



**UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPIRITU SANTO
FACULTAD DE POSTGRADO**

**MAESTRÍA EN
DERECHO CONSTITUCIONAL**

TÍTULO:

**LA VIA ADMINISTRATIVA EN LA MATERIALIZACIÓN DE LOS
DERECHOS DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN ECUADOR**

**PAPER DE REFLEXIÓN PRESENTADO COMO REQUISITO PREVIO A
OPTAR POR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER EN DERECHO
CONSTITUCIONAL**

NOMBRE DEL MAESTRANTE:

AB. LUIS ANGEL TOALA MONCAYO

NOMBRE DEL TUTOR:

DRA. DAYSI AVEIGA SOLEDISPA

SAMBORONDÓN, 06 DE NOVIEMBRE DEL 2013

Título

La Vía Administrativa en la Materialización de los Derechos de Niñez y Adolescencia en Ecuador

Luis Angel Toala Moncayo

Maestrante en Derecho Constitucional

Universidad de Especialidades Espíritu Santo

Resumen

La presente investigación aborda la forma que en Ecuador mediante medidas de protección aplicadas a través de procesos administrativos, se exigen, restituyen y garantizan los derechos de niñez y adolescencia. En su inicio evalúa el marco jurídico constitucional e infraconstitucional actual de dichos procesos y cómo a través de la doctrina de protección Integral se ha adaptado a esta normativa los contenidos de tratados internacionales de derechos humanos especiales en esa materia. Tomando en cuenta que en Ecuador se ha visibilizado con más énfasis la protección de derechos de niñez y adolescencia a través de recursos judiciales, en esta investigación se ha identificado la importancia del proceso administrativo ejecutado por las Juntas Cantonales de Protección de Derechos como una alternativa eficaz y eficiente que descongestiona las instancias judiciales permitiendo un mayor acceso a la materialización de las garantías de los derechos de ese importante grupo de atención prioritaria como son los niños, niñas y adolescentes.

Palabras claves: medidas de protección, procesos administrativos, doctrina de protección Integral, grupo de atención prioritaria, derechos de niñez y adolescencia

Abstract

The present investigation approaches the form that in Ecuador by means of protection measures applied through administrative processes, they are demanded, they restore and they guarantee the rights of childhood and adolescence. In their beginning it evaluates the Constitutional juridical mark and infra constitutional current of this processes and of how through the Doctrine of Integral Protection she has adapted to this normative one the contents of international treaties of special human rights in that matter. Taking into account that in the Ecuador it has been observed with more emphasis the protection of rights of childhood and adolescence through judicial resources, in this investigation the importance of the administrative process has been identified executed by the Cantonal Meetings of Protection of Rights as an effective and efficient alternative that it facilitates the judicial instances allowing a bigger access to the materialization of the guarantees of the rights of that important group of high-priority attention as they are the children, girls and adolescents.

Keywords: protection measures, administrative processes, doctrine of integral protection, group of high-priority attention, rights of childhood and adolescence.

Introducción

La Constitución de la República del Ecuador (2008), ubica a los niños, niñas y adolescentes dentro de los grupos de atención prioritaria, artículo 35, estableciendo mecanismos que materializan sus derechos con prioridad absoluta y atendiendo a su interés superior, sin embargo en la práctica establecer estos mecanismos por sí solo no ha sido suficiente ya que se han evidenciado conflictos ligados a la falta de eficiencia, rapidez y acceso a estos procesos que han despertado la crítica desde la ciudadanía, transformándose muchas veces en sí mismo en vulneradores de derechos.

En Ecuador se ha ligado la exigibilidad, protección y restitución de los derechos de niñez y adolescencia a los recursos judiciales, invisibilizando de manera innecesaria los recursos administrativos que en muchos casos resultan adecuados, así como accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces para el efecto. La Convención de los derechos del niño (Organización de las Naciones Unidas, 1989) en su artículo 4 expresa: “Los estados parte adoptaran todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente convención...”. Por lo que la protección no solo se centra en un ámbito sino que los Estados deben utilizar toda forma de mecanismos y sus ciudadanos conocerlos y usarlos en su real dimensión como un medio para alcanzar los objetivos de protección de sus derechos, de ahí radica la importancia de visibilizar y hacer uso de otras opciones como el proceso administrativo de protección de derechos de niñez y adolescencia.

Resaltar la vía Judicial ante los Jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia como única alternativa para la protección de derechos de niñez y adolescencia es sobresaturar de manera innecesaria a los operadores de justicia, causando las dificultades que ello conlleva como lentitud en los trámites, falta de recursos o

judicialización innecesaria de todos los casos, cuando con mejor direccionamiento hacia otra de las instituciones como las Juntas cantonales de protección de derechos de niñez y adolescencia que tienen facultades legales para intervenir y solucionar cuando se ha producido o pueda suceder una vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, puede dar los mismos resultados en los casos en que amerite imponer de medidas de Protección.

El aporte de este estudio está dado en determinar con claridad y precisión lo relacionado con la vía administrativa a través de la JCPDNA¹ en la materialización de los derechos de niñez y adolescencia en Ecuador. Las medidas de protección que pueden emitirse en dicha vía y las Autoridades facultadas para hacerlo. De modo inicial revisa el marco Jurídico histórico del derecho internacional en temas de niñez y adolescencia y como la legislación constitucional e infraconstitucional de nuestro país se adecua a él, de igual forma como en la práctica se puede hacer uso de tal recurso. Posteriormente se analiza las medidas administrativas de protección de derechos su naturaleza jurídica y su ámbito de aplicación. Concluyendo en un análisis de la vía administrativa como opción eficaz en la materialización de los derechos de niñez y adolescencia desde la óptica de la doctrina de la protección integral.

Marco teórico

Cillero (2010) sostiene que: “Durante el siglo XX en el mundo se ha desarrollado un profundo y dinámico proceso destinado a promover el reconocimiento y protección de los derechos de los niños, cuya máxima expresión ha sido la aprobación de la Convención sobre los derechos del niño en 1989”. Amerita iniciar con esta frase por cuanto la realidad histórica y jurídica de la intervención en

¹ El término Junta cantonal de protección de derechos de niñez y adolescencia se lo abreviará como (JCPDNA).

temas de la infancia tiene un antes y un después de dicha Convención. Pasando de la Declaración de Ginebra de 1924 (Quinta Asamblea de la Sociedad de las Naciones, 1924), diversos tratadistas como Galvis, (2006) que expresa en sus estudios: “La declaración es el primer documento de carácter internacional que hace visibles a los niños ante la comunidad internacional como objetos de protección...”. A la Declaración de los Derechos del Niño (Asamblea General de Naciones Unidas, 1959) que en su texto proclamaba tal declaración de los derechos del niño a fin de que este pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en el de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian. Hasta que se cierra el ciclo de las declaraciones a la concreción de la Convención de los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989) documento vinculante para los estados parte, cuya importancia se encuentra resaltado por tratadistas como Davila & Naya, (2011) que manifiestan “hemos visto que ha habido un cambio de concepto, desde el punto de vista del derecho, ya que los niños, a partir de la convención, son sujetos de derecho, no solo objetos de protección, lo que significa un cambio de status de valor indudable y el reconocimiento de la nueva situación de la infancia”. Terminado así el predominio de lo que hoy se conoce como la doctrina de la situación irregular y abriendo un camino hacia la doctrina de la protección integral. “Con el término doctrina de la protección integral se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia. Reconociendo como antecedente directo la declaración universal de los derechos del niño” (García, 1994).

