



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“REFORMAS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, PARA PRECAUTELAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD QUE SE ENCUENTRE AL CUIDADO DE SU PROGENITORA PRIVADA DE LA LIBERTAD EN UN CENTRO DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD DEL ECUADOR”.

**Tesis previa a la obtención
del Grado de Abogada**

AUTORA:

DIANA GUISELLA SÁNCHEZ ABARCA

DIRECTORA DE TESIS:

Dra. JOHANA SARMIENTO VÉLEZ Mg, Sc.

LOJA - ECUADOR

2015

CERTIFICACIÓN

Dra. JOHANA SARMIENTO VÉLEZ. Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO, DEL ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICA:

Haber revisado prolijamente el presente trabajo de tesis, titulada: **“REFORMAS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, PARA PRECAUTELAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD QUE SE ENCUENTRE AL CUIDADO DE SU PROGENITORA PRIVADA DE LA LIBERTAD EN UN CENTRO DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD DEL ECUADOR”**, presentado por la postulante: **DIANA GUISELLA SÁNCHEZ ABARCA**; y una vez que el estudio cumple con todos los requisitos reglamentarios autoriza su presentación, sustentación y defensa.

Loja, Julio del 2015




Dra. Johana Sarmiento Vélez. Mg. Sc.
DIRECTORA DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Diana Guissella Sánchez Abarca; declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Autora: Diana Guissella Sánchez Abarca

Firma:  _____

Cédula: No. 1724236813

Fecha: Loja, Julio 2015


CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DE LA AUTORA, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Diana Guissella Sánchez Abarca, declaro ser autora de la tesis titulada: "REFORMAS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, PARA PRECAUTELAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD QUE SE ENCUENTRE AL CUIDADO DE SU PROGENITORA PRIVADA DE LA LIBERTAD EN UN CENTRO DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD DEL ECUADOR", como requisito para optar al grado de **ABOGADA**; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 08 días del mes de julio de dos mil quince, firma la autora.

Firma: 

Autora: Diana Guissella Sánchez Abarca

Cédula: No. 1724236813

Dirección: Cantón Loja: Parroquia Sucre. **Calles:** Estados Unidos y Suecia.

Correo Electrónico: dianasanchez_16@hotmail.com

Teléfono: 2107771 **Celular:** 0989083413

DATOS COMPLEMENTARIOS.

Director de Tesis: Dra. Johana Sarmiento Vélez. Mg. Sc.

Tribunal de Grado: Dr. Leandro Peña Mg. Sc.

Dr. Leonardo Velez Mg. Sc.

Dra. Andrea Aguirre Mg. Sc.

DEDICATORIA

La presente tesis la dedico a Dios, por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.

A mi madre, Luz Imelda Abarca Núñez, por creer en mí, ayudarme día a día por sus consejos, por su ejemplo de perseverancia y constancia, por sus valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, por ser la persona que me enseñó a ser quien soy, pero más que nada, por su amor incondicional, porque gracias a usted, hoy puedo ver alcanzada una de mis metas.

En especial a mí querido esposo Franklin Yaguache Torres, a mi querida hija Nataly Valeria Yaguache Sánchez, por estar a mi lado, brindándome todo su amor.

A mis hermanas y hermanos, a mis suegros, por haber fomentado en mí, el deseo de superación, anhelando siempre el triunfo, esto va por ustedes, por lo que son y lo que valen.

La Autora

A G R A D E C I M I E N T O

Como persona me siento satisfecha pues mis esfuerzos realizados, hoy reflejados a través de la culminación de la presente investigación jurídica en donde se materializa todo lo que un estudiante universitario puede anhelar, en mi formación profesional, para luchar por la justicia, la libertad, y honor, ya que estos valores son importantes para quienes estamos inmersos en el estudio del Derecho, y que lo voy aplicar en el desarrollo de mi vida profesional.

Mi agradecimiento imperecedero a la Universidad Nacional de Loja, que siempre ha sido fuente del saber, luz y camino en la conducción de múltiples generaciones. Mi eterna gratitud, especialmente a la Carrera de Derecho, por haber permitido realizar mis estudios superiores, a mis docentes que orientaron y compartieron sus conocimientos y experiencias como profesionales, al personal Administrativo, y de manera muy especial a la Dra. Johana Sarmiento Vélez. Mg. Sc., Directora de la presente tesis por haberme guiado durante el desarrollo del presente trabajo de investigación hasta su culminación.

La Autora

1. TÍTULO

“REFORMAS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, PARA PRECAUTELAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD QUE SE ENCUENTRE AL CUIDADO DE SU PROGENITORA PRIVADA DE LA LIBERTAD EN UN CENTRO DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD DEL ECUADOR”.

2. RESUMEN

La presente tesis titulada: “Reformas al Código de la Niñez y Adolescencia, para precautelar el interés superior del menor de edad que se encuentre al cuidado de su progenitora privada de la libertad en un centro de privación de libertad del Ecuador”, es fruto de un arduo trabajo investigativo respecto del interés superior de los niños, niñas y adolescentes que garantiza la Constitución de la República y Código de la Niñez y Adolescencia, pero que en la actualidad está siendo lesionado e inobservado por las autoridades públicas. Esta situación ha generado vulneración de derechos fundamentales ya que los menores se ven obligados a vivir en un ambiente no apto para su desarrollo integral. Al convivir con su madre dentro de estos centros de privación de libertad, no se les puede brindar una mejor atención, de esta manera los menores sufren además secuelas psicológica y moral, pese a estar amparados por la Constitución de la República, específicamente por el Art. 45 numeral ocho, que establece que el Estado garantizará al menor el derecho a la vida, la protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad.

Esta normativa no se ha cumplido a cabalidad pues el Estado, a través de las instituciones competentes no han presentado proyectos que hagan efectivos los derechos de los niños, niñas y adolescentes que viven en estos centros,

esperando que su progenitora cumpla la pena para poder salir a la sociedad y forma su hogar.

Dentro del desarrollo de la tesis, fue de gran ayuda la recopilación de material bibliográfico que contribuyó a la obtención de la literatura, estos son marco conceptual, jurídico y doctrinario para luego avanzar con la investigación de campo y obtener los resultados de las entrevistas y encuestas; todo esto una vez tabulado, analizado, fue procesado en la discusión de los resultados, logrando verificar los objetivos y contrastar la hipótesis; para luego pasar a la respectiva fundamentación jurídica para la propuesta de reforma. Finalmente realizo las conclusiones y recomendaciones, con esto logré hacer el proyecto de reforma legal dirigiendo reformas al Código de la Niñez y Adolescencia, previo a garantizar el interés superior del menor de edad que se encuentra bajo el cuidado de la madre que está en el centro de privación de libertad cumpliendo una pena.

ABSTRACT.

This thesis entitled "Amendments to the Code of Children and Adolescents, to forewarn the interests of the minor who is in the care of her private progenitor of freedom in a center of detention of Ecuador", is the result of an arduous investigative work about the best interests of children and adolescents guaranteed by the Constitution of the Republic and the Code of Childhood and Adolescence, but currently is being injured and unnoticed by the public authorities. This situation has led to violation of fundamental rights as children are forced to live in an unsuitable environment for their development. Living with his mother in these places of deprivation of liberty, they can not provide better service to them, so children also suffer psychological and moral consequences, despite being protected by the Constitution of the Republic, specifically for the Art . 45 numeral eight, which provides that the State shall guarantee the child's right to life, protection and special assistance when the parent or the parent, or both, are deprived of their liberty.

This regulation has not been fully complied PUE State, through the competent institutions have submitted projects do not fulfill the rights of children and adolescents living in these centers, hoping that her mother served sentence to go society and way home.

Within the development of the thesis was a great help gathering bibliographical material contributing to obtaining literature, this is conceptual, legal and

doctrinal framework then proceed with field research and obtain the results of field interviews and surveys; this once tabulated, analyzed, it was indicted in the discussion of the results, achieving goals and verify the hypothesis; then move to the respective legal basis for the proposed reform. Finally I make findings and recommendations, with that I managed to make the legal reform bill directing amendments to the Code of Childhood and Adolescence, prior to ensure the best interests of the minor who is under the care of the mother she is at the center imprisonment serving a sentence.

3. INTRODUCCIÓN.

El trabajo de investigación jurídica versa sobre: “Reformas al Código de la Niñez y Adolescencia, para precautelar el interés superior del menor de edad que se encuentre al cuidado de su progenitora privada de la libertad en un centro de privación de libertad del Ecuador” y surge la necesidad al analizar en forma minuciosa la Constitución de la República del Ecuador de manera especial el Art. 1, que estipula que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia. Elevando a la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no sólo acoge la legalidad de la ley en su orden sino que lo complementa con el principio de la supremacía constitucional sobre la ley, sobre todo el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación en la medida que en su conjunto o en algunos de sus preceptos no se adecue a la norma constitucional. Más adelante al analizar el Art. 46 de la Carta Suprema del Ecuador encontramos que es deber del Estado adoptar entre otras, las medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes, protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad, pues los derechos de los menores que permanecen junto a su madre sufren consecuencias negativas, problemas psicosociales depresión, hiperactividad, comportamiento agresivo o dependiente, retraimiento, regresión, problemas de alimentación, entre otros. Lamentablemente en el Ecuador, no se han evidenciado verdaderos programas de rehabilitación social y por lo tanto, razón más que

suficiente para que el menor de edad no permanezca dentro de un Centro carcelario con su progenitora privada de la libertad.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una vida digna que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral, razón por la cual, el actual Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 67, concibe como maltrato toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus progenitores, otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado.

El Art. 56 del Código de la Niñez y Adolescencia, en concordancia con lo antes señalado y en cuanto al tema investigado, señala así mismo que los niños, niñas y adolescentes que no gocen de su medio familiar por encontrarse uno o ambos progenitores privados de su libertad, deberán recibir protección y asistencia especiales del Estado, fuera de los centros de rehabilitación, mediante modalidades de atención que aseguren su derecho a la convivencia familiar y comunitaria, a las relaciones personales directas y regulares con sus progenitores. Se puede apreciar claramente entonces hoy en día el incumplimiento de esta norma, pues es casi normal ver a menores en los centros de privación de libertad junto a sus progenitores, violentándose desde todo contexto, el interés superior del menor.

Para poder determinar las modalidades de atención especial que aseguren el derecho del menor a la convivencia familiar, considero necesario se realicen fundamentalmente estudios socioeconómicos del entorno familiar más cercano para que el menor sea ubicado con su misma parentela y si no fuera posible, este pase a centros especializados de acogotamiento que ofrezca los medios más óptimos para el desarrollo adecuado del menor. En ambos casos se harían los seguimientos que sean necesarios y lógicamente el menor podría, de acuerdo a su régimen de visitas tener contacto con su madre.

Por lo antes indicado, el Estado, la sociedad y la familia deben promover de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos; atendiendo al principio de su interés superior, por lo tanto le estimo pertinente que para efectivizar el derecho a la integridad física, psíquica, desarrollo integral, entendiendo como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad, se debe modificar la normativa vigente en materia de la niñez y la adolescencia.

La presente investigación está estructurada en el siguiente orden: en primer lugar con la Revisión de Literatura, en donde es evidente el acopio teórico relacionado al Marco Conceptual, lo investigado y consultado he ceñido la investigación en temas como; Estado, la Sociedad y la Familia, De los

Derechos Universales de las Niñas, Niños y Adolescentes; y, El Interés Superior del Menor.

En lo que tiene que ver con el Marco Doctrinario, he prestado atención a la Evolución de los Derechos del Menor en la legislación ecuatoriana; El Estado Constitucional de Derechos y el Interés Superior del Menor; El Interés Superior del Menor como una concepción garantista; y, Vulneración del Interés Superior del Menor que esta al cuidado de su Progenitora Privada de la Libertad.

En lo relacionado al Marco Jurídico, he analizado la normativa relacionada a mi tema de tesis que consta en la Constitución de la República del Ecuador; Tratados Internacionales; Código de la Niñez y Adolescencia; y, Código Orgánico Integral Penal.

Es importante hacer la descripción de los materiales, métodos, procedimientos y técnicas que utilicé en el transcurso de la investigación.

En lo relacionado a los resultados obtenidos en la investigación de campo consta la aplicación de encuestas a treinta profesionales del Derecho, basado en un cuestionario de preguntas. Fue también imprescindible la aplicación de entrevistas a un número de cinco profesionales del Derecho cuyas funciones han sido afines al tema investigado.

Con esta recolección teórica y con los resultados de la investigación de campo desarrollé la discusión de la problemática, con un análisis reflexivo y crítico, concretándose en argumentos válidos para la verificación de los objetivos planteados y la contrastación de la respectiva hipótesis, para luego proceder a la fundamentación del proyecto de reforma necesaria en el Código de la Niñez y Adolescencia.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. El Estado, la Sociedad y la Familia.

4.1.1.1. El Estado.

“El Estado es la nación jurídica, organizada y políticamente libre. Jurídicamente, porque es conforme a derecho; políticamente, porque su función es el gobierno”¹.

Para el tratadista Raúl Chanáme, “El Estado es la organización política de la sociedad, que surge en el marco de un sistema institucional. El Estado designa un conjunto de poderes incluidos que gobiernan una población en un territorio determinado”².

Todo Estado se rige por un sistema jurídico, amparados por la Constitución que regula las relaciones existentes entre las personas, el Estado y las instituciones públicas y privadas.

