Particularmente: Punto 6B.

racista y excluyente de nuestra sociedad; es evidente que en los últimos años esa violencia se ha exacerbado y se expresa con formas cada vez más crueles y más extremas.³⁷ Por ello, importantes sectores del Estado y de la sociedad civil consideraron necesario impulsar una reforma a distintas normas que se relacionan directamente con el tema de la violencia, entre ellas el CONA, para establecer acciones urgentes para transformar esta realidad. Para el caso de los niños se requiere propiciar una reforma al CONA que permita crear instrumentos que en el mediano y largo plazo posibiliten una revolución cultural que transforme al país garantizando la erradicación de la violencia contra los niños, niñas y adolescentes.

6. El accidentado camino hacia la reforma integral

Tal escenario, pero especialmente los efectos que tuvo el descubrimiento de la catastrófica situación de violencia sexual que viven cotidianamente los niños y las niñas en Ecuador,³⁸ destapada por las denuncias del caso AAMPETRA y su insuficiente tratamiento por parte del CONA, llevaron a la Asamblea Nacional a establecer como una de sus prioridades políticas la reforma urgente al CONA. Para hacerla se creó al interior de la Asamblea una comisión ocasional especializada para preparar la reforma al CONA.

Esta comisión, que comenzó su trabajo en octubre de 2018, tuvo un primer gran debate en torno al alcance de la reforma. La primera opción planteada fue la mera actualización formal del Código vigente acorde con las nuevas instituciones creadas por la Constitución y la ley de los consejos de igualdad; Una segunda opción fue asumir una reforma parcial enfocada en la reconstrucción del sistema nacional de protección integral y en la modificación del libro 2 referente a las relaciones familiares

37. Cfr. Informe Final de la Comisión AAMPETRA.

38. Según datos de la Fiscalía recogidos en el Informe de la Comisión AAMPETRA entre el 2015 y 2017 hubo 27.666 denuncias por delitos sexuales ocurridas, de las cuales 4.854 tuvieron como víctimas a las niñas, niños y adolescentes.

de las niñas, niños y adolescentes y al régimen de adopciones; mientras que una última opción era realizar una reforma integral de todos los libros de Código. Después de álgida discusión en donde más que problemas teóricos se discutió sobre las posiciones de los distintos grupos políticos alrededor del código, se concluyó que la mejor alternativa era realizar una reforma integral que proyectará los derechos de los niños hacia el Ecuador de los próximos 20 años.

Una vez resuelta la cuestión del alcance de la reforma, un segundo problema resuelto por la Comisión de la niñez fue el de la estructura de la propuesta normativa. Las premisas de esta reforma, que para algunos es en realidad un nuevo Código, es crear las condiciones para la aplicación real de la doctrina de protección integral; y reconstruir el sistema nacional de protección integral, armonizándolo con los mandatos constitucionales y con la nueva institucionalidad creada por la Constitución; también se exige la definición de lineamientos básicos o generales que sin desnaturalizar la división de funciones del Estado y el carácter contingente de la política pública garantice más allá de los avatares políticos la estabilidad de las políticas y el cumplimiento estricto de los principios de prioridad absoluta y de especialidad.

Para cumplir con estos objetivos políticos la comisión aprobó la estructura del nuevo texto dividiéndolo en 5 capítulos: el primero relacionado con los principios, derechos y las garantías; el segundo relativo a la regulación de las instituciones familiares relacionadas con los derechos de los niños, niñas y adolescentes; el tercero relativo a política pública y al sistema nacional de protección integral de la niñez; y el último relacionado a la regulación de la situación de los adolescentes en conflicto con la ley.