Es de vital importancia establecer la diferencia de cada una de estas etapas por cuanto definen dos vertientes totalmente diferentes de intervención en temas de niñez y adolescencia y nos ubican en el contexto actual de dicha intervención. Entendiendo como la situación irregular esa parte de la historia, donde se consideraba a los niños

llamados menores simplemente como objetos de protección, donde el Estado se apropia del niño en ausencia del respeto y exigibilidad de sus derechos, resuelve los problemas de menores con procesos excluyentes o institucionalizadores y dirige sus recursos únicamente focalizándolos en los llamados menores abandonados material o moralmente, los que se encuentran en situación de peligro y los Infractores. Según estudios como los de Simón, (2008) se establecen principales rasgos de esta doctrina como la consideración de los niños como objetos de protección, establecimiento de una legislación exclusiva para un sector de la infancia y adolescencia, una institucionalidad tutelar en la que sobresale el papel de los entonces llamados Tribunales de menores y medidas que privilegian el internamiento institucional.

La concepción de la doctrina de la protección integral definida por Naciones Unidas, recogida por la Convención de los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales, se basa en directrices entre las cuales encontramos: El Estado Tutela derechos, es decir define al niño, niña o adolescente como sujeto de derechos ya no como objeto, inspira su accionar en el derecho internacional de derechos humanos, se diferencia la intervención entre NNA² vulnerados e infractores de la ley. Legislación de protección Integral para todos los NNA. Revelando así la existencia de una sujeción entre el avance de los instrumentos de protección de derechos de NNA y de los instrumentos de protección de los derechos humanos en general. Dejando claro que los referentes a protección de NNA son complementarios no sustitutivos a los generales reconocidos a toda persona por cuanto dicho sector cuenta con una supraprotección complementaria para materializar el principio de igualdad.

Lo referente a la integralidad es un proceso que nace de la conexión sistémica de sus diferentes ejes, lo cual da como resultado una ejecución coordinada de líneas

² El término niño, niña y adolescente se lo abreviará como (NNA).

de intervención para cada caso en concreto. Tomando en cuenta la corresponsabilidad de los sujetos que intervienen, el caso y su entorno, los responsables y los corresponsables, las disposiciones normativas que regulan, la intervención multidisciplinaria de los componentes, la comunicación interinstitucional, la descentralización y efectividad de la intervención.

Ecuador siendo un Estado suscriptor de la Convención de los Derechos del Niño (CDN)³ adaptó su legislación adecuando sus parámetros, incorporando a su Código de la niñez y adolescencia (Congreso Nacional del Ecuador, 2003) principios, derechos y avances normativos que se reconocen y aceptan mundialmente como el interés superior, igualdad y no discriminación, corresponsabilidad, ejercicio progresivo, entre otros. Derogando así el anterior Código de menores vigente en ese entonces cuyos orígenes se remontan al año 1938 cuando el Ecuador promulgó dicho cuerpo legal por primera vez.

La Observación General No. 5 de la CDN emitida por el Comité de los Derechos del Niño (2003) expresa: “Es fundamental hacer que toda la legislación interna sea plenamente compatible con la Convención y que los principios y las disposiciones de esta puedan aplicarse directamente y sean susceptibles de la debida ejecución coercitiva”. Totalmente cumplido por nuestro país expresamente en nuestro Código de la niñez y adolescencia vigente y en nuestra Constitución del Ecuador que determina:

Art.84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que

³ El término Convención sobre los derechos del niño se lo abreviará (CDN).

sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Es decir nuestra normativa infraconstitucional y constitucional cumple y va inclusive más allá por cuanto no es un monopolio único y exclusivo del articulado que positivamente hace parte del texto de dicho cuerpo, sino que la adopción del elemento bloque de constitucionalidad permite establecer con certeza que nuestra constitución es mucho más amplia que su texto. Estudios como los de Londoño (2013) en sus conclusiones establece: “Hacen parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido los instrumentos internacionales de derechos humanos que regulen posiciones iusfundamentales cuyos titulares sean los niños”. Es decir nuestro país se encuentra plenamente sintonizado con la realidad mundial en temas de derechos humanos, en concordancia con criterios jurídicos de tratadistas como Ferrajoli, (1999) que expresa: “Reconsiderar el Estado en sus relaciones exteriores a la luz del derecho

internacional actual es lo mismo que pensar el Estado en su dimensión interna a la luz del derecho constitucional”. Es válido señalar lo expresado al respecto por el máximo organismo de control constitucional del Ecuador, la Corte Constitucional del Ecuador (2009):

Cuanto más garantista sean los contenidos del Tratado Internacional que pretenda ser implementado en el ordenamiento jurídico nacional, más deberá ser considerado válido para el país.- Por el contrario, si éstos de alguna manera, inobserva o restringen derechos fundamentales, se deberá declarar expresamente de qué manera opera tal incompatibilidad y determinar la imposibilidad de continuar con su trámite aprobatorio.

Una vez que hemos ubicado a nuestro país dentro de la realidad histórica jurídica actual en la temática de niñez y adolescencia de igual forma para nuestro estudio se debe establecer parámetros puntuales que midan dichos enunciados concretando su efectividad. La CDN emitida por la Organización de las Naciones Unidas (1989) en su artículo 4 expresa: “Los estados parte adoptaran todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente convención...”. Es decir la complejidad de garantizar el abundante catálogo de derechos obliga a los Estados a reconocer que en la práctica es imposible centrar dicho trabajo a un ente determinado y en una circunscripción determinada. Se necesita abarcar de manera multisectorial y descentralizada dicha tarea, es decir la protección no solo se centra en un ámbito sino que los Estados deben utilizar toda forma de mecanismos.

No hacerlo equivale a tener una visión reduccionista de la garantía de los derechos de niñez y adolescencia, ya que establecer una diversidad de sujetos responsables de los derechos en distintos niveles, materializa y ejecuta el principio de corresponsabilidad en el respeto y garantía de los derechos y además la efectividad para garantizarlos, sin la cual de nada sirve tener derechos. Con contundencia lo

expresan los estudios del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (2009) que dentro de sus documentos de capacitación menciona: “Definida en el Art.4 de la CDN la efectividad es la garantía del derecho. Si hay una ley que establezca un derecho pero no los mecanismos para su protección o exigibilidad, es letra muerta”.

Dentro de esta materialización de los derechos de la infancia en Ecuador emerge un Organismo poco tradicional y no muy visibilizado. Las Juntas Cantonales de Protección de Derechos descritas en el Código de la Niñez y Adolescencia de actual vigencia en el Ecuador desde el año 2003 que se publicó en el Registro Oficial No.737 del 03 de Enero de dicho año. Describas de la siguiente manera:

Art. 205.- son órganos de nivel operativo, con autonomía administrativa y funcional, que tienen como función pública la protección de los derechos individuales y colectivos de los niños, niñas y adolescentes, en el respectivo cantón. Las organizará cada municipalidad a nivel cantonal o parroquial, según sus planes de desarrollo social. Serán financiadas por el Municipio con los recursos establecidos en el presente Código y más leyes.