“El Estado es la máxima estructura de la convivencia política, en tanto la comunidad internacional no adquiera características morfológicas más

¹ DUVERGER, Maurice. El Derecho Constitucional y las Instituciones Políticas. Ed. Ariel, 5ª ed., Barcelona 1970, Pág. 639.

² CHANAMÉ ORBE, Raúl. Diccionario Jurídico Moderno. 9ª. Edición. Grupo Editorial Lex & Iuris. 2014. Lima – Perú. Pág. 373.

consolidadas, eficaces, debiendo entenderse por estructura política un conjunto de elementos interdependientes que configuran, organizan y encauzan, con relativa permanencia, los diferentes procesos”³.

El Estado necesita de las instituciones públicas para poder planificar, dirigir, controlar, regular, la vida de los habitantes de una sociedad determinada, a través de sus leyes y ordenamiento internos.

El rol del Estado frente a los ciudadanos es regular su comportamiento, prestar servicios básicos, cumplir un régimen del buen vivir. Siempre debe garantizar el fiel cumplimiento de los derechos humanos de todos habitantes.

4.1.1.2. La Sociedad.

Para la consecución de los fines, el ser humano tiene la necesidad de un medio que haga posible un verdadero encuentro con sus congéneres, ya que de estos depende, en gran medida, su propia esencia. Ese medio es conocido con el nombre de sociedad.

“La persona humana es un ser integrante de manera inevitable, dado que no puede prescindir de la sociedad, pues siempre requiere del concurso y del apoyo de los demás para ser genuinamente un ser humano. La sociedad viene

³ VERDU, Lucas, autor citado en el Diccionario Jurídico Anbar, Primera Edición. Volumen III, Fondo de la Cultura Ecuatoriana.- Cuenca Ecuador 1998.- Pág. 371

a ser la unión de una pluralidad de hombres que unen sus esfuerzos de modo estable para la realización de fines individuales y comunes”⁴

La sociedad juega un papel importante en el cuidado y direccionamiento de la personalidad del ser humano, desde su niñez, adolescencia y adultez, por lo tanto una sociedad bajo estricto cumplimiento de reglas y normas jurídicas, regula el comportamiento de las personas.

“La sociedad alude a la reunión de individuos que obran en consuno dentro de formaciones colectivas relativamente permanentes, con el propósito de alcanzar fines predeterminados. Ello significa convivir por y para algo; esto es, existir y vivir con otros en pro de alcanzar algo comúnmente útil”⁵.

La noción de la sociedad apunta a revelar conductas humanas libres pero mutuamente interferidas entre sí en razón a algo común. Estas acciones con llevan a la existencia de normas e instituciones que generan una dinámica en el tiempo y que crean una historia.

“En la sociedad existen reglas y procedimientos que correlacionan la conducta de los individuos a efectos de regular las relaciones interpersonales”⁶

⁴ PALACIOS PIMENTEL, Gustavo. Elementos de Derecho Civil. Lima. 1971.

⁵ PROVIÑE, Alfredo. Sociología. Córdoba. Assandri. Volumen Dos. Tercera Edición. Argentina. 1954. Pág. 79.

⁶ MAC IVER, Robert M. y Page. Charles H. Sociología Madrid: Tecnos. 1958. Pág. 81.

Considero que desde el hogar y dentro de la sociedad los seres humanos interactúan, comparten sus trabajos, se dedican a estudiar, pero deben ser protegidos por el Estado de cualquier abuso por parte de la delincuencia.

“Las conductas orientadas por reglas e instituciones expelen fuerzas vitales articuladas tras actividades colectivas tendientes a satisfacer intereses compartidos”⁷.

Toda sociedad está regulada por leyes que protejan los bienes jurídicos que el Estado ha garantizado, y también reprime a los responsables de vulnerar en bien jurídico ajeno.

“El hombre pertenece a la sociedad desde su nacimiento, y cuando adquiere conciencia de sí, ya se encuentra precedido de una red múltiple de relaciones sociales. Se manifiestan en sociedad todos sus instintos, tanto los egoístas como los altruistas, desde el de la propia conservación de la especie. Y con el progresivo desarrollo de sus facultades añade nuevos motivos y encuentra la integración de su vida, en sus variadas manifestaciones, y la posibilidad de alcanzar sus fines, de los más elementales a los más altos”⁸.

Esta definición da entender que la persona es un ser social, siempre va estar ligado a vivir en sociedad y compartir sus conocimientos, emociones y sentimientos, por ser necesario interactuar con los demás.

⁷ PRATT FAIRCHILD, Henry. Diccionario de Sociología. México. Fondo de la Cultura Económica. 1960. Pág. 165.

⁸ DEL VECCHIO, Giorgio. Estudios de Filosofía del Derecho. Barcelona Bosch. 1971. Pág. 363.

“Normalmente la vida del hombre se desarrolla en sociedad, porque así lo imponen las leyes de la naturaleza a que está sujeta nuestra especie. La vida humana es una vida de relación; las actividades de los hombres se desenvuelven las unas al lado de las otras, tendiendo a alcanzar propósitos dependientes entre sí, o en común objeto, o bien persiguiendo por medios encontrados fines opuestos y dando nacimiento a inevitables conflictos”⁹.

La sociedad debe ser entendida como un conjunto de relaciones sociales en las que cada acción social se encuentra inspirada en la unión o enlace de interés consolidados por su racionalidad y albedrío. Implica todas formas de convivencia entre los hombres. Aquellos intereses coexistentes se exprese a través de fines y valores, ya sean de carácter material o inmaterial.

4.1.1.3. La Familia.

Para el autor Herman Jaramillo “La familia es una organización social regida por normas económicas, higiénicas, estéticas, religiosas, morales, políticas y jurídicas, integrada por el padre, la madre, los hijos, los parientes, domiciliados en un territorio, cuyos fines son procrear, auxiliarse mutuamente y perpetuar la especie humana, que como institución universal, es fuente de amor, jardín de valoración ética, estética y jurídica, escuela de proyección material y espiritual;

⁹ GARCÍA Carlos Trinidad. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho. México. Porrúa. 1986. Pág. 275.

y, centro de aprendizaje multidisciplinario para el fortalecimiento de la personalidad”¹¹.

Está definida por la Constituciones, por el régimen civil, quien lo regula e indica quienes conforman la familia, que son los integrantes del núcleo familiar.

"La familia, es el elemento activo que nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario, son pasivos; sólo después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia y no sufren una modificación radical sino cuando se ha modificado radicalmente la familia”¹².

Es un grupo social que varía según la sociedad en la cual se encuentra pero va a ser un reproductor fundamental de los valores de una sociedad determinada. Valores en la familia Elsa Pinzano.

Moran Sarmiento Rubén define “La familia es el conjunto de individuos unidos por el vínculo del matrimonio o del parentesco. Forman parte de ese grupo los cónyuges y sus hijos, los ascendientes del marido y de la mujer, los nietos, los hermanos, los tíos, y aún los primos o los llamados vulgarmente primos segundos”¹³.

¹¹ JARAMILLO, Ordóñez, Herman, “La Ciencia y Técnica del Derecho”, Facultad de Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja, Ecuador, Año 1996, Pág. 34.

¹² MORGAN, Lewis Henry. “Sistema de consanguinidad y afinidad”. Primera Edición. Londres. 1871. Pág. 74

¹³ MORAL, Sarmiento Rubén, “La Familia en el Derecho Civil Ecuatoriano”, Editorial Departamento de Publicaciones de la Universidad de Guayaquil, Ecuador, Año 1985. Pág. 14.

En la conformación de la familia aparecen los lazos consanguíneos y afines entre los cónyuges su descendiente y ascendientes.

Federico Engels, sostiene que en su origen la palabra familia no se aplicaba a la pareja conyugal y a sus hijos, sino tan solo a los esclavos y agrega que “famulus, quiere decir esclavo doméstico, y familia es el conjunto de los esclavos pertenecientes al mismo hombre”¹⁴.

Por lo tanto se transmiten valores para que se los aplique en la sociedad en la que se vive y por lo tanto es reproductora del sistema social hegemónico de una época y sociedad determinada.

También es considerada: “La institución ética, natural, fundada en la relación conyugal de los sexos, cuyos individuos se hallen ligado por lazos de amor, respeto, autoridad y obediencia, institución necesaria para la conservación propagación y desarrollo en todas las esferas de la vida de la especie humana”¹⁵.

Por cuanto es un núcleo compuesto por personas unidas por parentesco o relaciones de afecto. Cada sociedad va a tener un tipo de organización familiar pero algo muy importante es que en la familia las personas que conforman ese grupo van a tener relaciones de parentesco y afectivas.

¹⁴ ENGELS, Federico, “El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado”, Editorial Progreso, IV Edición, Moscú-URRS, Año 1981, Pág. 55.

¹⁵ SANCHEZ, Román, “Derecho de Familia”, Editorial Planeta, Chile, Año 1985, Pág. 28.

El autor Marcel Planiol, sostiene que la familia es: "... el conjunto de personas que están unidas por el matrimonio, o por la filiación también, pero excepcionalmente por la adopción. Esta palabra designa también, en un sentido más limitado, a los miembros de la familia que viven bajo un mismo techo, sujetos a la dirección y con los recursos del jefe de la casa. Éste era el sentido de la palabra latina familia, que designaba especialmente la casa y que aún se encuentra en las expresiones francesas: vida de familia, hogar de familia"¹⁶.

La familia es un grupo social que está unido por relaciones de parentesco, tanto por vía sanguínea como por relaciones afectivas. Estos grupos familiares van a reproducir formas, valores sociales y culturales que están instalados en una sociedad.

La familia es la parte esencial de cada ser humano, ya que de esta recibe principalmente el amor y el calor de hogar lo cual le permite sentirse protegido, ayudándole de esta manera a tener un buen autoestima y valores que le permitirá un buen desenvolvimiento dentro de la sociedad.

4.1.2. De los Derechos Universales de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Los niños, niñas y adolescentes, constituyen un sector importante de la población ecuatoriana. La Constitución vigente aprobada mediante referéndum

¹⁶ PLANIOL, Marcel, Derecho Civil, Editorial Harla, México D.F., 2001, Pág. 105.

del 28 de septiembre del 2008, consagra dentro del Título II, denominado Derechos del Buen Vivir, en el Capítulo Tercero de los Derechos de las Personas y Grupos de Atención Prioritaria, en la Sección V, de las Niñas, Niños y Adolescente, es así que en el Art. 44 establece como obligación del Estado brindar protección, apoyo y promover el desarrollo integral, en el proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad a los Niños, Niñas y Adolescentes. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

“Son derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por estar consagrados y garantizados”¹⁷. Todo esto constituye una conquista moral de la humanidad.

También se consideran que “son, de acuerdo con diversas filosofías jurídicas, aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos, que incluye a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna. Son independientes

¹⁷ CHANAMÉ ORBE, Raúl. Diccionario Jurídico Moderno. Lex & Iuris, Grupo Editorial. 9ª. Edición. Lima-Perú 2014. Pág. 330.

de factores particulares como estatus, sexo, etnia o nacionalidad; y no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente”¹⁸.

El concepto de Derechos Humanos es universal para todos los seres humanos e igualitario, así como incompatible con los sistemas basados en la superioridad de una casta, raza, pueblo, grupo o clase social determinados.

Para Luis Bazdrech considera “facultades que los hombres tienen por razón de su propia naturaleza, de la naturaleza de las cosas y del ambiente en el que se viven, para conservar, aprovechar y utilizar libre pero lícitamente sus propias aptitudes, su actividad, y los elementos de que honestamente pueden disponer a fin de lograr su bienestar y su progreso personal, familiar y social”¹⁹.

Se considera preceptos constitucionales que protegen al ser humano y le permiten habitar en un ambiente adecuado para su desarrollo físico y mental que a la par con el disfrute de sus derechos le permitirá vivir en una vida plena.

También son entendidos como “aquellos principios inherentes a la dignidad humana que necesita el hombre para alcanzar sus fines como persona y para dar lo mejor de sí a la sociedad, son aquellos reconocimientos sin los cuales la existencia del individuo o la colectividad carecerían de significado y de fin en sí

¹⁸ http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_humanos-cite_note-ipsu-74.

¹⁹ BAZDRECH, Luis Garantías Constitucionales, Quinta edición, México, Editorial Trillas 2000. Pág. 34

mismas. Consisten en la satisfacción de las necesidades morales y materiales de la persona humana”²⁰.

Los seres humanos tienen que desarrollarse en un ambiente de respeto y consideración hacia sus semejantes, debe basarse en lo ético y jurídico para que lleven a cabo una buena convivencia entre nuestros semejantes y que el Estado deba proteger, tutelar los derechos constitucionales y humanos, que están garantizados por la Constitución y la ley.

Desde su posicionamiento ético y político en el marco del enfoque de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos. Entendiendo la condición de desarrollo evolutivo con sus componentes de crecimiento y maduración física, social, mental y emocional, en un contexto específico que modela y es influenciado por esos procesos que caracteriza a las etapas vitales de la infancia y la adolescencia, ubica a niños, niñas y adolescentes en una relación de desigualdad en el manejo del poder que condiciona vulnerabilidad frente a diferentes formas de exclusión y discriminación en relación con el ejercicio de derechos.

4.1.3. El Interés Superior del Menor.

“El principio del interés superior del niño o niña, es entendido como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una

²⁰ DÍAZ MULLER, Luis, Manual de Derechos Humanos, México. 1992. Pág. 53.

vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible”²¹.