Después de un breve entusiasmo inicial de la Asamblea, compartida por los organismos internacionales de derechos humanos, el Gobierno Nacional y los defensores de los derechos de los niños, que vieron en la creación de la comisión una oportunidad ideal para discutir técnica y políticamente soluciones

al problema de la violencia estructural contra los niños ecuatorianos, para reconstruir el sistema de protección y para recrear el proceso participativo vivido 15 años antes a raíz de la expedición del CONA, la comisión rápidamente perdió apoyo, primero de los defensores de derechos de los niños, luego de los organismos internacionales de derechos humanos de la niñez y luego también del Gobierno³⁹ y de las propias directivas de la Asamblea.

En efecto, no bien comenzó a funcionar la Comisión, muchos colectivos defensores de derechos de la niñez anunciaron su apoyo a la misma sobre la idea de que esta debía recrear el proceso participativo que se había generado con ocasión de la expedición del CONA. Pero una vez se constató que, en el contexto de la crisis económica que vive el Ecuador, la comisión carecía de los recursos económicos propios y no contaba con suficientes auxilios financieros del gobierno y de la cooperación para llevar adelante ese proceso de discusión participativa del nuevo código, estos grupos rápidamente perdieron interés en el trabajo de la Comisión y volvieron a sus tradicionales disputas por la conservación de los exiguos espacios de poder que el debilitado movimiento de niñez aún tiene en el país.

La comisión también soportó la falta de apoyo de los organismos internacionales de derechos humanos y particularmente de UNICEF. Durante la mayor parte del trabajo de la comisión este organismo especializado se ha mantenido convenientemente al margen de la discusión.⁴⁰ Las razones de ese desinterés son múltiples y van desde la propia crisis institucional que vive UNICEF y los demás organismos técnicos del sistema de

39. El Gobierno Nacional a través del MIES inicialmente planteó su apoyo a la comisión apoyo que se expresó en la celebración de un convenio de cooperación con la asamblea y el financiamiento de un grupo de académicos y expertos nacionales para asesorar a la Comisión.

40. Ajenidad y desinterés que se manifiesta en la notoria ausencia de apoyo financiero de UNICEF a los trabajos de la comisión.

Naciones Unidas por la creciente y estructural falta de recursos;⁴¹ pasando por la adhesión de la oficina nacional de UNICEF Ecuador a las tesis del grupo parlamentario por los derechos de la niñez que ha sido manejado y controlado por asambleístas de origen correista.

Pero además, la Comisión también nació con una grave complicación inicial relacionado con el escaso tiempo de vigencia de su mandato pues la Comisión de Administración legislativa le dio a la Comisión un plazo de apenas 6 meses, objetivamente muy corto para el tamaño de la tarea encomendada; al punto que desde el inicio de las deliberaciones existía la conciencia de que era imposible cumplir los objetivos en ese lapso de tiempo por lo que desde el principio se planteó la necesidad de pedir una prórroga.⁴²

Otra razón que explicaría la pérdida de legitimidad de la Comisión es de carácter interno y se relaciona con la lentitud y la falta de liderazgo de Comisión en la discusión de las propuestas. De hecho, luego de la etapa inicial de discusión del ámbito de aplicación de la reforma, hubo enormes problemas y retardos a la hora de aprobar la estructura del nuevo código al punto que sólo se aprobó 4 meses después de iniciadas las deliberaciones.

Un motivo adicional de la ineficacia de la comisión en la gestión de su trabajo tiene que ver con las crecientes dificultades administrativas que ha debido sortear y que se manifiestan en la mora

41. Esta crisis estructural de Naciones Unidas tiene su explicación en el abandono progresivo del sistema por parte de los Estados Unidos y demás grandes contribuyentes después de la caída del muro de Berlín ya que esta organización internacional ha dejado de tener la importancia política e ideológica que tuvo en tiempos de la guerra fría.

42. A la Comisión se le concedieron dos aplazamientos uno de tres meses y otro de un mes adicional que vence el 30 de abril; pero lo cierto es que la comisión ocasional no alcanzó a entregar el informe final. En su momento también se planteó la idea de aprovechar la reforma de la Ley Orgánica de la Función Legislativa para incluir en ella la creación de una comisión permanente de la niñez, iniciativa que pese al apoyo mayoritario no fue finalmente considerada.

en la contratación de los expertos nacionales que debían apoyar técnicamente a la comisión, grupo que luego de innumerables inconvenientes solo pudo comenzar su trabajo en junio de 2019 con lo que se perdieron 4 meses de valioso tiempo de asesoría y discusión.