Cuyas funciones y conformación están descritas en el mismo Código:

Art. 206.- Corresponde a las Juntas de Protección de Derechos:

- a) Conocer, de oficio o a petición de parte, los casos de amenaza o violación de los derechos individuales de niños, niñas y adolescentes dentro de la jurisdicción del respectivo cantón; y disponer las medidas administrativas de protección que sean necesarias para proteger el derecho amenazado o restituir el derecho violado;
- b) Vigilar la ejecución de sus medidas;
- c) Interponer las acciones necesarias ante los órganos judiciales competentes en los casos de incumplimiento de sus decisiones;
- d) Requerir de los funcionarios públicos de la administración central y seccional, la información y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones;
- e) Llevar el registro de las familias, adultos, niños, niñas y adolescentes del respectivo Municipio a quienes se haya aplicado medidas de protección;
- f) Denunciar ante las autoridades competentes la comisión de infracciones administrativas y penales en contra de niños, niñas y adolescentes;

g) Vigilar que los reglamentos y prácticas institucionales de las entidades de atención no violen los derechos de la niñez y adolescencia; y,

h) Las demás que señale la ley.

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.

Art. 207. La Junta Cantonal de Protección de Derechos se integrará con tres miembros principales y sus respectivos suplentes, los que serán elegidos por el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de entre candidatos que acrediten formación técnica necesaria para cumplir con las responsabilidades propias del cargo, propuestos por la sociedad civil. Durarán tres años en sus funciones y podrán ser reelegidos por una sola vez. El Reglamento que dicte el Presidente de la República a propuesta del Consejo Nacional establecerá los demás requisitos que deben reunirse para ser miembro de estas Juntas, las inhabilidades e incompatibilidades y los procedimientos para proponerlos y elegirlos.

El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (2008): Dentro de sus funciones emitió La directriz de Organización, Conformación y Funcionamiento de Juntas Cantonales de Protección de Derechos, reafirmando así su marco de legalidad para su funcionamiento

Art. 1.- Naturaleza jurídica.- Las juntas cantonales de protección de derechos son instancias municipales, cuya competencia pública es la protección de derechos individuales y/o colectivos, en fase administrativa, de niños, niñas y adolescentes del respectivo cantón, en los casos de amenazas y/o violaciones de sus derechos, a través de la sustanciación del Procedimiento Administrativo de Protección de Derechos. Dependen orgánicas y financieramente del Municipio respectivo y cuentan con autonomía administrativa y funcional para desempeñar sus competencias y funciones establecidas en el Código de la Niñez y Adolescencia, lo que significa que para el cumplimiento de sus funciones y su organización administrativa actúan sin injerencia de ningún otro organismo y/o autoridad.

Art. 8.- Sustanciación de procedimiento.- En base a lo determinado en el oficio No. 009446 de fecha 1 de abril del 2008 de la Procuraduría General del Estado, las juntas cantonales de protección de derechos son órganos de nivel operativo del SNDPINA que sustanciarán los procedimientos administrativos de protección de derechos en base a lo que determina el Código de la Niñez y Adolescencia.

Nótese que el artículo 8 de la directriz antes mencionada emanada por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia para la Organización, Conformación y Funcionamiento de Juntas Cantonales de Protección de Derechos, señala el oficio No. 009446 de fecha 01 de abril del 2008 de la Procuraduría General del Estado (2008), siendo importante expresar que dicho oficio se refiere al pronunciamiento de tal organismo describiendo la situación jurídica de las JCPDNA en absolución de consultas.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que los principios reguladores de los órganos colegiados, son la "sesión, el quórum y la deliberación", particulares o presupuestos de las que carecen las juntas cantonales de protección de derechos, puesto que ejercen funciones de sustanciación de procedimientos administrativos encaminados a proteger en todo momento los derechos amenazados o violados de los niños, niñas y adolescentes, considero que dichas juntas cantonales no pueden estar consideradas dentro de la administración colegiada, sino como órganos operativos que cumplen las funciones antes descritas. Dejo en estos términos reconsiderado el pronunciamiento contenido en el oficio No. 8231 de 1 de febrero del 2008.

Así mismo existen varios pronunciamientos más de la Procuraduría General del Estado en relación a la situación jurídica de las JCPDNA donde se señala deben ser consideradas instancias municipales e incorporadas al orgánico funcional de los Municipios y emitir su propio reglamento de funcionamiento basados en su independencia. (Procuraduría General del Estado, 2012). En concordancia con el artículo 148 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (Asamblea Nacional del Ecuador, 2010) que establece claramente que los Gobiernos autónomos descentralizados, ejercerán las competencias destinadas a asegurar los derechos de los NNA que le sean atribuidas por la Constitución, el COOTAD⁴, el Consejo Nacional de Competencias en coordinación con la Ley que regule el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de Niñez y Adolescencia refiriéndose al Código de la Niñez y Adolescencia.

⁴ La sigla COOTAD se refiere al Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización.

De manera general cuando existe una vulneración de derechos de NNA tradicionalmente se visualiza de manera inmediata la intervención jurisdiccional de los Jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia a fin que mediante acciones judiciales emanen disposiciones que sancionen tal conducta vulneradora y a su ejecutor. Se piensa que emitir medidas de protección únicamente recaerá exclusivamente al ámbito judicial y que solo en dicha sede se puede encontrar solución a tal requerimiento, pues en este estudio se evidencia la opción de poder llevar a sede administrativa ante las JCPDNA la protección de derechos individuales o colectivos de NNA no solo cuando haya sucedido sino también cuando pueda suceder una vulneración de derechos y que el resultado de dicha intervención trascienda de la tradicional sanción, hacia acciones que aborden no solo la causa final de una vulneración o su manifestación sino que la prevenga de tal manera que incida en el cambio individual y estructural de una conducta vulneradora.

Nuestra legislación contemporánea se ha hecho eco del llamado a desarrollar el derecho a la tutela efectiva cautelar mediante la inclusión de medidas, más aún cuando se trata de vulneración de derechos es de vital importancia contar con instrumentos que de manera inmediata y con celeridad reaccionen convirtiéndose en una garantía de su protección. Tomando en cuenta lo señalado por el tratadista Calamandrei (1999) “La garantía cautelar aparece como puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional que deberá restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho: La misma está destinada, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra”. Por lo tanto aplicar medidas de protección no equivale a impartir justicia. Las JCPDNA no imparten justicia ni necesitan hacerlo, no reemplazan el rol judicial de los Jueces especializados sino que complementan su accionar para cumplir con la efectividad, descentralización y

accesibilidad en la materialización de la protección de derechos de NNA. Por lo tanto no son parte de los órganos jurisdiccionales, tal como lo especifica nuestra Constitución:

Art. 178.- Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes:

1. La Corte Nacional de Justicia.
2. Las cortes provinciales de justicia.
3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley.
4. Los juzgados de paz.