El interés superior del niño y de la niña, desde la perspectiva conceptual protege los derechos fundamentales del menor, elimina los prejuicios tradicionalmente alimentados por el régimen legal, este principio busca que todas las entidades públicas recepten los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

“La noción de interés superior es una garantía de que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen”²².

En caso de contradicción de normas que lesionan los derechos del menor las autoridades deben aplicar la más beneficiosa al interés superior del niño. No obstante, cuando estas prerrogativas humanas llegasen a contraponerse, entre sí, se hará primar necesariamente aquella cuya titularidad recayere sobre el menor.

“El denominado principio de interés superior del niño, que no es otra cosa que la atención preferente que el Estado, la Sociedad y la Familia, deben brindar a

²¹ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio-BELOFF, Mar (compiladores), infancia, ley y democracia en América Latina. Editorial Temis- Depalma, santafe de Bogotá- Buenos aires, 1999. segunda edición, 1999. Pág. 230

²² MONROY CABRA , Marco Gerardo. Derecho de familia y de menores. Editorial Librería Jurídica Wilches. Cuarta Edición. Bogotá, 1996. Pág. 127

todos los aspectos que garanticen el desarrollo integral y el disfrute pleno de derechos de los niños, niñas y adolescentes dentro de un marco de libertad, dignidad y equidad”²³.

El interés superior del niño o niña indica que las sociedades y gobiernos deben de realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables a fin de que éstos puedan vivir y desplegar sus potencialidades. Esto lleva implícita la obligación de que, independientemente a las coyunturas políticas, sociales y económicas, deben asignarse todos los recursos posibles para garantizar este desarrollo.

En el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la primera Declaración que consagró los Derechos de los Niños fue la Declaración de Ginebra sobre los “Derechos de los Niños” que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de Diciembre de 1924.

Posteriormente, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la “Declaración Universal de Derechos Humanos” que implícitamente incluía los derechos del niño.

Recién en 1959, ante la necesidad de una más directa protección de los derechos de los niños en el mundo, la Asamblea General de la Organización de

²³ RODRÍGUEZ MORENO, Rafael. Tratado sobre los derechos de la familia y la defensa del menor. Ediculco Ltda. Santafé de Bogotá. 1993. Pág. 96

las Naciones Unidas, aprobó la “Declaración de los Derechos del Niño”. Sin embargo, dada la necesidad de contar con un instrumento normativo internacional, coercitivo y vinculante para los Estados partes, nace la “Convención sobre los Derechos del Niño”, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Su entrada en vigor se produjo el 2 de septiembre de 1990.

Esta Convención es el Tratado Internacional que presenta la mayor cantidad de ratificaciones en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia, la han ratificado.

El principio de “interés superior del niño” como idea rectora en el área de los derechos del niño es una idea antigua en el orden internacional. La Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, confirmó de manera clara este principio, vinculándolo además la prohibición de la discriminación, al señalar que la no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados. El contenido del principio de interés superior son los derechos, en este caso interés y derechos se identifican.

El interés superior no es un objeto social deseable sino un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad; en este sentido debemos entenderlo como

una concepción de Derechos Humanos que permite frenar las arbitrariedades y abandonar al paternalismo para regular los temas de infancia.

La niñez y adolescencia es implementada en nuestro sistema jurídico desde el año 1998, con la expedición de la codificación de la Constitución Política de 1979 en virtud de la cual se propone una alianza tripartita entre Estado, sociedad y familia a fin de asegurar, hasta el máximo de las posibilidades, el pleno y prioritario ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes, reconociéndose en ellos a sujetos plenos de derechos. Aquí todavía no se tipificaba el principio de interés superior que ya estaba vigente en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, según el estudio hecho a la evolución histórica de los derechos del menor en el Ecuador que consta en el marco doctrinario de la presente tesis.

El principio del interés superior del niño se lo deberá entender como la satisfacción de los derechos del niño en el marco de las diferentes legislaciones acordes con lo consagrado en la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por el Ecuador en 1990 e incorporada en el Código de Menores de 1992 y en la Constitución Política de 1998.

La concepción de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos implica necesariamente su contraparte, es decir, ver en ellos también a sujetos de obligaciones jurídicas. En este aspecto hay que hacer una diferenciación

entre los deberes atribuibles a los demás agentes sociales, en atención a las características naturales especiales de este sector. Aquí cabe dejar sentado que el ordenamiento político reconoce la existencia de diferencias entre adultos y niños, pero no lo hace de manera negativa, sino con el objeto de atender el ejercicio propio y armónico de los derechos humanos de niños y adultos.

Al igual que todos los demás principios jurídicos, el interés superior del niño es aplicable como un modo de interpretación de las demás normas y reglas que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano, especialmente al momento de presentarse una confrontación entre derechos. En este sentido, todo ejercicio de ponderación entre los mismos no puede ser peyorativo al pleno ejercicio de los derechos de la niñez.

La aplicación de este principio es directa, es decir su inobservancia no puede justificarse por la falta de normativa expresa o por antigüedad. Por otro lado, hablamos de una regla de interpretación jurídica, la misma que no puede ser sino la más favorable al pleno ejercicio de derechos de la niñez y adolescencia.

Esta prioridad absoluta debe estar plasmada en la elaboración de políticas públicas, por tanto, constituye también un principio vinculante a los organismos de gobierno de cualquier nivel. Es por ello que el Código de la Niñez, por medio de su libro tercero procedió a la creación del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que integra a organismos

administrativos y jurisdiccionales cuyo objetivo común es la tutela de los derechos referentes a la niñez.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Evolución de los Derechos del Menor en la Legislación Ecuatoriana.

Los Derechos del Menor en la legislación ecuatoriana han estado representados en la Constitución de la República y leyes internas de cada época; así tenemos el Código Civil dentro del campo del primer libro que se refiere a las personas y la familia y, el Código de Menores con atribuciones específicas para garantizar los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes; normativa que en la actualidad es recogida por el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Los derechos del menor merecen mayor atención por cuanto giran básicamente en torno a la alimentación, la educación, la salud, el afecto, la vivienda y la identidad. Estos derechos son “inalienables e irrenunciables, por lo que para lograr su armonioso y completo desarrollo, ninguna persona puede vulnerarlos o desconocerlos bajo ninguna circunstancia”²⁴; por lo tanto, el Estado es el primer llamado a respetar y hacer respetar los derechos estipulados tanto en la Constitución como en las demás normas legales,

²⁴ JÁCOME VILLALVA, Adita.- DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.-Área Legal CECIM.-

evitando de cualquier manera la discriminación y maltrato para este grupo de atención prioritaria de la sociedad.

Los derechos de los menores tienen sus raíces en las Cartas Fundamentales de 1830, 1836, 1843, Estas tres primeras Constituciones de la República del Ecuador garantizaban los derechos de los menores de edad en cuanto a la nacionalidad de los hijos de padres y madres nacionales y extranjeras, ya sea que vivan en el Ecuador o en otro país.

Más adelante, en las Constituciones de 1844, 1851, 1852 y 1869, *se consagra* el derecho de libertad considerada desde el momento de nacer.

En la Constitución de 1884 encontramos como un avance a favor del menor de edad el derecho a la enseñanza primaria gratuita y obligatoria. Dicha enseñanza de artes y oficios debían ser costeadas de los fondos públicos, de esta manera se permita a los progenitores enviar a estudiar a sus hijos. El derecho a la educación de los menores de edad, aparece con rango de norma fundamental, por lo que los progenitores debían enviar a sus hijos a los establecimientos fiscales que eran representados por el Estado y en otros casos por los Municipios.

De aquí en adelante las Constituciones reafirman el derecho de familia en donde hacen referencia al régimen del menor con relación al entorno familiar.

La Constitución de 1945 se caracteriza por garantizar a los menores de edad el derecho a la herencia. La Constitución de 1946 ampara la maternidad y protege a la madre y al hijo, sin considerar antecedentes. Para el cumplimiento de este derecho el gobierno debía crear para los menores de catorce años que carezcan de protección familiar y económica, condiciones adecuadas para su amparo y desarrollo, como casa hogar, guarderías, centro de enseñanza, entre otros servicios básicos que el menor requiera.

La Constitución de 1978, propone la paternidad responsable y la educación apropiada para la promoción de la familia vigilando eso si el cumplimiento de las obligaciones recíprocas de padres e hijos. El hijo será protegido desde su concepción y se garantiza el amparo del menor, a fin de que su crecimiento y desarrollo sean adecuados para su integridad moral, mental y física. Estos derechos están apegados al interés superior del menor que prevalece sobre los demás que estén en contradicción.

En la Constitución Política de la República de Ecuador de 1998 a más de los derechos antes mencionados, se propugna la maternidad y paternidad responsables y garantiza el derecho de las personas a decidir sobre el número de hijos que puedan procrear, adoptar, mantener y educar lo más importante. Como un aspecto de relevancia, señalado que esta Carta Política configura el principio del interés superior del niño, considerando a los niños, niñas y adolescentes como grupo vulnerable, dándoles mayor protección y consagra

como obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. *En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás.* Como norma de mayor jerarquía en caso de contracciones jurídicas garantiza que no se afecte los derechos de los menores de edad.

La *Constitución de la República del Ecuador del 2008* incorpora los Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, perteneciendo a este grupo las niñas, niños y adolescentes. También determina que el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; así, el Art. 44 estipula que *se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.*

En el periodo del General Alberto Enríquez Gallo fue quien creó una Comisión para que redacte el Proyecto y formule las bases para el establecimiento de tribunales de menores, de esta manera se expide mediante Decreto No.181-A, de 1 de agosto de 1038 el primer Código de menores, mismo que fue inspirado en la obligación del Estado de garantizar los derechos y las obligaciones de los menores desvalidos, huérfanos, material y jurídicamente abandonados.

A los menores se los clasificó en dos grupos, el primero considera que en cuanto concierne a su condición social, son menores todas las personas

humanas desde su nacimiento hasta los veinte y un años de edad; y, el segundo considera que en cuanto sujetos activos del delito, son menores todas las personas que no han cumplido dieciocho años de edad. En esta legislación se crean los Tribunales de Menores en las ciudades de Quito y Guayaquil facultando al Consejo Nacional de Menores establecer tribunales en otros lugares que considere oportuno. El 7 de marzo de 1939, el Congreso Nacional mediante Decreto introduce algunas reformas al Código de Menores, mismas que son publicadas en el Registro Oficial No.84, de 10 del mismo mes y año. Entre las reformas se destacan las siguientes: Los fallos de los tribunales de menores serán resueltos en última instancia por el Consejo Nacional de Menores; los tribunales de menores funcionarán en todas las capitales de provincia; el Presidente del Tribunal de Menores será designado por el propio organismo y ya no por el Consejo Nacional de Menores. Se faculta al tribunal de menores: Substanciar y fallar las causas por toda clase de infracciones cometidas por menores, o que aparecieren como cómplices y, se define que la jurisdicción de los tribunales de menores es provincial.

El *segundo Código de Menores* fue expedido por Decreto No. 721, de 9 de agosto de 1944, por el presidente Doctor José María Velasco Ibarra. Este Código de Menores contempla como principios claves en la legislación:

- a. "Interés superior.- Dispone que los organismos o autoridades judiciales deben dar *preferencia* al imperativo tutelar de los menores, en todos los problemas sometidos a su consideración.

b. No litigios. El planteamiento y solución de los problemas de menores serán tratados *no como litigios*, sino como lo que realmente son: problemas humanos”²⁸.

Estos principios sembrados en nuestra legislación fueron incorporados buscando lo que más convenga al menor de edad.

El *tercer Código de Menores* fue expedido mediante Ley No.187, de 30 de junio de 1969, en esta se considera como menores de edad a todos los individuos de la especie humana, desde su nacimiento hasta la edad de veintiún años. En este Código reafirma la protección a la familia, maternidad, infancia, asistencia al menor en la edad preescolar, escolar y adolescencia, protección al menor en el trabajo y la protección moral. También introduce instituciones civiles reconociendo la adopción, alimentos, colocación familiar, albergues para menores abandonados, patria potestad.

El *cuarto Código de Menores* fue expedido por Decreto No.421, de 2 de junio de 1976, donde prescribe que los casos de menores serán tratados como problemas humanos mas no como litigios y que en su resolución primará el interés moral, social y biológico sobre cualquier otra consideración.

El Código confería especial importancia al Trabajo Social, que tenía bajo su responsabilidad los aspectos sociales del Sistema de Protección y

²⁸ DURÁN MERA, María Augusta. Ob. Cit. Pág. 2.

Rehabilitación de Menores, asignándole programas específicos en las siguientes áreas: investigación, diagnóstico, programación y ejecución.

El Código crea los hogares transitorios como instituciones de tipo abierto o cerrado para atender a los menores que requieren cuidado tales como: los abandonados, los que tienen problemas económicos y de desintegración familiar, los que practican la mendicidad o la vagancia o son objeto de explotación y los hijos de padres inválidos.

El *quinto Código de Menores* fue expedido por el Plenario de las Comisiones Legislativas, con fecha 16 de julio de 1992. En la presentación de este Código, suscrito por la señora Josefina de Durán Ballén, Presidenta del INNFA; y, Juan Carlos Cuentas Zabala, representante de UNICEF, se argumentó que: "...la defensa de este Nuevo Código es causa noble de la sociedad y de sus entidades representativas"³¹. Su redacción y aprobación estaba encaminada a fortalecer la aplicación de la Convención de los Derechos de los Niños y el Plan de Acción en nuestro país. Concibe como menores a todo ser humano, desde su estado prenatal hasta los dieciocho años de edad. Reitera el principio del interés superior y establece que los asuntos de los menores no serán tratados como litigios, sino como problemas humanos, refiriéndose al menor como sujeto de derechos.