Finalmente, el puntillazo final a la legitimidad de la comisión fue la inexplicable posición de la presidenta de la Comisión en relación con la despenalización del aborto en caso de violación que se discutía paralelamente en la asamblea. Efectivamente la presidenta de la comisión votó en contra de la iniciativa de despenalización a pesar de que tanto el movimiento de mujeres como el de los niños habían solicitado públicamente la despenalización que en el Ecuador afecta especialmente a adolescentes entre 12 y 14 años. Esta insólita decisión de la máxima autoridad de la comisión la condenó al ostracismo y le hizo perder toda legitimidad política a una comisión que se vio incapaz de velar por los intereses de los más vulnerables.

Para completar, una vez pasado el escándalo generado por el informe AAMPETRA, la situación de la niñez y el problema de la vulneración de los derechos humanos de los niños no es una prioridad para la agenda de los actores políticos del país, puesto que los niños aun siendo la tercera parte de la población no votan.

El gobierno tampoco ha sido consistente en su apoyo a la reforma integral al CONA. De un claro apoyo inicial a la propuesta que se manifiesta en la firma del convenio de cooperación entre el Gobierno y la Asamblea, la realidad es que ese apoyo tardó en materializarse efectivamente en términos técnicos y presupuestarios, y al final se diluyó en manifestación de buenas intenciones, para terminar en una incomunicación absoluta que se refleja en que tanto, el gobierno como la comisión han presentado propuestas de reformas diferentes, cuando la idea inicial era trabajar mancomunadamente.

7. Visión impresionista de los resultados

El impresionismo es una corriente artística que busca representar los objetos de la naturaleza a partir de la impresión subjetiva o personal del autor, dejando de lado la descripción de la realidad objetiva de los fenómenos. La propuesta del nuevo código discutida por la Comisión de la Niñez⁴³ tiene casi 600 artículos⁴⁴ lo que hace imposible fotografiar en pocas páginas su contenido y hacer una exegesis completa del mismo, por lo que en este apartado nos limitaremos a hacer lo que podríamos denominar un mapa impresionista del libro primero de la propuesta de nuevo código de los niños.

En lo que atañe al libro primero que trata sobre principios, derechos y garantías esta sección representa un significativo avance con respecto tanto al CONA anterior como sobre todo a los demás Códigos de la niñez de América Latina, precisamente por tratarse de una normativa del Siglo XXI que ha incluido importantes desarrollos dogmáticos que se reflejan desde el nombre del proyecto: “Código Orgánico de protección integral de las niñas, niños y adolescentes”. La nueva denominación del Código destaca en primer lugar su carácter orgánico, que busca armonizarse con los mandatos del artículo 133 de la Constitución. En ese sentido, el nuevo código será una ley orgánica porque regulará derechos y garantías de niñas, niños y adolescentes. Respecto de la incorporación en el nombre del principio de PROTECCIÓN INTEGRAL, esta corresponde a un reconocimiento de su finalidad, toda vez que las niñas, niños y adolescentes deben ser protegidos de forma integral. Esta decisión normativa permite vincular al proyecto con la más avanzada doctrina de derechos humanos según la cual el

43. Se hace esa diferenciación porque, en el trámite de la discusión parlamentaria el MIES en su calidad de máximo órgano rector de la política de protección integral de los grupos de atención prioritaria presentó a consideración de la Asamblea Nacional un proyecto de reforma al CONA con cerca de 150 artículos, proyecto que está siendo considerado por la comisión, aparte del suyo propio.