En concordancia con lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial emitido por la Asamblea Nacional del Ecuador (2009) en su Artículo 10 que establece: “De conformidad con el principio de unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución”. Es decir queda totalmente claro que la función que desempeña la Junta no es jurisdiccional, es netamente operativa y de carácter administrativo, menciona en sus estudios para el Consejo de la Niñez y Adolescencia del Ecuador (Avila, 2008): “afirmar que son órganos a nivel operativo es dejar claro que las Juntas no juzgan violaciones a la ley”. Entonces ¿si no imparten justicia que hacen? Este Órgano administrativo posee la efectividad de emanar medidas de protección de la misma forma que los Jueces y estas se encuentran definidas en el Código de la niñez y adolescencia revisemos su concepto:

Art. 215.- Concepto.- Las medidas de protección son acciones que adopta la autoridad competente, mediante resolución judicial o administrativa, en favor del

niño, niña o adolescente, cuando se ha producido o existe el riesgo inminente de que se produzca una violación de sus derechos por acción u omisión del Estado, la sociedad, sus progenitores o responsables o del propio niño o adolescente. En la aplicación de las medidas se deben preferir aquellas que protejan y desarrollen los vínculos familiares y comunitarios. Las medidas de protección imponen al Estado, sus funcionarios o empleados o cualquier particular, incluidos los progenitores, parientes, personas responsables de su cuidado, maestros, educadores y el propio niño, niña o adolescentes, determinadas acciones con el objeto de hacer cesar el acto de amenaza, restituir el derecho que ha sido vulnerado y asegurar el respeto permanente de sus derechos.

En este artículo del Código de la Niñez se encuentra claramente definido el concepto de medidas de protección estableciendo que las mismas pueden ser emanadas tanto por resolución judicial como administrativa, es decir por los Jueces especializados o por las JCPDNA. Así mismo las medidas de protección están especificadas en dicho cuerpo legal tal como está determinado a quien le corresponde la competencia de su aplicación:

Art. 217.- Las medidas de protección son administrativas y judiciales. Además de las contempladas en el Título IV del Libro Primero y en otros cuerpos legales, son medidas administrativas de protección:

1. Las acciones de carácter educativo, terapéutico, psicológico o material de apoyo al núcleo familiar, para preservar, fortalecer o restablecer sus vínculos en beneficio del interés del niño, niña o adolescente;
2. La orden de cuidado del niño, niña o adolescente en su hogar;
3. La reinserción familiar o retorno del niño, niña y adolescente a su familia biológica;
4. La orden de inserción del niño, niña o adolescente o de las personas comprometidos en la amenaza o violación del derecho, en alguno de los programas de protección que contempla el Sistema y que, a juicio de la autoridad competente, sea el más adecuado según el tipo de acto violatorio, como por ejemplo, la orden de realizar las investigaciones necesarias para la identificación y ubicación del niño, niña o adolescente o de sus familiares y el esclarecimiento de la situación social, familiar y legal del niño, niña o adolescente, la orden de ejecutar una acción determinada para la restitución del derecho conculcado, tal como: imponer a los progenitores la inscripción del niño, niña o adolescente en el Registro Civil o

disponer que un establecimiento de salud le brinde atención de urgencia o que un establecimiento educativo proceda a matricularlo, etc.;

5. El alejamiento temporal de la persona que ha amenazado o violado un derecho o garantía, del lugar en que convive con el niño, niña o adolescente afectado; y,

6. La custodia de emergencia del niño, niña o adolescente afectado, en un hogar de familia o una entidad de atención, hasta por setenta y dos horas, tiempo en el cual el Juez dispondrá la medida de protección que corresponda.

Son medidas judiciales: el acogimiento familiar, el acogimiento institucional y la adopción.

Art. 79.- Para los casos previstos en este título y sin perjuicio de las medidas generales de protección previstas en este Código y más leyes, las autoridades administrativas y judiciales competentes ordenarán una o más de las siguientes medidas:

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.

Art. 218.- Autoridad competente y entidades autorizadas.- Son competentes para disponer las medidas de protección de que trata este título, los Jueces de la Niñez y Adolescencia, las Juntas Cantonales de Protección de Derechos y las entidades de atención en los casos contemplados en este Código. Las medidas judiciales de protección sólo pueden ser ordenadas por los Jueces de la Niñez y Adolescencia.

Las medidas 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 las justifican.

Si comparamos las medidas de protección establecidas en el Código de la Niñez, con las medidas de amparo establecidas en la Ley 103 contra la violencia a la mujer y la familia, artículo 3 que establece: “Las autoridades señaladas en el artículo 8, cuando de cualquier manera llegare a su conocimiento un caso de violencia intrafamiliar, procederán de inmediato a imponer una o varias de las siguientes medidas de amparo en favor de la persona agredida”. (Congreso Nacional del Ecuador, 1995), o con las medidas cautelares establecidas en la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional emitida por la Asamblea Nacional del Ecuador (2009) definidas en el Artículo 26: “Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener...”. Podemos determinar que todas tienen el mismo principio general que es proteger un derecho ante una posible vulneración, así como el mismo efecto jurídico de no constituir prejuzgamiento sobre la declaración de la violación ni tendrán valor probatorio ya que no declaran culpable ni ratifican el estado de inocencia de nadie.

Si tomamos en cuenta el estudio realizado por Fomeque (2012) existen dos clases de medidas cautelares las nominadas y las innominadas. Definiendo a las nominadas como aquellas que expresa y taxativamente están consagradas en diversos ordenamientos tanto sustanciales como procedimentales, son delimitadas en cuanto a su procedencia y su alcance. Las llamadas medidas innominadas o genéricas, en cuanto a su decreto y práctica radican en el poder discrecional del juzgador por lo que se establecen más garantistas y con mayor espectro de aplicación.

Dentro de la categoría de innominadas encajan las medidas cautelares establecidas en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ya que en su procedimiento establecido en el artículo 31 ibídem establece que la Jueza o el Juez tendrá la obligación de buscar los medios más sencillos que estén a su alcance para proteger el derecho amenazado o que está siendo vulnerado, no existe un catálogo de medidas cautelares que el juzgador tenga que aplicar. Dentro de la categoría de medidas nominadas se encuentran las establecidas en el Artículo 13 de la Ley 103 contra la Violencia a la Mujer y la Familia y las medidas de protección que son objeto de nuestro estudio dentro del proceso administrativo de protección de derechos establecido a las JCPDNA, por cuanto estas medidas de Protección establecidas en los Artículos 79 y 217 del Código de la Niñez y Adolescencia configuran un catálogo preestablecido previsto por el legislador en dicho cuerpo legal especializado, del cual de manera limitada el operador de Justicia en el caso de los Jueces o de la Autoridad administrativa en el caso de las JCPDNA tendrán que observar.

Sin embargo haciendo un análisis del Artículo 217 del Código de la Niñez y Adolescencia se puede encontrar en su numeral 4, medidas de protección que se constituyen en diferentes órdenes como por ejemplo:

...Orden de inserción del NNA o de la persona comprometida en la amenaza o violación del derecho, en alguno de los programas de protección que contempla el Sistema. Orden de realizar las investigaciones necesarias para la identificación y ubicación del NNA o de sus familiares y el esclarecimiento de la situación social, familiar y legal del NNA. Orden de ejecutar una acción determinada para la restitución del derecho conculcado, tal como: imponer a los progenitores la inscripción del NNA en el Registro Civil o disponer que un establecimiento de salud le brinde atención de urgencia o que un establecimiento educativo proceda a matricularlo, etc...