³¹ DURÁN MERA, María Augusta. Ob. Cit. Pág. 5.

Farith Simón en líneas generales considera que la reforma de 1992 fue el resultado de un proceso de consulta social limitada, basado en un acuerdo técnico-político entre el Ministerio de Bienestar Social y Defensa de los Niños Internacional-Sección Ecuador y con el respaldo del Consejo Nacional de Menores y UNICEF³². Si bien la voluntad de todas las organizaciones que impulsaron este proceso era la de lograr la plena adecuación de la legislación nacional y de la institucionalidad sobre los Derechos del Niño, la poca comprensión de las implicaciones de las norma y el limitado interés del sector público de introducir transformaciones a su estructura y funcionamiento produjeron una reforma con severas limitaciones. Varios análisis sobre el contenido del Código de Menores de 1992 demuestran su incompatibilidad con la norma internacional y por ende con la doctrina de la protección integral.

El *Código de la Niñez y Adolescencia vigente hasta la actualidad*, es el publicado en el Registro Oficial No. 737 de 3 de Enero del 2003, es la finalización de un largo proceso de discusión, redacción y debate legislativo que se inició cuando la reforma legislativa de 1992. El Código de la Niñez y Adolescencia debe ser entendido como parte de un significativo proceso de reconocimiento normativo de los derechos de la infancia y adolescencia en el Ecuador. Este proceso reformativo al Código de menores que se inició con la ratificación de los Derechos del Niño.

³² CAMPAÑA, Farith Simón. Análisis del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador. Quito 2004. Pág. 3

Éste Código vigente tiene como finalidad la protección integral por parte del Estado, la sociedad y la familia a todos niños, niñas y adolescentes para lograr el desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos. Regula el goce, ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de estos, así como los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos.

Precisamente para dar cumplimiento estricto a las normas que amparan a los menores se crea el Código de la Niñez y Adolescencia, y dentro de su normativa se regula también la conformación del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia tiene una estructura que asegura la relación entre Estado y sociedad civil. El ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES) que se encuentra precedido por la doctora Doris Solís, la misma que maneja fondos públicos para apoyar el desarrollo y protección de la niñez y adolescencia ecuatoriana, porque brindaba protección a los menores de escasos recursos económicos con respecto a la educación, alimentación, cuidado, y representación de los derechos del menor cuando resultare vulnerado.

De acuerdo al ensayo realizado por la Dra. María Augusta Durán Mera, sobre el Derecho de Menores: Análisis jurídico de sus codificaciones, de fecha 12 de febrero del 2014, demuestro la evolución histórica de los derechos de los menores de edad en la legislación ecuatoriana, tiene su origen desde la Constitución de la República, luego proceden a proteger sus derechos creando el Código de Menores, que fue reemplazado por el Código Orgánico de la

Niñez y Adolescencia, es decir, no falta reconocimiento de los derechos del menor, lo que se requiere es buscar los mecanismos para hacerlos efectivos, en especial aquellos que se encuentran con su progenitora privada de libertad.

4.2.2. El Estado Constitucional de Derechos y el Interés Superior del Menor.

A partir de la Constitución aprobada en Montecristi en el 2008 se configura un Estado Constitucional de Derechos, que faculta a la norma suprema el de prevalecer sobre las normas internas de menor jerarquía, es así que todos los derechos fundamentales y principios constitucionales deben sobresalir y estar vigentes en las leyes nacionales, y en caso de existir contradicción de normas debe preponderar la que tenga el rango superior. En el caso de los derechos de los menores de edad, el interés superior siempre va a estar superior sobre los demás derechos, es por ello que la constitución lo define como un principio al interés superior del menor. “La idea esencial que configura al Estado Constitucional de derechos es la primacía constitucional, colocándola en un plano de juridicidad superior, vinculante e indisponible”³³.

El Estado Constitucional de Derechos garantiza que las personas logren efectivizar los derechos que establece la Constitución y que resulten vulnerados, lo que se busca es que los operadores de justicia apliquen el derecho respetando la supremacía constitucional.

³³ FERRAJOLI, Luigi, DERECHOS Y GARANTÍAS, LA LEY DEL MÁS DÉBIL, Editorial Trota, Segunda Edición, Madrid. 2001. Pág. 24.

Para el tratadista Gustavo Zagrebelsky “El Estado Constitucional de derechos es el resultado de una evolución del Estado de derecho, un perfeccionamiento de éste, motivada por la enervación o desintegración de los caracteres definitorios y de la funcionalidad del clásico Estado de Derecho”³⁴. Por lo tanto, el Estado Constitucional de Derechos se origina debido al avance del Estado de Derecho para de esta forma proteger e incluir en sus postulados, normas que garanticen los derechos fundamentales.

En lo que respecta al interés superior del niño, en el actual Estado constitucional de derechos y justicia, los niños, niñas y adolescentes pertenecen al grupo de atención prioritaria. En caso de existir contradicciones de normas con los derechos de los niños o adolescentes deberán prevalecer las del interés superior por ser un principio constitucional a favor del menor.

Por lo tanto, el Estado y sus dependencias públicas al dictar normas y actos jurídicos administrativos lo deben hacer sin lesionar los derechos de los menores de edad, caso contrario se estaría vulnerando el principio del interés superior del niño.

4.2.3. El Interés Superior del Menor como una Concepción Garantista.

Hasta la Constitución Política de 1998 el Ecuador se regía bajo una concepción ideológica de un Estado Liberal de Derecho. El poder público en el pasado

³⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo, EL DERECHO DÚCTIL, Tercera Edición. Editorial Trota, Madrid. 1999. Pág. 33.

actuaba conforme a la ley, donde desaparece la voluntad del gobernante como manifestación y sede de la soberanía, y en su lugar se aplica un gobierno de la ley, donde desaparece la voluntad del pueblo, el soberano y desde esa Constitución nace el Estado con fuertes elementos garantistas.

El constitucionalismo contemporáneo genera el desarrollo de una nueva teoría jurídica, que en Ecuador se viene aplicando a partir de la vigencia de la Constitución del 2008.

“La concepción del Estado garantista es la del Estado constitucional de Derechos, es decir, aquel que se construye sobre los derechos fundamentales de la persona y en el rechazo al ejercicio del poder arbitrario”³⁵.

El Estado garantista es aquel en que el legalismo no es suficiente para considerar frenado o limitado el poder legislativo que, puede ejercer, junto a su aplicación automática por parte de los jueces, en forma autoritaria y despótica.

“El Estado que asume el garantismo, en cambio, es el que vincula los derechos fundamentales consagrados en la Constitución con todos los poderes públicos”³⁶. Aquí se hace la diferenciación con el Estado Social de Derechos.

La significación de ser un Estado constitucional de derechos o Estado garantista es una superación a nuestra construcción como un Estado liberal de

³⁵ ZAVALA EGAS, Jorge. Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica. Edilex S.A. Guayaquil-Ecuador. 2010. Pág. 276.

³⁶ ZAVALA EGAS, Jorge. Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica. Ob. Cit. Pág. 276.

derecho realizada antes de la Constitución de 1998, membretado como Estado soberano, en la que proclama, pero sin garantías para exigir las prestaciones que los satisfagan, equivalentes, al menos, a las existentes para los derechos individuales como la propiedad y la libertad.

El interés superior del niño en la actual Constitución persigue la protección integral de los derechos humanos que le corresponden al niño y adolescentes, haciéndole respetar sus derechos cuando resulten inobservadas por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas; es decir, este principio del interés superior es protector que debe ser aplicado por todas las personas.

El Estado a través de los Gobiernos Autónomos Descentralizados y las Oficinas Técnicas de los Juzgados de Familia, Niñez y Adolescente y la Dirección Nacional de Protección del Niño y Adolescente, están encargados de proteger todos los derechos de los niños y adolescentes con la finalidad que le inculquen valores que le van a servir para ser útiles en la sociedad.

Los gobiernos autónomos descentralizados ejercerán las competencias destinadas a asegurar los derechos de niñas, niños y adolescentes que les sean atribuidas por la Constitución, Código de la Niñez y Adolescencia, el Consejo Nacional de Competencias en coordinación con la ley que regule el sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia. Para el efecto, se observará estrictamente el ámbito de acción

determinado en este Código para cada nivel de gobierno y se garantizará la organización y participación protagónica de niños, niñas, adolescentes, padres, madres y sus familias, como los titulares de estos derechos. Como se observa el Código Orgánico de organización Territorial Autonomía y descentralización en el Art. 48 ampara el ejercicio de las competencias de protección integral de la niñez y adolescencia.

4.2.4. Vulneración del Interés Superior del Menor y en especial, del que esta al cuidado de su Progenitora Privada de la Libertad.

Existe vulneración del interés superior del menor cuando siendo los responsables de su cuidado no lo hacen y permiten que se vulneren los derechos del niño, es decir, el Estado, la sociedad, la familia y los padres son quienes deben proteger al menor de edad de cualquier tipo de abuso o atropellos que realicen en contra de su integridad.

El interés superior de los menores prevalece sobre los derechos de las demás personas; este interés se equipara al término de interés preferente, ya que los niños, niñas y adolescentes según de conformidad con la Constitución del Ecuador del 2008, se encuentran incluidos dentro de los grupos de atención prioritaria. A pesar de contar con una norma garantista, se puede evidenciar casos de flagrante vulneración de los derechos del menor, por ejemplo que sucede cuando el menor esta al cuidado de su progenitora que se encuentra privada de la libertad en un centro de privación de libertad.

El Estado ecuatoriano no ha presentado proyectos encaminados a la separación de los menores de dichos centros y sobre el cuidado que deben recibir en casa de sus familiares o albergues que el Estado cree para estos casos.

Los menores que se encuentran en los centros de privación de libertad con sus madres, al ser separado sufren emocionalmente. “Esta separación como castigo para las privadas de libertad no puede darse como el aislamiento en celdas de castigo, ya que las mismas están prohibidas, en especial en el caso de las mujeres embarazadas y madres que conviven con hijos, únicamente se podrá dar esto en tiempos determinados y como último recurso para salvaguardar la vida del detenido”³⁸

La separación de los niños de su madre que se encuentra privada de la libertad aumentaría su sufrimiento y vulneración a su integridad personal, a más del interés superior y dignidad humana. Ahora, el estar junto a la madre privada de la libertad, causa también sufrimiento pues no está en un mismo ambiente adecuado para su desarrollo, vulnerándose en ambos caso el interés superior, porque el menor no tiene relaciones sociales con otros niños, ni disfrutado de la recreación y otras actividades cotidianas propias de su edad.

³⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. , Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Principio XXII.3.

La pena privativa de libertad vulnera el derecho del menor de edad, porque al no tener otra opción se ve obligado estar junto a su progenitora, siendo necesario que el menor sea entregada su custodia a un familiar.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador.

La Carta Suprema del Ecuador del 2008, recoge el principio del interés superior del menor que con mayor fuerza y con jerarquía constitucional debe ser aplicada en un Estado Garantista que nace de la necesidad del modelo anterior que limitaba los poderes públicos.

El Art. 1, establece; “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia”³⁵. La norma suprema prevalece sobre las demás disposiciones internas y externas. Las normas prescritas en la Ley Suprema son de directa e inmediata aplicación, y en caso de existir contradicciones jurídicas prevalecen las normas constitucionales sobre las demás. Por esto todas las dependencias públicas y privadas deben acoger la normativa constitucional y aplicarlas correctamente en todos y cada uno de sus actos.

El Estado es el principal órgano encargado, de respetar y hacer respetar los derechos humanos garantizados en la Constitución de la República del

³⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2008, Art. 1

Ecuador, por ser el resultado de luchas que han enfrentado distintos grupos y sectores en diferente periodo social, con el objetivo de lograr una vida más digna para el ser humano.

Según el Art. 44 de la Constitución, el Estado, la sociedad y la familia deben promover de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y aseguran el ejercicio pleno de sus derechos, además establece: "...se atenderá al **principio de su interés superior** y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas"³⁶.

El interés superior del menor radica en la prevalencia de sus derechos sobre las demás personas. Cuando existan normas que contradigan derechos debe prevalecer los de los niños y adolescentes, para esto la familia, la sociedad y el Estados son los encargados de precautelar sus derechos fundamentales.

El Art. 45 de la Ley Suprema sostiene que las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad y que el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

De la misma manera señala que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud

³⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 44.

integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

Para el efectivo cumplimiento de los derechos del menor, en el Art. 46 la Carta Política del Estado prescribe medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes, entre ellas la contemplada en el numeral 8 que reza: *“Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad”*³⁷.

El régimen jurídico constitucional de protección al menor es amplio pues comprende también a aquellos menores que se encuentran en situación de cuidado de sus progenitores privados de la libertad, regula las garantías de protección y asistencia social que los ampara en estos casos, de tal manera que no se vulneren sus derechos.

El Art. 51 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce a las personas privadas de la libertad los siguientes derechos:

³⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 46.

1. “No ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria.
2. La comunicación y visita de sus familiares y profesionales del derecho.
7. Contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia”³⁸.