44. Concretamente tienen 595 artículos y varias disposiciones generales y transitorias.

código protegería todos sus derechos de todas y todos los niños, niñas y adolescentes, durante todo su desarrollo evolutivo,

En cuanto, al cambio del Código de la niñez y adolescencia a Código de las NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES, éste refleja la aplicación del enfoque basado en derechos, pues la actual denominación del Código vigente de “NIÑEZ Y ADOLESCENCIA” denota el uso de estos como categorías sociales, y no como sujetos protegidos en sus derechos. El fin último de las normas de protección de derechos humanos es la protección de sujetos y no de categorías sociales. Finalmente, para remarcar y hacer un reconocimiento simbólico a la transversalización del enfoque de género se ha cambiado el orden de los sujetos iniciando por niñas.

Por otra parte, en materia de derechos y particularmente garantías y previsiones que regulan fenómenos nuevos y/o agravados (por ejemplo, la violencia contra Niñas, Niños y Adolescentes o una regulación sobre los derechos de los niños en condición de migración. Al respecto, cabe hacer una mención especial a las disposiciones del proyecto sobre las garantías en las que se desarrolla normativamente la distinción entre garantías generales o primarias, encargadas de garantizar el acceso oportuno a los derechos en circunstancias de normalidad; y las garantías secundarias, cuyo objeto es la reparación de los derechos de los niños y se han incorporado los avances interpretativos de la normativa internacional y reflejado las posiciones doctrinarias más avanzadas, todo lo cual contribuirá, con seguridad a mejorar la condición de vida de los niños ecuatorianos.

Sobre el Libro Segundo, encargado de regular los derechos de los niños en el marco de sus relaciones familiares, este es el apartado del código que a mi juicio tiene mayores problemas y en las que la comisión desperdició una oportunidad enorme, pues en términos generales mantuvo una postura epistemológica y teórica conservadora lo que hizo perder el tiempo en relación con necesarias reformas al régimen anterior.

Esta posición conservadora de la Comisión es la respuesta pragmática a un serio conflicto político que giró y gira alrededor de la concepción de familia que existe en Ecuador. En efecto, la comisión no fue más lejos como hubiera podido ir, particularmente en el tema de la tenencia y cuidado de los niños, o en la cuestión del régimen de adopción debido al enorme conflicto social y cultural que estos temas producen en la sociedad ecuatoriana actual cuyas opiniones y posicionamientos políticos siguen amarradas a los intereses de poderosos sectores como la iglesia católica o los grupos evangélicos generalmente ligados a la derecha más extrema. Por supuesto, este *clivaje* cultural y social tiene expresión en la Asamblea Nacional y tuvo enorme presencia en las discusiones de la comisión; razón por la cual y ante la necesidad de generar un consenso sobre el informe para el primer debate, la comisión prefirió ser cauta y conservadora en sus propuestas y prefirió irse por la línea de las reformas más bien formales y cosméticas, con lo cual tal vez se perdió una oportunidad histórica de propiciar un cambio cultural y social desde el deber ser de la norma.

Aun así, el proyecto contiene importantes avances sustantivos como la derogación del concepto y régimen de patria potestad y su reemplazo por el concepto de régimen de cuidado. Otro elemento importante del libro 2 del proyecto es la inclusión del mandato constitucional sobre los distintos tipos de familia y la distinción entre familia biológica y las familias organizadas por razones de supervivencia. Otro importante avance es la novedosa regulación del régimen de visitas que recoge muchas de las demandas de niños, madres y padres a efectos de garantizar la conservación y potenciación de las relaciones familiares en casos de familias rotas o separadas.