Estas órdenes establecidas como medidas de protección no se agotan en el texto expresado. Este amplio contenido del numeral 4 encierra en su final un etc, que deja abierta la posibilidad que la Autoridad que la aplique ejecute de manera amplia y sin limitación más que la constitucional, la orden de ejecutar una acción determinada para la restitución del derecho conculcado, cualquiera que esta sea siempre que sean necesarias y exista una debida adecuación y congruencia entre el derecho protegido y la orden emanada para su protección. De lo que se colige que las medidas de protección establecidas en el Código de la Niñez y Adolescencia se presentan como nominales pero a su vez de ser necesario dejan de serlo configurando un sistema mixto en el numeral 4 del artículo 217 ante la posibilidad de despojarse de la rigidez del catálogo de medidas con el que se cuenta y emitir medidas en las cuales la Autoridad que las emana busque trascender de lo individual hacia lo social cambiando el viejo paradigma de la situación irregular fortaleciendo la intervención integral con un rol activo y creativo no siendo únicamente boca de la Ley. Coherente a conceptos como el de Minuche & Leuschner (2011):

El Juez ahora, está comprometido con la concepción dinámica del Derecho, con la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, se toma los derechos en serio y con su actuación ayuda a configurar la imagen de un nuevo arquetipo. Ya no es boca muda de la ley, ahora es su boca activa y elocuente; ya no es un autómata que mecánicamente subsume, ahora razona, argumenta, pondera y elige entre principios igualmente válidos y aplicables.

Los miembros de las Juntas no son Jueces, pero son Autoridades administrativas que comparten la misma potestad del Juez de emitir medidas de protección en las cuales no solo debe ser la mera aplicación del catálogo de medidas sino buscar formas de sobrepasar lo jurídico, impactando con cada medida que emitan no solo en la manifestación del problema sino en las causas estructurales del mismo, trascendiendo de la solución tutelar individual a la estructural, convirtiendo a cada medida de protección que emanen no en el fin, sino en el medio por el cual se consiga la protección integral de los derechos de niñez y adolescencia.

Todo esto nos muestra una realidad jurídica del Ecuador en intervención de Protección de derechos de niñez y adolescencia, una realidad en la cual el ciudadano encuentra no solamente un organismo al cual recurrir sino que encuentra un sistema con el cual contar. Nuestra Constitución en su Título VII del régimen del buen vivir en su artículo 341 establece. “El Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas...”. Además dicho articulado indica que priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades o en virtud de su condición etaria y culmina manifestando que el sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y adolescencia será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de los NNA. Serán parte del Sistema las Instituciones públicas, privadas y comunitarias. El Código de la Niñez y Adolescencia definen a este sistema:

Art. 191. El Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia se fundamenta en los principios consagrados por la Constitución Política de la República⁵, los instrumentos internacionales y el presente Código. Obedece, además, a principios específicos que informan su construcción como sistema: la participación social, la descentralización y desconcentración de sus acciones; la legalidad, la economía procesal, la motivación de todo acto administrativo, y jurisdiccional, la eficiencia y eficacia; y la corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad.

Art. 192.- Organismos del sistema.- El Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia está integrado por tres niveles de organismos:

1. Organismos de definición, planificación, control y evaluación de políticas, que son:

- a) El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia; y,
- b) Los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia;

2. Organismos de protección, defensa y exigibilidad de derechos. Son:

- a) Las Juntas Cantonales de Protección de Derechos;
- b) La Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia; y,
- c) Otros organismos.

3. Organismos de ejecución de políticas, planes, programas y proyectos. Son:

- a) Las entidades públicas de atención; y,
- b) Las entidades privadas de atención.

Podemos distinguir entre los organismos de protección, defensa y exigibilidad de derechos a la administración de Justicia Especializada es decir los Jueces de familia, mujer, niñez y Adolescencia y las JCPDNA otros organismos los cuales conforme al art. 208 Ibídem son la Defensoría del Pueblo, las Defensorías Comunitarias de la Niñez y Adolescencia y la Policía Especializada de Niños, Niñas y Adolescentes.

Es importante recalcar el papel de las Defensorías comunitarias de la niñez y adolescencia descritas en el artículo antes mencionado, descritas como formas de

⁵ Consta Constitución Política por cuanto así se encuentra expresado en dicho artículo del Código de la niñez promulgado antes de la Constitución del 2008.

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, quienes podrán intervenir en los casos de violación a los derechos de la niñez y adolescencia y ejercer las acciones administrativas y judiciales que estén a su alcance cuando sea necesario, coordinan su actuación con la Defensoría del pueblo. De igual manera el Consejo nacional de la niñez y adolescencia basado en sus competencias emitió la Directriz de Organización y Funcionamiento de las Defensorías Comunitarias de la Niñez y Adolescencia, donde se establecen las responsabilidades que enmarcan su accionar (Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, 2009).

Art. 4.- Responsabilidades.- Las principales responsabilidades que tiene una defensoría comunitaria son:

Promoción y difusión de los derechos de la niñez y adolescencia.

Defensa y exigibilidad en el respeto y cumplimiento de los derechos de niñez y adolescencia en el marco de la Doctrina de Protección Integral y del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Vigilancia y control social del cumplimiento de derechos tanto individuales como colectivos de niñas, niños y adolescentes y la no violación de derechos a través de las prácticas consuetudinarias.

Denuncia pública de los casos de amenaza o violación de derechos o el incumplimiento de la política pública.

Coordinar con los organismos del Sistema las acciones para la protección y restitución de derechos vulnerados.

Ejercer las demás acciones judiciales y administrativas que estén a su alcance para la protección y restitución de los derechos violentados o amenazados.

Seguimiento y veeduría de los casos denunciados por la defensoría comunitaria hasta que se restituya el o los derechos violentados o cese la amenaza que pesa sobre los niños, niñas y adolescentes en la comunidad.

Generación de movilización social a favor de la garantía, promoción, protección, y restitución de los derechos de la niñez y adolescencia.

Proposición al Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, por sí mismo o a través de los representantes de la sociedad civil, políticas públicas de protección integral.

Es decir nuestro país cuenta con un sistema especializado de protección integral avanzado, generado para encontrar una ruta que garantice mediante una red el cumplimiento efectivo del ejercicio pleno de los derechos de niñez y adolescencia, determinando un nuevo modelo de relación entre organismos e instancias que pueda trascender de la mera enunciación de derechos a la oportunidad efectiva que se materialice su garantía, de ahí que solamente pensar en la judicialización de las vulneraciones de derechos como única opción, se pueda considerar una forma de limitar de manera innecesaria los recursos con los que se cuenta y que históricamente se han ganado.

Resta cumplir con la corresponsabilidad y la participación ciudadana establecida en nuestra Constitución para activar todo este sistema permitiendo a los organismos de planificación y evaluación realizar su trabajo concretado en políticas públicas y a los organismos de protección, exigibilidad y restitución, generar los procesos adecuados para intervenir de manera integral en la solución de vulneración de derechos de niñez y adolescencia, así como a los organismos de atención públicos y privados cumplir con 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. Decir que se ha intervenido en beneficio de los derechos de niñez y adolescencia cuando únicamente se ha hecho uso de uno de los tres niveles del sistema es continuar con el viejo paradigma de la situación irregular o hacer cualquier acción pero no protección Integral.

No pueden existir políticas públicas sin que se proteja, exija o se restituya ante un incumplimiento de dichas políticas y no puede existir protección, exigibilidad y restitución, sin entidades de atención para el seguimiento de dichas medidas.

Tampoco nos podemos enorgullecer de tener atención pública y privada reactiva, cuando solo se atiende la causa final de una vulneración es decir la manifestación del problema y no se da soluciones integrales. Todo esto con un solo eje que es el ser humano, en este caso los NNA, su entorno más próximo es decir la familia, luego su barrio, escuela, parroquia, cantón, provincia y el país entero.