Los derechos de los niños y adolescentes corresponden a todos los menores de edad, sin importar su raza, su color o su religión; no importa en qué país vivan, ni con quién vivan; no importa si son pobres o ricos; no importa en qué idioma hablen o en qué religión crean. No importa que sean hombres o mujeres ni cómo sea su familia, deben respetarse sus derechos humanos.

El proceso penal se encarga de garantizar los derechos de las personas e impedir la tortura o trato cruel, entre otros, con la finalidad de recibir ayuda en defensa de sus intereses, cuando sus derechos han sido vulnerados y olvidados por las autoridades competentes. En especial de las madres que se encuentran con sus niños privadas de la libertad.

Frente a esto el Estado no ha realizado proyectos para reubicar a los niños que están bajo el cuidado de su progenitora en el centro de privación de libertad, el menor debe ser entregado al cuidado de un familiar para que reciba la atención necesaria en otro ambiente que sea el adecuado para su desarrollo emocional

³⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 51.

y logre llevar una educación desde su nivel inicial, conforme lo garantiza el Estado, por cuanto con su progenitora no recibe esa atención y cuidado que se le puede otorgar en uno de sus familiares. De esta manera se estaría garantizando una protección y asistencia especial a los niños y adolescentes cuando sus padres se encuentren privados de la libertad, sin embargo, no se cumple con esta disposición, quedando vulnerado el interés superior del menor de edad.

4.3.2. Guía para la Defensa Pública y la Protección Integral de los Privados de Libertad.

He creído conveniente analizar la Guía para la Defensa Pública y la Protección Integral de los Privados de Libertad porque se relaciona con el tema investigado acerca de los derechos humanos y fundamentales de las reclusas privadas de su libertad que tienen bajo su custodia a sus hijos menores de edad, cumpliendo la pena en los centros carcelarios. Lo que trata esta norma es proteger sus derechos y en especial a los de los niños, que no se vulnere el interés superior, garantizado por la Constitución de la República. Todo esto a través de la Defensa Pública, porque las personas privadas de libertad han sido reconocidas como uno de los colectivos vulnerables “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, que se encuentra establecida en la presente guía.

La Defensoría Pública del Ecuador es el organismo encargado del patrocinio de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección de las garantías

constitucionales, cuando llegaré su conocimiento. Los Defensores Públicos son profesionales del Derecho que garantizan los derechos de las personas que requieren de su patrocinio.

Dentro Capítulo I, de la Guía mencionada, en la Sección 2ª: Título VI, literal Encontramos con la denominación “**De algunos colectivos especialmente vulnerables**”, que hace referencia a los siguiente:

B) De los/las niños, niñas y adolescentes institucionalizados.- “Las personas menores de edad sometidas a algún régimen de institucionalización que implique su alejamiento de su núcleo familiar por disposición de una autoridad externa, conforman un grupo altamente vulnerable dentro del universo de la infancia, que requiere una mirada y atención especializada por parte de las distintas instituciones designadas para tal fin”³⁹.

En Ecuador entre las instituciones encargadas de proteger al menor de edad tenemos las Juntas Cantonales de Protección de Derechos de los niños y adolescentes, Defensoría Pública, la Dirección Nacional de Protección de la Niñez y Adolescencia, y demás instituciones que protegen sus derechos.

En este sentido, la Defensa Pública, debe garantizarles el efectivo cumplimiento de su condición de sujetos de derechos, realizando un estricto

³⁹ GUÍA PARA LA DEFENSA PÚBLICA Y LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD. 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”. Resolución 8. R.O. S. 110: 18-03-14.

seguimiento de las condiciones en que se lleva a cabo su institucionalización o privación de la libertad. Los menores que se encuentran con su progenitora en los centros de privación de libertad en su mayoría pertenecen a hogares de extrema pobreza, por lo que, no cuentan con recursos económicos para poder contar con una defensa privada, por lo que son patrocinado por los defensores públicos.

D) De las mujeres sometidas a privación de libertad.

“Las mujeres encarceladas resultan un colectivo especialmente vulnerable. En el control del cumplimiento de sus Derechos Humanos deberá la Defensa Pública, reflejar las tendencias más actuales en materia de protección de mujeres privadas de libertad”⁴⁰.

La Defensa Pública deberá propiciar fuertemente la adopción de medidas alternativas al encierro carcelario de mujeres, especialmente en aquellos casos en que se trate de mujeres cabeza de familia, embarazadas o madres de niños. Deberá también verificar muy particularmente que en aquellos establecimientos destinados al alojamiento de mujeres se cuente con infraestructura, reglas y provisión de materiales que contemplen las específicas necesidades de género así como que tal eje se encuentre debidamente contemplado en el diseño de los planes educativos y laborales sin que los mismos sirvan como instrumentos de reproducción de los roles de género.

⁴⁰ GUÍA PARA LA DEFENSA PÚBLICA Y LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD. 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”. Resolución 8. R.O. S. 110: 18-03-14.

4.3.3. Código de la Niñez y Adolescencia.

De conformidad con lo establecido en el Art. 4 y 5 del Código de la Niñez y Adolescencia, “Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad”⁴¹. “...Cuando exista duda sobre la edad de una persona, se presumirá que es niño o niña antes que adolescente; y, que es adolescente, antes que mayor de dieciocho años”⁴².

En el Art. 6 del Código citado encontramos el principio de igualdad y no discriminación que señala: “Es la consideración de que todos los niños son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares”⁴³.

En la legislación nacional todos los menores de edad gozan del derecho a no ser discriminado por ninguna persona o entidad pública o privada, o por su condición social, etnia, o discapacidad, por eso las leyes nacionales en lo referente al menor de edad garantizan sus derechos con normas legales. Otra cosa es que las autoridades, funcionario o terceras personas no las cumplan.

⁴¹ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2014.- Art. 4

⁴² CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Ley Cit. Art. 5.

⁴³ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art. 6

El Art. 8 del Código de la Niñez y Adolescencia establece el principio de corresponsabilidad de la sociedad, la familia, y el Estado, señalando: “Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna”⁴⁴.

Esta disposición establece la corresponsabilidad de proteger los derechos del menor la sociedad, familia, y el Estado. Cada uno en su jurisdicción debe velar por que se respete, para esto deben dictar medidas tendientes a su cuidado protección y desarrollo emocional. El Estado y la Sociedad como política pública a través del Ministerio de Inclusión Económica y Social ayudan a los menores a la superación educativa y a su salud con programas en los cantones que necesiten.

Por otra parte el Código de la Niñez y la Adolescencia establece: “La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el

⁴⁴ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art. 8

desarrollo integral del niño, niña y adolescente. Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos”⁴⁵.

Es decir, la Ley consagra a la familia como el espacio natural y necesario para el desarrollo integral del niño; mediante la responsabilidad compartida del padre y la madre pero qué sucede si solo existe la madre que debe cuidar de su hijo, ya no existiría la corresponsabilidad de ambos progenitores, y más aún cuando la progenitora está cumpliendo una pena privativa de libertad.

El Art. 11 del citado Código determina: “El interés superior del niño es un principio que está orientando a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las Instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la decisión de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley.

⁴⁵ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art. 9

Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla”⁴⁶.

El interés superior del menor está por encima de los demás derechos de las personas que se opongan a sus derechos fundamentales, por lo tanto, las autoridades públicas están en la obligación de cumplir y hacer cumplir el interés superior del menor al emitir resoluciones administrativas o judiciales que afecten sus derechos.

El interés superior es de gran importancia su aplicación por toda institución del Estado donde están involucrados los menores de edad, como lo es el caso de los menores que están bajo el cuidado de su progenitora en los Centros de Privación de Libertad, y no han sido reubicados con sus familiares, porque el espacio físico donde están, no guardan las condiciones adecuadas para su desarrollo.

El Art. 56 del Código de la Niñez y Adolescencia determina el Derecho de los hijos de las personas privadas de libertad señalando: “Los niños, niñas y adolescentes que no gocen de su medio familiar por encontrarse uno o ambos progenitores privados de su libertad, deberán recibir protección y asistencia especiales del Estado, fuera de los centros de rehabilitación, mediante

⁴⁶ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art.11.

modalidades de atención que aseguren su derecho a la convivencia familiar y comunitaria y a las relaciones personales directas y regulares con sus progenitores”⁴⁷.

Esta norma legal no se cumple porque el Estado no precautela los intereses de los niños y adolescentes que se encuentran en los centros de privación de libertad con sus progenitoras reclusas, obligándolos a estar privados de su libertad y desarrollarse en el ambiente carcelario. Incumpliendo de esta manera la protección y asistencia especial del Estado en brindarles atención a los menores, fuera de los centros de rehabilitación social.

El actual Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 67, señala: “Se entiende por maltrato toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus progenitores, otros parientes, educadores y personas a cargo de cuidado”⁴⁸.

Toda acción u omisión que afecte la integridad personal del menor es considerada maltrato que puede ser ocasionado por sus padres, familiares educadores entre otras personas. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones

⁴⁷ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art. 56.

⁴⁸ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art. 67.

socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral, y no estar encerrados en las cárceles con sus progenitoras cumpliendo una pena.

Del análisis realizado al Código de la Niñez y Adolescencia se observa que existen normas de protección al menor de edad que se encuentra con su progenitora en el centro de rehabilitación social cumpliendo una pena; pese de existir estas normas no han hecho efectivas a favor de los niños, porque todavía subsiste este problema que lesiona el interés superior, siendo necesario su separación de estos centros a otro lugar que pueda recibir el trato adecuado conforme dispone este Código.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales.

Entre los principales materiales que utilicé para el desarrollo de la presente tesis, son las obras científicas y jurídicas que constan en la bibliografía y respectivo pies de página. El cuaderno de apuntes y consultas, me sirvieron para elaborar mi trabajo, también utilice páginas del internet, en especial del buscador google académico.

5.2. Métodos.

En el proceso de investigación socio jurídico apliqué el método científico, entendido como el camino a seguir para encontrar la verdad acerca de una problemática determinada. Es válida la concertación del método científico hipotético-deductivo para señalar el camino a seguir en la investigación socio-jurídica propuesta; pues, partiendo de las hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales.

El método **científico** fue aplicado al momento de consultar las obras jurídicas científicas que constan en la bibliografía.

El método **analítico** sintético lo utilice en el análisis e interpretación de los resultados de las encuestas y entrevistas.

El método **estadístico**, fue utilizado con la elaboración de los cuadros y gráficos de los resultados de las encuestas.

El método **exegético** me ayudo en el análisis de las normas jurídicas de la Constitución de la República, y, Código Niñez y Adolescencia.

El método de la **hermenéutica jurídica**, aplicado en la interpretación de las normas jurídicas antes citadas.

5.3. Procedimientos y Técnicas.

Los procedimientos de observación, análisis y síntesis fueron los que me permitieron realizar la investigación jurídica propuesta, aplicando técnicas de acopio teórico, bibliográfico o documental y de técnicas de acopio empírico, como la encuesta y la entrevista.

La investigación de campo se concretó en consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, así: treinta encuestas a profesionales de Derecho y cinco entrevistas a funcionarios públicos entre ellos un juez, una ex Directora del Centro de Rehabilitación Social de Loja; Psicólogo infantil, Juez de Garantías Penitenciarios. En ambas técnicas se plantearon cuestionarios derivados de la hipótesis.

Los resultados de la investigación empírica se presentan en gráficos y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que sirvieron para la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis y para arribar a conclusiones y recomendaciones.

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de las Encuestas.

La presente técnica de encuesta fue aplicada en una muestra de treinta profesionales del Derecho de la ciudad de Loja conocedores de la problemática, de quienes obtuve los siguientes resultados:

Primera Pregunta: ¿Conoce usted en qué consiste el interés superior del menor consagrado en la Constitución de la República del Ecuador y en el Código de la Niñez y Adolescencia?

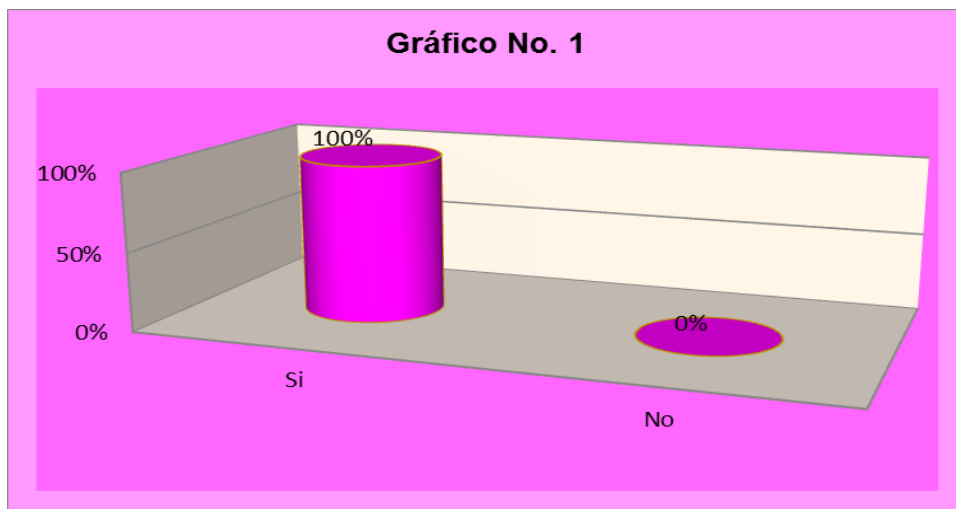
Cuadro No. 1

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	30	100%
No	0	0%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.

Autora: Diana Guissella Sánchez Abarca.