En lo que toca a la institución de la adopción como mecanismo de garantía de los derechos de los niños a tener una familia y como instrumento de protección especial esta construido sobre algunos supuestos vinculados no a garantizar los derechos de los niños sino a facilitar el ejercicio del derecho a la paternidad

y maternidad de los padres adoptantes. Ello lleva al proyecto a incluir disposiciones relativas a la “*fase de emparentamiento*” en el proceso de adopción que podrían atentar contra el interés superior del niño. Lo primero a tener en cuenta y que no lo contempla adecuadamente el proyecto es que de esa fase depende el éxito de una adopción, entendida como un acto definitivo, por lo cual todo cuidado es poco. El emparentamiento tiene como finalidad detectar las afinidades que harán posible el entendimiento futuro (de por vida) entre el adoptante y el adoptado, operando en ambos sentidos. De allí, que la fase de emparentamiento debe darse teniendo en cuenta aspectos importantísimos: el tiempo, el lugar y el modo, donde y como se realiza. Es de conocimiento público la enorme cantidad de niños privados de su medio familiar en Ecuador, y que están institucionalizados, a quienes se conculca el derecho a vivir en familia. Conocemos también la tendencia general que existe en los países de la región, en donde se busca simplificar el procedimiento de adopción y de otras medidas para la reintegración familiar. Pero, en el afán de solucionar la dolorosa situación de miles de niños institucionalizados y de garantizar los derechos de los padres adoptantes no puede justificar el menoscabo de los derechos básicos de los niños, así como la estricta consideración de su interés superior. Concretamente: el emparentamiento debe garantizar el *tiempo* suficiente para que se pueda apreciar, con la mayor certeza posible, las afinidades entre las partes involucradas en el proceso de adopción. Y en el caso del proyecto establecer como plazo 15 días, es totalmente inadecuado e insuficiente. Es indispensable más tiempo para que la relación se establezca y esto no lo contempla el proyecto.

En cuanto al modo como se realiza el emparentamiento se debe asegurar en la máxima medida posible el ambiente, las condiciones donde los niños vivirán una vez sean adoptados. Nada más artificial para el emparentamiento que la institución de las “*visitas*” que contempla el proyecto. No se trata de tener y propiciar “*visitas*” sino de garantizar condiciones de convivencia sostenida entre adoptantes y futuros adoptados. El Niño y la niña tienen

derecho a conocer el espacio y vivir las circunstancias que le serán propias una vez decretada la adopción. *El emparentamiento debe entonces garantizar una verdadera convivencia entre las partes*, lo cual no está asegurado en el proyecto.

En cuanto al Sistema de Protección desarrollado en el Libro III, este es el núcleo duro del proyecto, dado que la motivación fundamental de la reforma al CONA como quedó expresado más arriba es la reconstrucción del Sistema Nacional de protección integral de los niños. A pesar de ello, la forma en que ha sido concebido y los vacíos que contiene la regulación del proyecto y con base en experiencias internacionales análogas se puede predecir que, desafortunadamente, tal como está redactado este sistema va a fracasar lo que implicará también a la postre el fracaso de todo el proyecto de reforma si no se toman en consideración su reestudio. Esta opinión no se sustenta en razones o concepciones ideológicas sino de claridad, coherencia, consistencia entre lo anunciado como propósito y el desarrollo del contenido. El modelo propuesto es el más pesado y engorroso posible: demasiados actores, funciones confusas, redacción barroca, etc. Las leyes para la infancia deben ser pedagógicas y por ende ser entendidas por todos los usuarios. Así como está redactada, incluso los iniciados están sujetos a confusión, pues es prácticamente imposible realizar hasta un simple organigrama del Sistema y un cuadro de funciones de sus integrantes.

En ese sentido, bajo el supuesto de que el proyecto de nuevo código lograra transformarse en Código, y tomando en consideración el actual contexto político ecuatoriano donde la agenda de los derechos y los derechos mismos han perdido importancia y capacidad normativa, hay que insistir en replantear seriamente el Libro III, porque de nada valdría haber desarrollado los derechos en el Libro I, si el Sistema no es capaz de garantizarlos.

En lo atinente al contenido del libro IV, más allá de preferencias o concepciones ideológicas es importante felicitar la idea de crear una verdadera justicia Especializada para la niñez, como por otra

parte manda la Constitución, puesto que su existencia y funcionamiento es prerequisite indispensable para la verdadera garantía de los derechos, eso si siempre el termino especialidad sea un sinónimo de *exclusividad* y se garantice la experticia y la calidad de los encargados del ejercicio de las funciones.