Discusión

Del análisis de lo antes expuesto surgen varias reflexiones que obligan a discutir y desarrollar posibles respuestas como por ejemplo si las JCPDNA como autoridad administrativa conforme al artículo 206 literal a del Código de la Niñez y Adolescencia pueden disponer las medidas administrativas de protección que sean necesarias para proteger el derecho amenazado o restituir el derecho vulnerado cuáles son sus límites desde el punto de vista del accionado?

La Constitución ecuatoriana vigente en su artículo 76 establece que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso dentro del cual menciona incluirá garantías básicas como la establecida en el numeral 7 de dicho articulado: El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías expresando en su literal l:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

El artículo 191 del Código de la Niñez y Adolescencia establece como principio del Sistema Descentralizado de Protección Integral de Niñez y

Adolescencia por ende de las Juntas Cantonales de Protección de Derechos como parte de dicho sistema en su calidad de organismo de protección, exigibilidad y restitución de derechos, la motivación de todo acto administrativo y jurisdiccional. De igual forma el artículo 213 ibídem en su inciso último establece que 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. Es decir todo acto arbitrario de una Junta cantonal de protección de derechos como organismo administrativo que no se encuentre motivado resulta nulo a la luz de nuestra Constitución.

La JCPDNA no solo está obligada a motivar sus resoluciones sino que para emitirlas debe cumplir con los parámetros procedimentales establecidos en el Código de la Niñez y Adolescencia, es decir respetar el debido proceso es vital para este organismo no solo observándolo desde el punto de vista de cumplir con la ritualidad del procedimiento establecido, sino observando el debido proceso como un derecho fundamental ligado a la garantía básica del derecho a la defensa de quien es accionado, ya que de nada serviría proteger un derecho de la infancia, vulnerando otro. Lo que equivaldría a lo ilógico de ser defensor de un derecho; vulnerando otro.

Pero como se consigue un accionar cumplidor del debido proceso desde la JCPDNA si conforme al artículo 207 del Código de la Niñez y Adolescencia dentro de los requisitos para ser uno de los tres miembros que la integran no es fundamental ser profesional en derecho. Pues se entiende que las normas constitucionales que nos rigen son conocidas y de obligatorio cumplimiento de todo servidor público. Nuestra Constitución en su artículo 11 numeral 3 establece.

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y

ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

Por lo tanto el accionado que se encuentre sometido a la aplicación de medidas de protección administrativas por la JCPDNA tiene garantizado plenamente su derecho al debido proceso, inclusive ante un supuesto desconocimiento jurídico de quienes las apliquen, quienes conforme al artículo 207 del Código de la niñez y adolescencia serán elegidos por el Concejo cantonal de la niñez y adolescencia de entre candidatos que acrediten formación técnica necesaria para cumplir con las responsabilidades propias del cargo, propuestos por la sociedad civil. De ahí se establece la importancia de seleccionar bajo un proceso de méritos y oposición riguroso a quienes tendrán esa labor de autoridades administrativas, además de ser norma consagrada en la Constitución en el artículo 228: “El ingreso al servicio público (...) se realizará mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley (...).Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora”.

Es importante establecer que existe en el Título VIII artículos 235 al 244 del Código de la Niñez y Adolescencia el procedimiento expreso a seguir denominado procedimiento administrativo de protección de derechos, el mismo que según lo normado lo aplica la Junta del Cantón en que se produjo la amenaza, violación de derechos, para la sustanciación de: 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. Este procedimiento administrativo de protección de derechos puede iniciarse de oficio o mediante denuncia verbal o escrita.

Además claramente se trata de un procedimiento sencillo que no puede durar más de treinta días hábiles por cuanto la JCPDNA tiene la obligatoriedad de encontrándose dentro de las 48 horas hábiles de haber conocido el hecho o receptada la denuncia, avocar conocimiento y señalar día y hora para la Audiencia de contestación de la misma, debiendo hacer conocer lo dispuesto al accionado mediante una Boleta entregada en persona o dejada en el domicilio del citado en día y hora hábil. Audiencia de Contestación en la que la Junta oirá a las partes en igualdad de condiciones permitiendo al accionado ejercer su derecho a la defensa, además fomentando la conciliación en los casos que sea posible por su naturaleza tomando en cuenta la irrenunciabilidad de los derechos de niñez y adolescencia. De existir dicha conciliación la Junta emitirá medias de protección que tiendan a favorecer las relaciones entre los afectados y determinen su mecanismo de evaluación y seguimiento.

De existir hechos que deban probarse la Junta convocará a una nueva audiencia de pruebas dentro de los siguientes cinco días hábiles de haberse realizado la de contestación luego de lo cual en la misma audiencia la Junta emitirá su resolución o máximo dentro de los dos días hábiles siguientes. Notificada la resolución la misma puede ser impugnada por las partes mediante dos recursos establecidos, el de Reposición y el de Apelación. El recurso de Reposición se propondrá dentro de los tres días de notificada la resolución y ante la misma Junta la que deberá convocar a una audiencia debiendo resolver en el término de 48 horas. El recurso de Apelación se presentará de igual forma dentro de los tres días de notificada la resolución o se denegó la reconsideración refiriéndose al recurso de reposición ante la Junta, quienes deberán en el plazo de 48 horas remitir el expediente al Juez de niñez y adolescencia quien en el término máximo de 72 horas deberá convocar a una

audiencia y luego de efectuada dentro del plazo de cinco días dictar resolución, la cual no podrá ser objeto de recurso alguno posterior y deberá ejecutarse inmediatamente. Ninguno de estos recursos suspenderá la ejecución de las medidas de protección adoptadas.

Así mismo surge la inquietud de establecer si la facultad de la JCPDNA de emitir medidas de protección no requiere previamente el juzgamiento del accionado o la determinación del cometimiento de una infracción, tomando en cuenta que previamente en este estudio hemos determinado que las JCPDNA no imparten justicia y las medidas de protección no son sanciones. Para profundizar en el tema debemos remitirnos al catálogo de medidas de protección establecido en los artículos 79 y 217 del Código de la Niñez y Adolescencia clasificando dichas medidas definiendo cuales requieren necesariamente ser emitidas luego de la aplicación del proceso administrativo de protección de derechos y cuáles no necesitan pasar por dicho proceso para ser emitidas.

De las medidas administrativas de protección de derechos podemos establecer que por su naturaleza las siguientes pueden según el caso específico ser dispuestas inmediatamente cuando se haya conocido una posible vulneración de derechos o ante su denuncia: Custodia familiar o acogimiento institucional; Inserción del NNA y su familia en un programa de protección y atención; Concesión de boletas de auxilio a favor del NNA, en contra de la persona agresora; 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 reintegro de la víctima, si fuere el caso; Prohibición al agresor de acercarse a la víctima o mantener cualquier tipo de contacto con ella; Prohibición al agresor de proferir amenazas, en forma directa o indirecta, contra la víctima o sus parientes; Suspensión del agresor en las tareas o funciones que

desempeña; La orden de cuidado del NNA en su hogar; La reinserción familiar o retorno del NNA a su familia biológica; La orden de inserción del NNA o de la persona comprometidos en la amenaza o violación del derecho, en alguno de los programas de protección que contempla el sistema y que, a juicio de la autoridad competente, sea el más adecuado según el tipo de acto violatorio, como por ejemplo, la orden de realizar las investigaciones necesarias para la identificación y ubicación del niño, niña o adolescente o de sus familiares y el esclarecimiento de la situación social, familiar y legal del NNA, la orden de ejecutar una acción determinada para la restitución del derecho conculcado, tal como: imponer a los progenitores la inscripción del NNA en el Registro Civil o disponer que un establecimiento de salud le brinde atención de urgencia o que un establecimiento educativo proceda a matricularlo, etc; El alejamiento temporal de la persona que ha amenazado o violado un derecho o garantía, del lugar en que convive con el NNA afectado; La custodia de emergencia del NNA afectado, en un hogar de familia o una entidad de atención, hasta por setenta y dos horas, tiempo en el cual el Juez dispondrá la medida de protección que corresponda.