Gráfico No. 1



Interpretación:

En esta interrogante treinta encuestados que equivalen al 100%, manifiestan que si conocen en que consiste el interés superior del menor, entendido este como el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; a cuyo cumplimiento están obligadas todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Análisis:

Comparto la opinión de los encuestados porque este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural, cuando surgen inconvenientes sobre sus derechos las autoridades deben aplicar el derecho conforme el indubio pro infante. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Ninguna persona podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla en cualquier trámite judicial, administrativo o jurisdicción voluntaria ante Notario.

Segunda Pregunta: ¿Cree usted que el Estado ecuatoriano ha adoptado las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento del interés superior del menor, considerado además un derecho humano fundamental?

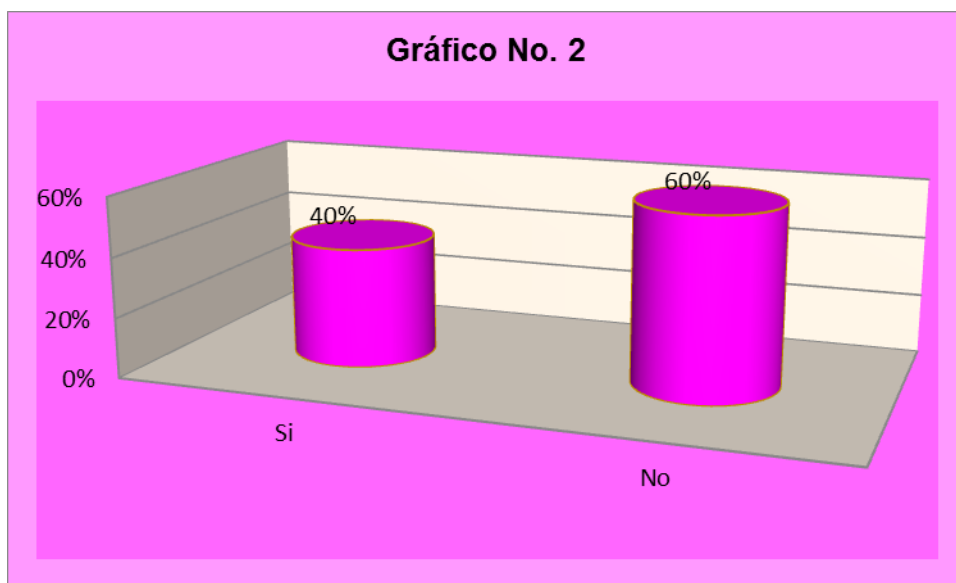
Cuadro No. 2

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	12	40%
No	18	60%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.

Autora: Diana Guissella Sánchez Abarca.

Gráfico No. 2



Interpretación:

En esta pregunta doce encuestados que equivalen al 40% señalan que el Estado si les brinda protección y asistencia especial para los niños, cuando estos necesitan de atención médica, reciben una educación gratuita y a vez

trata de erradicar el trabajo infantil, la mendicidad, y los protege del maltrato a su integridad física, psicológica y sexual, por medio de la Fiscalía, Defensoría Pública, y Junta Cantonal de Protección de Derechos. En cambio, dieciocho encuestados que corresponden al 60%, señalan que no reciben en su totalidad la protección de sus derechos fundamentales por parte del Estado, el interés superior del menor debe demostrar una protección y asistencia especial, en todos los ámbitos en la educación, salud, alimentación, vestuario, medicinas, trabajo por cuenta propia o bajo relación de dependencia.

Análisis:

Comparto la opinión de la mayoría de los encuestados porque en la actualidad a los niños y adolescente sus derechos son vulnerados, porque todavía se observa a diario, como los niños y adolescentes son maltratados en las escuelas, hogares y en la calle por terceras personas y familiares, los menores de edad son utilizados para pedir limosna o realizar trabajos peligrosos en la minería artesanal, los menores de escasos recursos económicos son los más perjudicados porque utilizados por personas inescrupulosas.

Tercera Pregunta: ¿Considera usted, que se cumple con la norma constitucional de protección y asistencia especiales de los niños, cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad?

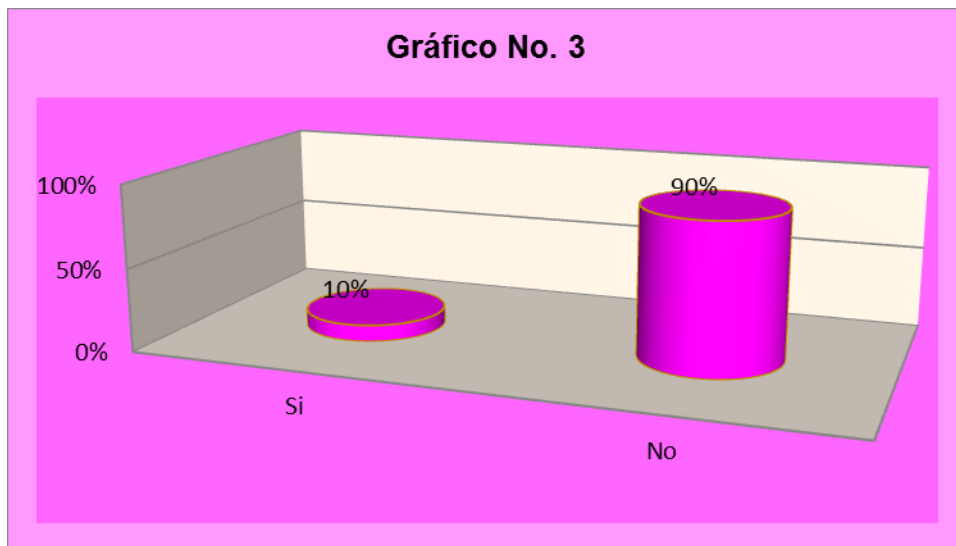
Cuadro No. 3

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	03	10%
No	27	90%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.

Autora: Diana Guissella Sánchez Abarca.

Gráfico No. 3



Interpretación:

En esta interrogante tres encuestados que equivalen al 10%, manifiestan que si existe cumplimiento de la norma constitucional, precisamente del Art. 46 numeral 8 de la Constitución de la República, relacionada a la protección y asistencia especiales de los niños que se encuentran viviendo en las cárceles con sus padres que cumplen una condena, las leyes ecuatorianas si les

permite tenerlos. En cambio, veintisiete personas que corresponden al 90% indican que no existe la protección y asistencia especial de los menores de edad porque, aún los menores comparten su hogar en los Centros de Privación de libertad, sin ser reubicados, evitando el medio carcelario, que afecta a su estado emocional.

Análisis:

Comparto la opinión de la mayoría porque, pese a existir norma legal que obliga al Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, en coordinación con el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y el Ministerio de Inclusión Económica y Social, son los encargados de crear la reglamentación correspondiente para que las o los niños que se encuentren al cuidado de una persona privada de la libertad en los centros de privación de libertad sean reubicados en establecimientos adecuados a sus derechos o bajo el cuidado de un familiar cercano, garantizando el contacto permanente con sus progenitores privados de libertad.

Cuarta Pregunta: ¿Considera usted que en los centros de privación de libertad existen las condiciones necesarias para que un menor pueda estar junto a su madre privada de la libertad?

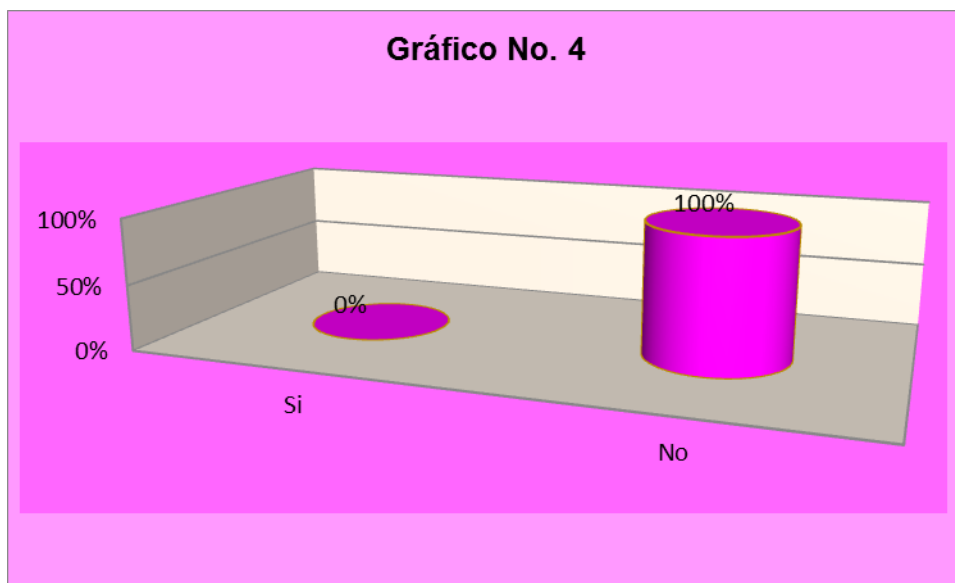
Cuadro No. 4

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	0	0%
No	30	100%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.

Autora: Diana Guissella Sánchez Abarca.

Gráfico No. 4



Interpretación:

En esta interrogante los treinta encuestados que pertenecen al 100%, responden que no existen las condiciones necesarias para que un menor pueda estar junto a su madre, privada de la libertad, porque la madre encerrada en estos Centros de privación de libertad, no puede brindar la protección y cuidado que los niños necesitan. Los lazos familiares y afectos no

son brindados libremente porque al estar inmersa en este problema legal la madre esta desmoralizada, sin tener solución o que alguna institución le apoye; por eso es la importancia que los niños sean reubicados otorgándoles la custodia a un familiar.

Análisis:

Estoy de acuerdo con las respuestas de los encuestados, porque en los centros carcelarios, no se presta las facilidades el entorno carcelario para que sus hijos crezcan allí, los menores de edad necesitan a diario que su madre les brinde el afecto suficiente, siempre la madre va estar con esa preocupación de recuperar su libertad y de darle un mejor futuro a su hijo, por lo tanto, no se estaría cumpliendo con la vinculación familiar y social. Al no existir las condiciones necesarias para que la madre pueda vivir con su hijo en el centro carcelario se está vulnerando el interés superior del menor.

Quinta Pregunta: ¿Cree usted que se ve afectado el interés superior del menor, cuando este, se queda al cuidado de su progenitora privada de la libertad?

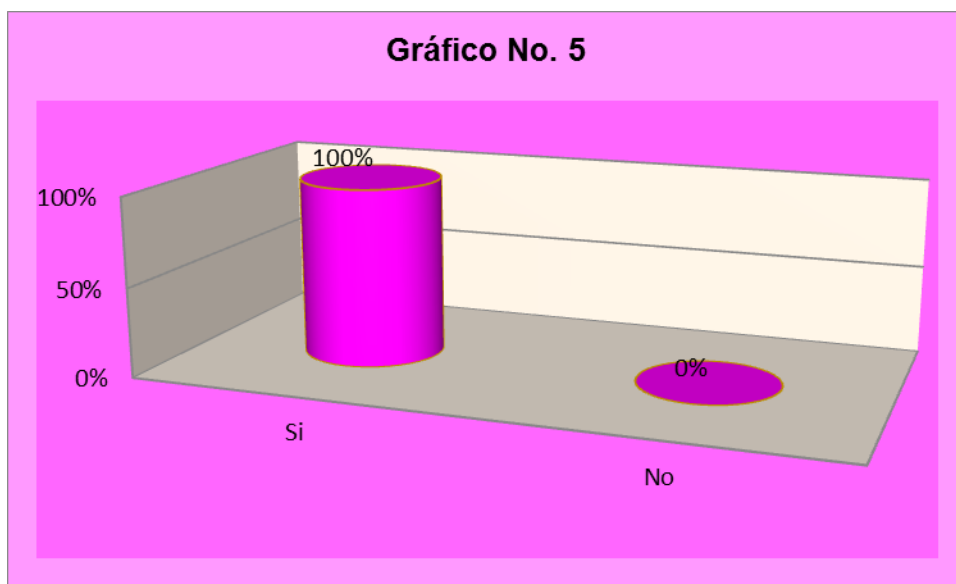
Cuadro No. 5

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	30	100%
No	00	00%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.

Autora: Diana Guissella Sánchez Abarca.

Gráfico No. 5



Interpretación:

Respecto a esta pregunta los treinta encuestados que significan el 100% sostienen si se ve afectado el interés superior del menor, cuando este, se queda al cuidado de su progenitora privada de la libertad, por lo tanto, para que

se cumpla con el derecho del interés superior del niño, el Estado debe reubicar a los hijos otorgándole la custodia a un familiar, ya que lo que se quiere es que el menor no sienta el encierro y se desarrolle en una sociedad libre, mientras que la madre cumpla con la pena impuesta.

Análisis:

Estoy de acuerdo con la opinión de los encuestados, porque el interés superior del menor es brindarle toda ayuda, atención y cuidando para su desarrollo integral. El niño y adolescente necesita en esta edad afecto familiar y vivir en un entorno social normal, no sentirse encerrado como preso durante su minoría de edad, que afectará toda su vida. Es por eso, la importancia del interés superior que garantiza sus derechos sobre los demás que se opongan o vulneren su integridad personal.