Ahora bien, no todo es perfecto en ese libro. Así por ejemplo, en la revisión del proyecto debería reclamarse con fuerza la necesidad del cambio de la denominación. Este capítulo debería llamarse “*De la Justicia Especializada para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal*” porque como los saben los expertos lo restaurativo no es un tipo de justicia, sino una metodología utilizada para hacerla efectiva. No es tampoco un enfoque o principio, sino solamente es una metodología de trabajo.

En lo que concierne al contenido del libro IV lo primero que hay que decir respecto a la responsabilidad penal del adolescente, queda establecido en el proyecto un avance importante en el sentido de que a los adolescentes entre 14 y 16 años solo se les aplicará medidas socioeducativas no privativas de libertad. Que está vinculado con la intención de la comisión de cumplir el principio de excepcionalidad de la privación de libertad, pero resulta problemático que la edad sea el único criterio que defina el régimen sancionatorio. No se puede obviar la consideración de la naturaleza y gravedad del delito, así como el grado de responsabilidad del adolescente.

Finalmente, otra crítica que se le puede realizar al libro IV tiene que ver con la inexplicable conservación de la figura de las “*medidas de seguridad*” a los adolescentes, a quienes se excluya de responsabilidad, por causa de la “*discapacidad física, mental, funcional*” que altere su nivel de conciencia o voluntad”. Sobre este particular debemos reclamar en que las medidas de seguridad son sanciones penales desuetas propias del más rancio positivismo peligrosista y que, como tales, están absolutamente reñidas con el enfoque de derechos humanos actual que la propuesta dice defender y asumir.

Pero aun así, se trata de una apuesta y una reforma muy significativa y relevante a la actual situación de indefensión que viven los adolescentes que se encuentran en conflicto con la ley penal.

8. Conclusiones

- 8.1. A lo largo de estas páginas se ha podido revisar y recordar los fundamentos principales del enfoque de derechos que sirvió y sirve como marco conceptual declarado de la reforma al CONA que se discute actualmente en la Asamblea Nacional. En ese sentido se enfatizó en el escrito en el esfuerzo del discurso de los derechos humanos por evitar proclamar una dignidad en términos abstracto y en cambio concentrar el esfuerzo en la satisfacción efectiva de las necesidades específicas y de las desigualdades concretas de cada uno que materializan su dignidad, para lo cual se utilizan distintas categorías, o condiciones como el género, la etnia, la pertenencia cultural, la condición social y también cambian de acuerdo con el enfoque metodológico o disciplinar que se utilice para estudiarlas.
- 8.2. En ese sentido en el escrito se evidencia que los derechos humanos son universales pero que su protección no es la misma si se tiene o se carece de enfoque de género; también se resalta que a pesar de que los derechos humanos tengan una pretensión de universalidad, su protección concreta no es idéntica si estamos entre personas de un mismo país o entre ellos y los extranjeros y mucho menos si hablamos de sociedades y culturas diversas, por lo que se insiste en la necesidad de asumir en la redacción y análisis del proyecto lo que hoy en día se conoce como enfoque intercultural, interseccional y transdisciplinario.
- 8.3. También, pudimos afirmar y concluir que asumir el enfoque de derechos en materia de niñez implica contar con una definición mínima de protección integral que pueda servir como eje articulador de la reforma y su análisis y se

evidenció que el libro I del proyecto contiene esta definición, misma que es desarrollada y concretada en la mayor parte del texto normativo del proyecto.