Todas estas medidas de protección pueden señalarse como instrumentos de carácter provisional e informal que surgen del peligro de daño, evitando o impidiendo la vulneración de los derechos de NNA consagrados en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, la Constitución y el Código de la niñez y adolescencia. Para el otorgamiento de dichas medidas la JCPDNA no precisa determinar el fondo de la situación sino valorar una situación de riesgo evitando caer en una demora que puede ser ineficaz con la consecuencia de un daño irreversible o grave ocasionado por la misma Autoridad que debe protegerla. Es así que las entidades de atención conforme al artículo 218 del Código de la niñez y adolescencia, pueden también emitir medidas administrativas de protección sin mediar proceso

alguno. Así lo analiza en sus estudios Saltos (2013) que menciona. “No encontramos en el Código de la niñez y adolescencia ni en ningún otro cuerpo legal conexo con él, un procedimiento para que las instituciones de atención pudieran seguir para aplicar las medidas administrativas...”. Dejando claro que la ausencia de procedimiento es característica de la informalidad que requiere el tratamiento de una medida de protección cautelar.

Este grupo de medidas pueden ser emitidas en el auto inicial en el que la Junta inicie el procedimiento administrativo, no obstante lo señalado se debe al emitir las o solicitarlas cumplir con requisitos básicos los cuales basados en el estudio y experiencia de las medidas cautelares debe ser de igual sentido por su origen, finalidad y aplicación. Toda vez que al no concurrir dichos presupuestos no sería procedente el otorgarlas. Podemos tomar tres características generales de las medidas según estudios de Perez (2012): a) Instrumentalidad; característica principal de las medidas, ya que existirán tanto y en cuanto lo haga el proceso principal, están ligadas al fin mismo del proceso es decir son instrumentos del instrumento. b) Revocabilidad; se refiere al hecho de que la medida decretada puede ser modificada o revocada cuando varíen las circunstancias que le dieron origen, es decir se concreta un estado provisional que se mantiene hasta que se dicte una decisión final ya sea por la misma Junta o según la magnitud del hecho por la autoridad que llegue a conocer el caso. Esta variabilidad se da en virtud de la cláusula *Rebus Sic Standibus*⁶ contenida en el artículo 219 del Código de la Niñez y Adolescencia que establece: “Las medidas de protección pueden ser sustituidas, modificadas o revocadas por la autoridad que las impuso”. De igual forma se pronuncia en su estudio Jaramillo (2011): “Las medidas cautelares tienen efectos provisionales o limitados en el tiempo ello no significa que tienen una duración corta o prolongada, sino que permanecen mientras se mantenga la

⁶ *Rebus sic standibus*, expresión latina que puede traducirse como: estando así las cosas.

situación (...) pueden ser revocadas cuando se haya cumplido su objetivo”. c) Homogeneidad; Entendiendo por ella la similitud que debe existir entre el objeto del proceso y la medida, sin confundirse con el contenido propio de la decisión principal, pues se habría satisfecho por adelantado el derecho reclamado convirtiendo la medida preventiva en ejecutiva desnaturalizando su esencia.

Habiendo definido las características generales de las medidas debemos establecer los presupuestos que deben preceder al otorgamiento de la medida de protección que no pueden ser otros que los establecidos para las medidas cautelares en general, ellos son: *Fumus Boni Iuris*⁷, *Periculum in Mora*⁸, *Periculum in Damni*⁹. Analicemos según Arevalo (2011). *Fumus Boni Iuris*: Se debe partir de una apariencia de buen derecho o de un mínimo grado de verosimilitud del mismo, como indica la doctrina, que exista al menos un humo del derecho pretendido o invocado. Liebman (1976) : “no se trata de establecer la certeza de la existencia del derecho, que es propiamente el objeto del proceso principal, sino solamente de formular un juicio de probabilidad de su existencia, sobre la base de una cognición sumaria superficial”. *Periculum in Mora*; Tiene justificación la emisión de medidas dado el hecho que de dilatarse su trámite resulta ineficaz cualquier acción de protección de derechos, no refiriéndonos a la mora en la satisfacción del derecho, sino a la excesiva demora en el trámite. La demora en el trámite de los procesos puede ocasionar que se torne imposible la ejecución de una resolución por falta de objeto y que dicha resolución carezca de utilidad porque llega demasiado tarde Cueva (2012) “similar a la medicina que se le va a entregar al enfermo que ya ha muerto”. *Periculum in Damni*; Este presupuesto de medida se establece a partir del hecho que de no decretarse oportunamente por la Autoridad su consecuencia sería un daño para el

⁷ Fumus Boni iuris: voz en latín que debe entenderse como humo o apariencia de buen derecho.

⁸ Periculum in Mora: voz en latín que debe entenderse como peligro de demora.

⁹ Periculum in Damni: voz en latín que debe entenderse como peligro de daño.

accionante. Se refiere a la demora de la Autoridad en la adopción de la medida solicitada por la parte o que de oficio debe decretar causando con ello un daño. Se podría decir que estos presupuestos son netamente garantistas por cuanto implican la protección material de un derecho por sobre la formalidad instrumental por ello se habla de su informalidad.

Las demás medidas establecidas como: Suspensión del funcionamiento de la entidad o establecimiento donde se produjo el maltrato institucional, mientras duren las condiciones que justifican la medida; Amonestación al agresor; Inserción del agresor en un programa de atención especializada; 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; Seguimiento por parte de los equipos de trabajo social, para verificar la rectificación de las conductas de maltrato; Las acciones de carácter educativo, terapéutico, psicológico o material de apoyo al núcleo familiar, para preservar, fortalecer o restablecer sus vínculos en beneficio del interés del NNA. Requieren por su naturaleza necesariamente de la aplicación formal del procedimiento administrativo de protección de derechos establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia a fin de determinar con certeza la existencia de una conducta de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un NNA por parte de cualquier persona, incluidos sus progenitores, otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado; cualquiera sea el medio utilizado para el efecto, sus consecuencias y el tiempo necesario para la recuperación de la víctima. Incluido en esta calificación el trato negligente o descuido grave o reiterado en el cumplimiento de las obligaciones para con los NNA, relativas a la prestación de alimentos, alimentación, atención médica, educación o cuidados diarios; y su utilización en la mendicidad. Pueden ser decretadas una vez se determine la situación vulneradora,

aplicado el procedimiento administrativo establecido y sin perjuicio que se ponga en conocimiento de la autoridad competente de existir hechos que constituyan delitos o contravenciones a la ley.