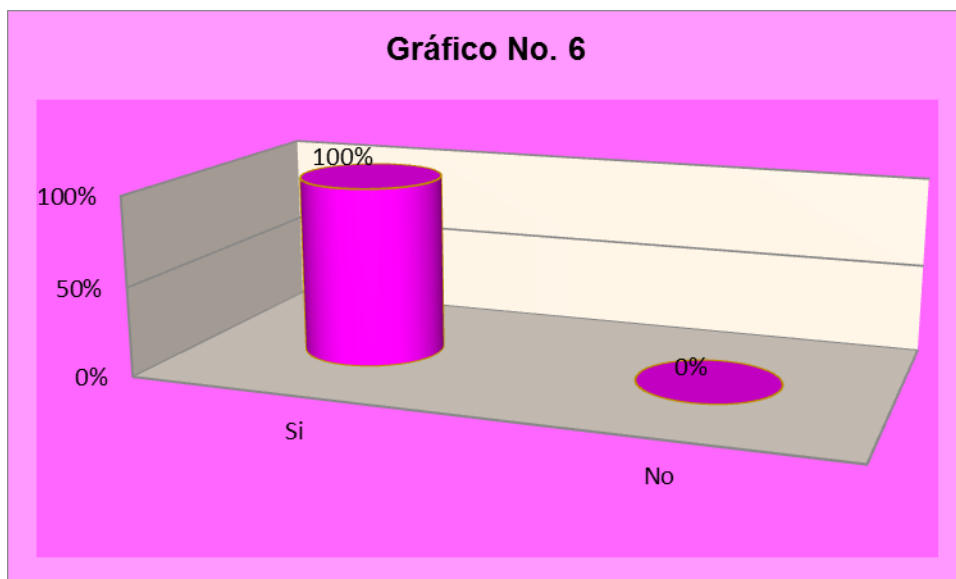
Sexta Pregunta: ¿Estima usted conveniente que precautelando el interés superior del menor, mientras dure la privación de la libertad de su progenitora, el menor quede al cuidado su entorno familiar más cercano, garantizando el derecho de asistencia, cuidado y protección?

Cuadro No. 6

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	30	100%
No	00	00%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.
Autora: Diana Guissella Sánchez Abarca.

Gráfico No. 6



Interpretación:

En esta interrogante los treinta encuestados que equivalen al 100%, señalan que si se debe brindar al menor una mejor garantía y cuidado por lo que

deberían ser puesto bajo custodia de sus familiares cercanos para que los asistan protejan y cuiden de su desarrollo social, lo que importan es garantizar el cumplimiento del principio del interés superior de los hijos de personas privadas de la libertad, que están siendo vulnerados y deben ser restituidos fuera de las cárceles del país.

Análisis:

Comparto la opinión de los encuestados porque debe cumplirse el principio del interés superior del menor que se encuentra con su madre privada de la libertad en los centros carcelarios del Ecuador, el menor debe quedar al cuidado de un familiar cercano, con la finalidad que sea asistido, cuidado y protegido, siempre y cuando un organismo realice un seguimiento.

6.2. Resultados de las Entrevistas.

La técnica de la entrevista fue aplicada a una muestra de cinco funcionarios públicos, entre ellos, una ex Directora del Centro de Rehabilitación Social de Loja, un Psicólogo, un Trabajador Social y un Juez de Garantías Penitenciarias, mismos que supieron absolver las interrogantes que me permitieron continuar con este proceso investigativo:

Primera Pregunta: ¿Considera usted que el Estado garantiza de forma prioritaria el mantenimiento de la infraestructura, para que los niños, niñas y

adolescentes puedan asegurar el pleno ejercicio de sus derechos y la convivencia con su progenitora privada de su libertad?

Respuestas:

En esta pregunta los entrevistados manifestaron que los centros de rehabilitación social, no cuentan con una verdadera infraestructura que permita la convivencia de los niños en estos centros, evidenciándose de esta manera que siendo un grupo vulnerable dentro de la sociedad no cuentan con un adecuado ambiente para su desarrollo integral y físico.

Comentario:

En esta pregunta los entrevistados afirman no existe un espacio físico dedicado exclusivamente para los menores de edad que se encuentran con sus madres en las cárceles, el gobierno no ha proveído todavía, de los recursos necesario para el buen desarrollo de los niños, a pesar que es de conocimiento del Estado la vulneración del interés superior del menor ya que no reciben la atención adecuado dentro de estos centros.

Segunda Pregunta: ¿Conoce usted de la existencia de algún proyecto que el Estado este promoviendo o aplicando para la protección de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren con sus madres privadas de libertad?

Respuestas:

A esta interrogante, los entrevistados coinciden en que existen las leyes que regulen la atención de los menores, que lo que hay son protocolos para la atención de los niños, niñas y adolescentes, en cuanto al régimen de visitas, alimentación y salud. Este protocolo se dio inicio en el 2010 en la vicepresidencia del Dr. Lenin Moreno.

Comentario:

Como se observa en las cárceles solo hay protocolos para la atención a la alimentación, vestuario y salud de los niños, sin embargo no se observa, norma alguna que permita salir de los centros carcelarios a las madres con sus hijos a otras casas asistenciales, donde reciban un tratamiento especial.

Tercera Pregunta: ¿Considera usted que la integridad física y psicológica de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran con sus madres privadas de libertad se verá afectado en un futuro?

Respuestas:

Los entrevistados responden afirmativamente y manifiestan que sí, porque aún no se crean las condiciones adecuadas para el buen desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, y por cuanto su convivencia es con otros niños privados de libertad convirtiéndose esto en un ambiente hostil y no adecuado para los niños.

Comentario:

En relación a estas respuestas debo indicar que no existe una protección integral de los niños que se encuentran con su progenitora en la cárcel. Todo el trato y lo que observa a diario el menor en las cárceles le va a afectar en su desarrollo evolutivo, comportamiento y formación de su personalidad, y todo lo que observa y los maltratos que sufra él o su madre, u otras reclusas.

Cuarta Pregunta: ¿A su criterio, se garantizaría el Interés Superior del menor permitiéndole que éste permanezca con su progenitora privada de libertad o con un familiar cercano previo a la realización de un estudio socio-económico?

Respuestas:

En esta pregunta responden los entrevistados que es muy importante que el niño permanezca con su madre durante los primeros años ya que a esta edad el niño forma su autoestima, y depende mucho de la madre para recibir su cariño, protección y amor, volviéndose indispensable que el centro de privación de libertad preste las condiciones adecuadas que le permitan al niño desarrollarse con su madre en un buen desarrollo físico, y su estado emocional no se sienta afectado.

Pero en los casos en los cuales los niños estaría de peligro dentro de estos centros lo más conveniente para los niños sería el de permanecer con su

familiares fuera de estos centros de rehabilitación y poder visitar a su madre regularmente.

Comentario:

Comparto las opiniones de los entrevistados porque al encontrarse en compañía de su madre que esta privada de la libertad el menor de edad, no va obtener una atención adecuada, ni un afecto emocional que requiere para su desarrollo intelectual por lo tanto éste debe estar fuera de la cárcel y ser entregado a un familiar cercano o a su vez a una casa asistencial exclusiva para los hijos de las reclusas.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de Objetivos.

En la presente tesis me propuse un objetivo general y tres específicos:

Objetivo general:

“Realizar un estudio conceptual, doctrinario y jurídico respecto del principio del interés superior de los hijos de personas privadas de libertad y la asistencia especial que asegura su convivencia familiar, comunitaria y relaciones directas y regulares con sus progenitores”.

Este objetivo lo verifico con la revisión de literatura, estructurada de manera lógica en las temáticas analizadas que comprende el Marco Conceptual con temas como; Estado, la Sociedad y la Familia, De los Derechos Universales de las Niñas, Niños y Adolescentes; y, El Interés Superior del Menor.

En lo que tiene que ver con el Marco Doctrinario, lo verifico prestando atención a la Evolución de los Derechos del Menor en la legislación ecuatoriana; El Estado Constitucional de Derechos y el Interés Superior del Menor; El Interés Superior del Menor como una concepción garantista; y, Vulneración del Interés Superior del Menor que esta al cuidado de su Progenitora Privada de la Libertad.

El Marco Jurídico lo verifíco con el análisis de la Constitución de la República del Ecuador; Tratados Internacionales, Código de la Niñez y Adolescencia, y, Código Orgánico Integral Penal.

El primer objetivo específico planteado es:

- 1. “Demostrar que existe inobservancia de los derechos humanos de los hijos de personas privadas de libertad, al no recibir asistencia especial que aseguren su convivencia familiar, comunitaria y relaciones directas y regulares con sus progenitores”.**

Este objetivo lo verifíco al aplicar la tercera pregunta de la entrevista y la encuesta en donde los consultados respondieron que existe vulneración de los derechos humanos de los niños o niñas que conviven con su progenitora en los centros carcelarios. El 90% de los encuestados indican que no existe la protección y asistencia especial de los menores de edad porque, hasta la presente fecha todavía los menores comparten su hogar en los Centros de Privación de libertad, sin ser reubicados en otros lugares con sus progenitores para que cumplan la pena, evitando el medio carcelario, que afecta a su estado emocional. Siendo necesario que el Estado y los organismos encargados garanticen los derechos de los niños, para que se sientan en un ambiente familiar y en comunidad.

El segundo objetivo específico planteado es:

2. “Establecer los efectos socio jurídicos que se generan por la inobservancia del principio del interés superior de los hijos de personas privadas de libertad”.

Este objetivo lo confirmo con la aplicación de la entrevista y encuesta donde todos los consultados manifiestan que si se ve afectado el interés superior del menor, cuando éste se queda al cuidado de su progenitora privada de la libertad, por lo tanto, para que se cumpla eficazmente con el derecho del interés superior del niño, el Estado debe reubicar a los hijos con un familiar y en caso que no tengan familiares los niños deben ser ingresados en centros de cuidado a menores. Otra sería en caso de tener familiares cercanos en el sector dejarles bajo el cuidado. Es necesario separar al menor de edad de la centro de privación de libertad por sus consecuencias que afectaría a su estado emocional.

El tercer objetivo planteado es:

3. Presentar una propuesta de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia para garantizar el cumplimiento del principio del interés superior de los hijos de personas privadas de la libertad.

Este objetivo lo verifico mediante la aplicación de la encuesta y entrevista, en la sexta pregunta de la encuesta, donde los consultados opinan que si apoyan

que se elabore una propuesta de reforma legal al Código de la Niñez y Adolescencia para garantizar el cumplimiento del principio del interés superior de los hijos de personas privadas de la libertad, que están siendo vulnerado y deben ser restituidos garantizándose y aplicándose el interés superior del niño. Al analizar la sexta pregunta de las encuestas encontramos que todos los encuestados responden que si se debe brindar al menor una mejor garantía y cuidado por lo que deberían ser puesto bajo custodia de sus familiares cercanos para que los asistan protejan y cuiden de su desarrollo social, lo que importan es garantizar el cumplimiento del principio del interés superior de los hijos de personas privadas de la libertad, que están siendo vulnerados y deben ser restituidos fuera de las cárceles del país.

7.2. Contratación de Hipótesis.

La presente hipótesis planteada en mi trabajo de investigación es:

“Los derechos humanos de los hijos de las personas privadas de libertad, están siendo inobservado al no recibir asistencia especial que aseguren su convivencia familiar, comunitaria y relaciones directas y regulares con sus progenitores, pese a encontrarnos inmersos en un Estado constitucional de derechos”.

La presente hipótesis planteada ha sido contrastada con el análisis de la dimensión de la literatura, ya sea en el marco conceptual, jurídico y doctrinario, ya que determino que el principio de interés superior no está garantizado, ni aplicado, al no cumplir la protección de los derechos de los hijos de las reclusas privadas de su libertad en lo concerniente a su reinserción social. De conformidad con los resultados obtenidos en la investigación de campo, se establece que la mayoría de los encuestados opinan que no existe la protección y asistencia especial de los menores de edad porque, hasta la presente fecha todavía los menores comparten su hogar en los Centros de Privación de libertad, sin ser reubicados en otros lugares con sus progenitores para que cumplan la pena, evitando el medio carcelario, que afecta a su estado emocional. La supremacía de la Constitución se viene aplicando en este sentido.

7.3 Fundamentación Jurídica de la Propuesta.

Al analizar el Art. 46 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que el Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: “8.- Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad”⁵⁹.

⁵⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 46.

Los derechos de hijas o hijos que permanecen o no, junto a su madre en la cárcel también sufren consecuencias negativas. Diversos estudios han señalado que las hijas e hijos de mujeres reclusas experimentan una gran cantidad de problemas psicosociales: depresión, hiperactividad, comportamiento agresivo o dependiente, retraimiento, regresión, problemas de alimentación, entre otros.

En Ecuador, en los centros de privación de libertad existen madres que se encuentran con sus hijos cumpliendo la pena, sin estar inmersas en algún programa de resocialización social; a más de ello, no existe la protección del Estado a favor del menor de edad que crece en un medio carcelario, lo que influye en el desarrollo de su personalidad, y comportamiento social.

El Art. 51 de la Constitución reconoce a las personas privadas de la libertad el derecho: “6.- Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, adolescentes, y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad. 7.- Contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia”⁶⁰, sin embargo, estos derechos de las personas privadas de su libertad no han sido cumplidos por parte del Estado.

⁶⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 51 # 6, 7.