- 8.4. Igualmente, se pudieron rastrear y resaltar los aportes concretos del CONA vigente en materia de protección de los niños y las niñas ecuatorianos pero igualmente se destacan en el texto las dificultades, problemas y vacíos de la legislación vigente para llevar a la práctica sus postulados de protección integral y reconoce las enormes dificultades que tuvo el código de poner en práctica sus mandatos al haber sido redactado y promulgado en un contexto de crisis orgánica del sistema político e institucional ecuatoriano, antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 2008.
- 8.5. En el texto también es posible examinar cuales fueron las justificaciones objetivas y subjetivas que explican la necesidad urgente de la reforma del CONA y de su alcance. En particular, se discutieron los efectos negativos de la generalización del principio de interdependencia e igual jerarquía de los derechos propiciada por la Constitución de 2008 en la protección de la niñez, debido al debilitamiento de la especialidad y especificidad de los derechos y las garantías institucionales de los niños, por decisión del constituyente.
- 8.6. También, si analizamos los efectos de la instauración de la intergeneracionalidad y su concepto central: el enfoque del ciclo de vida en la política pública de niñez y se pudo comprobar la responsabilidad de este enfoque en el debilitamiento y desmonte de todo el sistema especializado de protección integral de la niñez; proceso que se exacerbó con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad.
- 8.7. En el texto se afirma y se comprueba que otro elemento explicativo de la desarticulación del CONA fue la débil estructura territorial en el que se soportaba particularmente

relacionado con la falta de independencia de los consejos cantonales y las juntas de protección de derechos de las autoridades locales encargadas de dotarlos de presupuesto y recursos para su funcionamiento.

- 8.8. En definitiva, se pudo comprobar, más allá de toda duda, la urgencia y la necesidad imperativa del proceso de reforma emprendido por la Asamblea y también, se pudo comprobar las enormes dificultades que un proceso de reforma integral como el planteado tiene para la sociedad y el Estado ecuatoriano.
- 8.9. En particular, se pudieron evidenciar, que más allá de los errores normativos y de las incomprensiones teóricas que han aquejado a las políticas públicas de niñez en la última década y media, el desmonte del sistema de protección integral de los niños se explica en buena medida por la prevalencia de los intereses particulares y por la defensa corporativa de prebendas y privilegios por parte de los diferentes sectores del movimiento de defensa de los derechos de los niños y por la debilidad creciente de la institucionalidad internacional de defensa de estos derechos.
- 8.10. Finalmente, se pudo dar una mirada panorámica e impresionista a los resultados que resalta la novedad, pertinencia y corrección del libro 1 del proyecto, comprobándose el enorme esfuerzo por realizado por la Comisión en la incorporación de las últimas tendencias doctrinarias en materia de derechos y garantías.
- 8.11. En este escrito también se refleja la excelencia de la propuesta de reforma integral del libro 4 que introduce el método o enfoque restaurativo en la protección de los adolescentes en conflicto con la ley penal, mientras que también se pudieron evidenciar y se destacan las preocupantes fallencias teóricas y prácticas que aquejan a los libros 2 y 3 de la propuesta aprobada por la Comisión.

- 8.12. En el texto se insiste especialmente en la preocupación que causa el complejo diseño institucional del sistema nacional de protección integral y se promueve la necesidad de un nuevo debate que culmine en la modificación de ese modelo antes de la entrada en vigor del nuevo código. No hacerlo implicaría condenar al fracaso al sistema y al propio código.
- 8.13. En definitiva, no hay duda que el proceso de reforma integral del CONA emprendido ha implicado una concienciación y una consolidación del principio de protección integral de niños, niñas y adolescentes, un avance importante del enfoque de derechos y una muestra evidente del proceso de constitucionalización del ordenamiento que vive nuestro país. La reforma también evidencia en sus resultados los graves conflictos culturales y políticos, así como la distorsión permanente que los intereses particulares de ciertos sectores generan en el funcionamiento actual y futuro del sistema de protección integral de la niñez y sobre todo demuestra el enorme camino que debe recorrer el país si se quiere pasar del deber ser a la realidad en materia de protección de los derechos de los niños, que siguen siendo aún las principales víctimas de un Estado semántico y de una sociedad tremendamente conservadora y violenta con los más vulnerables.