Conclusiones

Visualizando la etapa tutelar en que se desarrolló la doctrina de la situación irregular a nivel mundial en lo que respecta a la intervención de la protección de la infancia, donde se llegó a privilegiar durante la historia las políticas asistenciales y hasta acciones decorativas a favor de los NNA. Nuestro país tiene aún pendiente el planteamiento de desafíos en los ámbitos jurídicos, sociales, culturales, económicos y políticos en la concreción real de acciones que promuevan la exigibilidad, protección y restitución de derechos a la luz de la protección integral, sin perder de vista la participación de la ciudadanía que con la vivencia diaria de sus problemas sociales cuenta con experiencia y valores que pueden ser de mucha utilidad para el diseño de políticas públicas. “Los derechos fundamentales deben estar no solamente puestos en normas jurídicas, sino también garantizados por un movimiento social que esté permanentemente alerta ante su posible violación” (Carbonell, 2010).

Según la información publicada en la página Web oficial del Consejo Nacional de la niñez y adolescencia (2013) a octubre del 2013 en Ecuador de 221 Cantones, 167 tienen conformada al menos una JCPDNA, 18 se encuentran el proceso y 37 sin proceso. En la Asamblea Nacional al momento se encuentra aprobado en primer debate el proyecto de Ley Orgánica de los Consejos de Igualdad (Asamblea Nacional del Ecuador, 2013), en la que de aprobarse de manera definitiva se reformaría el Código de la Niñez y Adolescencia dándole las competencias de la JCPDNA a la Defensoría del Pueblo conforme a las Disposiciones Reformatorias: Tercera, Cuarta, Sexta, Novena y Duodécima del mencionado Proyecto de Ley. Por lo que surge la interrogante si eso sería un avance o una regresión a los derechos de la niñez por cuanto el 75,2% de los Cantones del país cuenta de manera descentralizada con una Junta en su jurisdicción y un 8,1% se encuentra en su conformación, no así el número de Delegados de la Defensoría del Pueblo en cada Cantón.

Finalmente con este estudio no se ha extinguido el caudal inmenso y la profundidad del análisis que es necesario desarrollar a fin de encontrar mejores estrategias para la aplicación de la Vía Administrativa en la materialización de los derechos de niñez y adolescencia en el Ecuador, pretendiendo en este estudio de manera general definir líneas que ayuden a fortalecer la reflexión necesaria y a promover un mayor interés por la investigación y profundización del tema planteado en beneficio de este importante grupo de atención prioritaria como son los niños, niñas y adolescentes.

Bibliografía

- Arevalo, H. (2011). Medidas Cautelares Nominadas e Innominadas en las Acciones Constitucionales. En E. Velandia, *Derecho Procesal Constitucional TOMO III VOLUMEN I*. Bogota: VC Editores.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (20 de Noviembre de 1989). Convención sobre los Derechos del Niño.
- Asamblea General de Naciones Unidas. (1959). Declaración de los Derechos del Niño.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (09 de Marzo de 2009). Código Orgánico de la Función Judicial. Quito: Registro Oficial Suplemento 544.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Quito: Registro Oficial No.52 del 22 de octubre del 2009.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2010). Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Ecuador: Registro Oficial 19 octubre del 2010.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (27 de octubre de 2013).
<http://www.asambleanacional.gob.ec>. Obtenido de
<http://documentacion.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/Spaces>
- Avila, R. (2008). *Guía sobre el Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia.
- Calamandrei, P. (1999). Derecho procesal civil. En *Biblioteca Clasicos del derecho VOLUMEN II* (pág. 17). Mexico: Harla.
- Carbonell, M. (2010). *Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.
- Cillero, M. (2010). El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Ministerio de Justicia.
- Comite de los Derechos del Niño. (27 de noviembre de 2003). Observación General No.5.
- Congreso Nacional del Ecuador. (1995). Ley 103 contra la Violencia a la Mujer y la Familia. Quito: Registro Oficial 839 de 11 diciembre de 1995.

- Congreso Nacional del Ecuador. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial 737 de 03 enero 2003.
- Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia . (2008). Directriz de Organización, Conformación y Funcionamiento de Juntas Cantonales de Protección de Derechos de Niñez y Adolescencia. *Resolución No.032*. Quito: Registro Oficial 455 de 28 octubre del 2008.
- Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia. (2009). Directriz de Organización y Funcionamiento de las Defensorías Comunitarias de la Niñez y Adolescencia. *Resolución No.6*. Ecuador: Registro Oficial 603 de 02 junio del 2009.
- Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia. (2009). *Juntas Cantonales de Protección de Derechos de Niñez y Adolescencia MODULO1*. Quito: Francisco Enriquez.
- Consejo Nacional de la niñez y adolescencia. (26 de Octubre de 2013). <http://www.cнна.gob.ec/>. Obtenido de http://186.46.6.226/dbsndpina/pages/listado_reportes.php
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Montecristi: Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2009). Dictamen No. 007-09-DTI-CC-2009.
- Cueva, L. (2012). *Medidas Cautelares Constitucionales*. Quito: Cueva Carrión.
- Davila, P., & Naya, L. (2011). La Convención sobre los Derechos del Niño, Contenidos, Avances y Retos. En *Derechos de la Infancia y Educación Inclusiva en America latina*. Buenos Aires: Granica.
- DEFENSORÍA PÚBLICA DEL ECUADOR. (2011). *Compendio de Legislación del Ecuador sobre Niñez y Adolescencia*. Quito: PPL Impresores.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías*. Madrid: Trotta.
- Fomeque, H. A. (2012). Medidas Cautelares Nominadas e Innominadas en las Acciones Constitucionales. En E. Velandia, *Derecho Procesal Constitucional*. Colombia: VC Editores.

- Galvis, L. (2006). *Las Niñas, los Niños y los Adolescentes Titulares Activos de Derechos*. Bogota: Ediciones Aurora.
- García, E. (1994). *Derechos de la Infancia y Adolescencia en America latina*. Guayaquil: Edino.
- Jaramillo, V. (2011). *Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Liebman, M. (1976). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America.
- Londoño, C. (2013). *Bloque de constitucionalidad*. Colombia: Ediciones Nueva Juridica.
- Minuche, J., & Leuschner, E. (2011). *Sobre Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación*. Guayaquil: Edilex.
- Organización de las Naciones Unidas. (20 de Noviembre de 1989). Convención sobre los Derechos del Niño.
- Perez, G. (2012). Las Medidas Cautelares en el Proyecto de Código Procesal Constitucional modelo para iberoamerica. En E. VELANDIA, *Derecho Procesal Constitucional TOMO III VOLUMEN I*. Bogota: VC Editores.
- Procuraduría General del Estado. (2008). Absolución de consultas de Procuraduría General del Estado Parte 67. Ecuador: Registro Oficial 374 de 04 julio de 2008.
- PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO. (2010). Absolución de consultas de Procuraduría General del Estado Parte 92. Ecuador: Registro Oficial 243 de 26 julio del 2010.
- Procuraduría General del Estado. (2012). Absolución de consultas de Procuraduría General del Estado Parte 108. Ecuador: Registro Oficial 658 de 10 marzo del 2012.
- Quinta Asamblea de la Sociedad de las Naciones. (1924). Declaración de Ginebra.
- Salto, R. (2013). *La Conflictividad de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*. Guayaquil: Biblioteca jurídica.
- Simón, F. (2008). *Derechos de la Niñez y Adolescencia TOMO I*. Quito: Editora Juridica Cevallos.

SIMON, F. (2009). *Derechos de la Niñez yAdolescencia TOMO II*. Quito: Editora juridica Cevallos.