Al analizar el Art. 56 del Código de la Niñez y Adolescencia determina el Derecho de los hijos de las personas privadas de libertad señalando: “Los niños, niñas y adolescentes que no gocen de su medio familiar por encontrarse uno o ambos progenitores privados de su libertad, deberán recibir protección y asistencia especiales del Estado, fuera de los centros de rehabilitación, mediante modalidades de atención que aseguren su derecho a la convivencia familiar y comunitaria y a las relaciones personales directas y regulares con sus progenitores”⁶¹. Esta disposición, debe garantizarse en nuestro Estado Constitucional de Derechos que nos encontramos inmersos, los menores son vulnerados en su interés superior al permanecer con su progenitora en el centro de privación de libertad, por cuanto debería estar bajo el cuidado de sus familiares.

En la investigación de campo obtuve un valioso aporte porque aquellos profesionales en la materia me proporcionaron información verídica fundamentada respecto de la vulneración de derechos humanos incluido en este el interés superior del niño dentro de las centros de privación de libertad al estar bajo la custodia de la madre, y se cumpla con el interés superior del menor de edad, y se garantice su integridad personas, especialmente la psicológica que es la que resulta afectada por el encierro.

Por lo expuesto, considero que el Estado, la sociedad y la familia deben promover de forma prioritaria el desarrollo de las niñas, niños y adolescentes, y

⁶¹ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL ECAUDOR. Ley Cit. Art. 56.

asegurar el ejercicio pleno de sus derechos; atendiendo al principio de su interés superior a que sus derechos prevalecen sobre los de las demás personas. Además debe efectivizar la integridad física y psíquica, garantizando su desarrollo integral, entendido éste el proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Por lo que resulta necesario elaborar una propuesta de solución ante esta problemática, reformando el Código de la Niñez y Adolescencia.

8. CONCLUSIONES

Las conclusiones que considero pertinentes presento a continuación:

- ❖ En Ecuador la Constitución de la República y Código de la Niñez y Adolescencia, contemplan normas que protegen la integridad personal de los niños, niñas y adolescente, sin embargo encontramos a menores de edad que se encuentran desprotegidos en los centros de privación de libertad.
- ❖ Los Derechos Humanos de los hijos de las internas que se encuentran en los centros de privación de libertad, están siendo vulnerados, al no recibir tratamiento alguno de protección del interés superior conforme prevé la Constitución de la República.
- ❖ El Estado y el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, no han emprendido con proyectos eficientes para brindar atención a las madres con sus hijos que se encuentran en los centros de privación de libertad cumpliendo una pena.
- ❖ Existe la necesidad de establecer normas legales en el Código de la Niñez y Adolescencia que protejan los derechos del menor y hagan efectivo el interés superior del niño que se encuentra conviviendo con su madre en el centro de privación de libertad.

9. RECOMENDACIONES

Las recomendaciones que estimo pertinente presentar son:

- ❖ Es necesario que el Estado realice proyectos que garanticen el interés superior del niño que conviven con su progenitora por estar cumpliendo una pena en los centros de privación de libertad, de tal manera que se los ubique en un lugar adecuado para su desarrollo integral.
- ❖ Al Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cutos, organicen programas sobre la protección de los derechos del niño que conviven con sus madres en los centros de privación de libertad.
- ❖ El Ministerio de Inclusión, Económica y Social debe crear albergues para los menores que no reciban el cuidado necesario para su desarrollo integral y proteger de esta manera el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.
- ❖ A los Asambleaístas reformen el Art. 56 del Código de la Niñez y Adolescencia, incorporando normas que garanticen el interés superior del niño, y evitar que convivan con sus progenitoras en los centros de privación de libertad sino con sus familiares o en albergues destinados para prestar atención.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURIDICA

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



CONSIDERANDO:

Que, El numeral 9 del Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador establece el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los Derechos garantizados en la Constitución;

Que, el numeral 8 del Art. 46 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el Estado adoptará, entre otras, como medida que aseguren a las niñas, niños y adolescentes la *protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad;*

Que, Los numerales 2 y 3 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, respectivamente garantiza el derecho a una vida digna que asegure la salud; el derecho a la integridad personal que incluye: a la integridad física, psíquica, moral y sexual, una vida libre de violencia en el ámbito público y privado;

Que, El Art. 56 del Código de la Niñez y Adolescencia determina como derechos de los hijos de las personas privadas de libertad señalando que los niños, niñas y adolescentes que no gocen de su medio familiar por encontrarse uno o ambos progenitores privados de su libertad, deberán recibir protección y asistencia especiales del Estado, fuera de los centros de rehabilitación, mediante modalidades de atención que aseguren su derecho a la convivencia familiar y comunitaria y a las relaciones personales directas y regulares con sus progenitores; y,

Que, Es necesario incorporar una propuesta de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia para garantizar el cumplimiento del principio del interés superior de los hijos de personas privadas de la libertad.

En uso de las atribuciones que confiere el numeral 6 del Art. 120 de la Constitución de la República del Ecuador, **EXPIDE** la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

Art. 1. A continuación del Art. 56, agréguese un inciso que dirá:

Art. 56.1. De tratarse de menores que están al cuidado de su progenitora y está es privada de su libertad, el MIES-INFA a través del departamento correspondiente realizará un estudio socio-económico para que el menor quede al cuidado de un familiar cercano mientras dure la privación de la libertad. El

estudio socioeconómico analizará y recomendará fundamentalmente; si el menor queda de ser posible con su padre; y el régimen de visitas a su madre y, el régimen de control que le corresponde al Estado a fin de determinar si el menor se encuentra en un ambiente adecuado que promueva su desarrollo integral. Por ningún motivo el menor puede ser discriminado en los establecimientos educativos por la situación de la madre. Si esto ocurriere, se estará predispuesto en la ley.

En el plazo improrrogable de ciento ochenta días, el MIES-INFA en coordinación con el Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos realizará un estudio de los menores que, aún se encuentren con sus madres privadas de la libertad en los centros carcelarios y posterior a ello se procederá a realizar los estudios que manda el inciso anterior con la finalidad de reubicar a los menores con sus familiares más cercanos.

De ser el caso de que el menor no tenga ningún familiar cercano, o que el informe recomiende no aquello, pasará a un centro de acogimiento infantil autorizado por el MIES-INFA. Por ningún motivo el menor podrá suspender sus estudios.

Se exceptúa de lo estipulado en el presente artículo al menor lactante hasta que cumpla los doce meses de edad.

Artículo Final: La presente reforma entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la Ciudad de San Francisco de Quito, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional a los 26 días del mes de junio de 2015.

.....

f.) Presidenta

.....

f.) Secretario

10. BIBLIOGRAFIA

- ❖ BAZDRECH, Luis Garantías Constitucionales, Quinta edición, México, Editorial Trillas 2000.
- ❖ CAMPAÑA, Farith Simón. Análisis del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador. Quito 2004.
- ❖ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2014.
- ❖ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2008
- ❖ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. , Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Principio XXII.3.
- ❖ CHANAMÉ ORBE, Raúl. Diccionario Jurídico Moderno. 9ª. Edición. Grupo Editorial Lex & Iuris. 2014. Lima – Perú.
- ❖ DEL VECCHIO, Giorgio. Estudios de Filosofía del Derecho. Barcelona Bosch. 1971.
- ❖ DÍAZ MULLER, Luis, Manual de Derechos Humanos, México. 1992.
- ❖ DURÁN MERA, María Augusta. Derecho de Menores: Análisis jurídico de sus codificaciones, 24 de febrero del 2014. Quito –Ecuador.
- ❖ ENGELS, Federico, “El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado”, Editorial Progreso, IV Edición, Moscú-URRS, Año 1981.

- ❖ FERRAJOLI, Luigi, DERECHOS Y GARANTÍAS, LA LEY DEL MÁS DÉBIL, Editorial Trota, Segunda Edición, Madrid. 2001.
- ❖ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio-BELOFF, Mar (compiladores), infancia, ley y democracia en América Latina. Editorial Temis- Depalma, santafe de Bogotá- Buenos aires, 1999. segunda edición, 1999.
- ❖ GARCÍA Carlos Trinidad. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho. México. Porrúa. 1986.
- ❖ GUÍA PARA LA DEFENSA PÚBLICA Y LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD. 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”. Resolución 8. R.O. S. 110: 18-03-14.
- ❖ http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_humanos-cite_note-ipsum-74.
- ❖ JÁCOME VILLALVA, Adita.- DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.-Área Legal CECIM.-
- ❖ JARAMILLO, Ordóñez, Herman, “La Ciencia y Técnica del Derecho”, Facultad de Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja, Ecuador, Año 1996.
- ❖ MAC IVER, Robert M. y Page. Charles H. Sociología Madrid: Tecnos. 1958.
- ❖ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de familia y de menores. Editorial Librería Jurídica Wilches. Cuarta Edición. Bogotá, 1996.
- ❖ MORGAN, Lewis Henry. “Sistema de consanguinidad y afinidad”. Primera Edición. Londres. 1871.

- ❖ MORAL, Sarmiento Rubén, “La Familia en el Derecho Civil Ecuatoriano”, Editorial Departamento de Publicaciones de la Universidad de Guayaquil, Ecuador, Año 1985.
- ❖ PALACIOS PIMENTEL, Gustavo. Elementos de Derecho Civil. Lima. 1971.
- ❖ PLANIOL, Marcel, Derecho Civil, Editorial Harla, México D.F., 2001.
- ❖ PRATT FAIRCHILD, Henry. Diccionario de Sociología. México. Fondo de la Cultura Económica. 1960.
- ❖ PROVIÑE, Alfredo. Sociología. Córdoba. Assandri. Volumen Dos. Tercera Edición. Argentina. 1954.
- ❖ RODRÍGUEZ MORENO, Rafael. Tratado sobre los derechos de la familia y la defensa del menor. Ediculco Ltda. Santafé de Bogotá. 1993.
- ❖ SANCHEZ, Román, “Derecho de Familia”, Editorial Planeta, Chile, Año 1985.
- ❖ VERDU, Lucas, autor citado en el Diccionario Jurídico Anbar, Primera Edición. Volumen III, Fondo de la Cultura Ecuatoriana.- Cuenca Ecuador 1998.
- ❖ ZAGREBELSKY, Gustavo, EL DERECHO DÚCTIL, Tercera Edición. Editorial Trota, Madrid. 1999.
- ❖ ZAVALA EGAS, Jorge. Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica. Edilex S.A. Guayaquil-Ecuador. 2010. Pág. 276. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-232/12, Bogotá, 20 de marzo de 2012.

11. ANEXOS

ANEXO No. 1.

Formato de las Encuestas



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA.
CARRERA DE DERECHO

Señor Profesional, dígnese contestar las preguntas de la encuestas, relacionadas al título: **“Reformas al Código de la Niñez y Adolescencia, para precautelar el interés superior del menor de edad que se encuentre al cuidado de su progenitora privada de la libertad en un centro de privación de libertad del Ecuador”**; resultados que me servirán para continuar con el desarrollo de mi tesis de Licenciada en Jurisprudencia, desde ya le antelo mis sinceros agradecimientos por su colaboración.

1. ¿Conoce usted en que consiste el interés superior del menor consagrado en la Constitución de la República del Ecuador y en el Código de la Niñez y Adolescencia?

Si () No ()
Porque?

2. ¿Cree usted que el Estado ecuatoriano ha adoptado las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento del interés superior del menor considerado además un derecho humano fundamental?

Si () No ()
Porque?

3. ¿Considera usted, que se cumple con la norma constitucional de protección y asistencia especiales de los niños, cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad?

Si () No ()

Porque?

4. Considera usted que en los centros de privación de libertad existe una verdadera rehabilitación y las condiciones necesarias para que un menor pueda estar junto a su madre?

Si () No ()

Porque?

5. Cree usted que se ve afectado el interés superior del menor, cuando este, se queda al cuidado de sus progenitora privada de la libertad?

Si () No ()

Porque?

6. Estima usted conveniente que precautelando el interés superior del menor, hasta mientras dure la privación de la libertad de su progenitora, quede al cuidado su entorno familiar más cercano, garantizando el derecho de asistencia, cuidado y protección?

Si () No ()

Porque?

ANEXO No. 2.
Formato de las Entrevistas.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA.
CARRERA DE DERECHO

Señor Profesional, dígnese contestar las preguntas de la entrevistas, relacionadas al título: **“Reformas al Código de la Niñez y Adolescencia, para precautelar el interés superior del menor de edad que se encuentre al cuidado de su progenitora privada de la libertad en un centro de privación de libertad del Ecuador”**; resultados que me servirán para continuar con el desarrollo de mi tesis de Licenciada en Jurisprudencia, desde ya le antelo mis sinceros agradecimientos por su colaboración.

1. ¿Considera usted que el estado garantiza de forma prioritaria el mantenimiento de la infraestructura, para que los niños, niñas y adolescentes puedan asegurar el pleno ejercicio de sus derechos y la convivencia con su progenitora privada de su libertad?

2. ¿Conoce usted de la existencia de algún proyecto que el estado este promoviendo o aplicando para la protección de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren con sus madres privadas de libertad?

3. ¿Considera usted que la integridad física y psicológica de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran con sus madres privadas de libertad se verá afectado en un futuro?

4. ¿A su criterio se garantizaría el Interés Superior del menor permitiéndole que éste permanezca con su progenitora privada de libertad o con un familiar cercano previo a la realización de un estudio socio-económico?

ÍNDICE

PORTADA	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN	2
ABSTRACT	4
3. INTRODUCCIÓN	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA	11
5. MATERIALES Y MÉTODOS	55
6. RESULTADOS	57

7. DISCUSIÓN	73
8. CONCLUSIONES.....	81
9. RECOMENDACIONES	82
9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	83
10. BIBLIOGRAFÍA	87
11. ANEXOS	90
INDICE	93