

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa Andino de Derechos Humanos

Programa de Maestría en Derechos Humanos y Exigibilidad
Estratégica

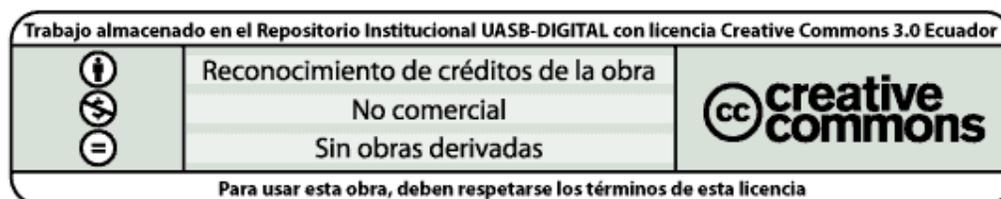
Mención en Litigio Estructural

**Aportes de litigio estratégico y activismo judicial para la
garantía del derecho humano de niños, niñas y adolescentes al
contacto efectivo con sus progenitores, desde los enfoques de
derechos humanos y generacional. Ecuador, 2015**

Autor: Roberto Augusto Veloz Navas

Tutor: Carlos H. Poveda Moreno

Quito, 2016



CLAUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, ROBERTO AUGUSTO VELOZ NAVAS, autor de la tesis intitulada “Aportes de litigio estratégico y activismo judicial para la garantía del derecho humano de niños, niñas y adolescentes al contacto efectivo con sus progenitores, desde los enfoques de derechos humanos y generacional. Ecuador, 2015”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derechos Humanos, con mención en Litigio Estratégico en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: Quito, 30 de junio de 2016

Firma.

Resumen

El presente trabajo de investigación parte de la premisa de que las niñas, niños y adolescentes son uno de los grupos de atención prioritaria y sus derechos se caracterizan por tener prevalencia sobre los de las demás personas, recogiendo para ello lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Bajo este marco, se analiza el contacto efectivo que los niños/as y adolescentes deben tener con sus progenitores, como uno de los derechos humanos fundamentales de este grupo prioritario; y determina cómo este se ha visto limitado por una serie de factores socio culturales, que tienen como base por una parte una estructura patriarcal de asignación rígida de roles de hombres y mujeres, los cuales limitan el alcance y ejercicio efectivo de la paternidad y maternidad; y por otra parte, una cultura adultocéntrica sustentada en una invisibilización y subvaloración de la calidad de sujetos de derechos de NNA y en la prevalencia que se da a las decisiones que sobre su vida toman los adultos (padres, madres, tutores, jueces, etc.). Lo cual para el caso del derecho al contacto efectivo hace que su ejercicio se limite a una disputa judicial entre adultos por la tenencia y visitas, desconociendo la opinión de los reales titulares del derecho.

El trabajo además pone en evidencia el rol que juegan los mismos operadores de justicia e incluso a los profesionales del derecho que litigan por la exigibilidad de los derechos, quienes reproducen la misma cultura patriarcal y adultocéntrica en sus actuaciones, lo cual incide en la calidad del litigio y el desarrollo jurisprudencial de los jueces.

Frente a esta realidad, este trabajo plantea alternativas sustentadas en una visión de litigio estratégico en derechos humanos encaminadas a promover un activismo judicial que garantice la efectiva vigencia del derecho de los NNA al contacto efectivo con sus progenitores, articulando los enfoques de derechos humanos y generacional.

DEDICATORIA

La presente tesis de maestría marca el esfuerzo, empoderamiento y dedicación dentro de mi estudio de posgrado en la Universidad Andina Simón Bolívar, Programa Andino de Derechos Humanos; pero sobre todo tiene un espíritu y convicción tutelar ante la filosofía de vida de garantizar derechos de niñez y adolescencia.

En ese sentido, tiene como exclusiva merecedora de la presente dedicatoria; por toda su abnegada labor, amor incondicional, cariño, ejemplo intachable, férreos valores y principios inculcados, a mi Madre:

MARÍA CLEMENCIA NAVAS BENALCÁZAR.

A ti, querida Mother, Puchita, Madre:

Dedicada a aquella niña que a corta edad quedó huérfana de madre y tuvo que cambiar su proyecto de vida para velar, cuidar y sacar adelante a sus hermanos.

A la mujer que posteriormente le escribieron una obra que se llamó; “la pequeña madrecita” en reconocimiento a su vida, su lucha, a su amor por su familia.

A la madre cuyo proyecto de vida cambió con la llegada de su hijo y se dedicó totalmente a velar, cuidar y sacar adelante al mismo.

Al ser humano más maravilloso de mi vida, al capítulo perfecto de mi vida, en reconocimiento justo y meritorio por todo lo que significas para este ser humano.

AGRADECIMIENTOS

Ante todo, a la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador y al Programa Andino de Derechos Humanos, por haberme permitido continuar mi formación en la maestría con mención en litigio estratégico.

A las autoridades de la maestría, a la apreciada Dra. Gina Benavides, Coordinadora, personal administrativo y con especial énfasis y gratitud a cada uno de mis profesores dentro de la misma, de quien me llevo sus conocimientos, su honestidad, su calidad y su ejemplo de lucha desde cada uno de sus espacios. De manera especial al Tribunal de discusión de quienes aquilato sobremanera cada una de sus enseñanzas. apoyo y experiencias: Carlos, Gina y David.

A Manuel Martínez, al luchador, al ejemplar activista de los derechos de niñez y adolescencia, su aporte y apoyo ha sido invaluable. Un verdadero referente.

Al señor Doctor Carlos Viera, Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Latacunga, por su contribución para el presente trabajo investigativo.

Especial gratitud a los colectivos y amigos en la República de Argentina, especialmente a: Dr. Federico de la Rosa, Fundador de los Padres del Obelisco; Gabriel Balanovsky, Productor del Documental Borrando a Papá; A los Padres del Obelisco, Al Dr. Tomás Dadic, de la Defensoría del Pueblo de la Nación Argentina y Secretario Técnico de la FIO; a los Colectivos de Madres; a cada uno de ustedes por su espacio, confianza, cordial recibimiento, calidez, aprecio y apoyo, me llevé el mejor recuerdo de su hermoso país y de cada uno de ustedes, pero sobre todo mi respeto por su lucha y convicción.

Finalmente, y el más importante, mi inmenso reconocimiento y gratitud a mi Tutor: Dr. Carlos Hernán Poveda Moreno, profesional ejemplar, catedrático inmejorable, ser humano intachable, quien me honró al aceptar ser designado como tutor y, quien, con cada consejo, recomendación, apoyo bibliográfico, mensaje, experticia y gran sapiencia marcó, no solo su apoyo, sino una huella, la que me permitió tener un proceso de aprendizaje y retroalimentación inigualable.

ÍNDICE

Introducción.....	7
Capítulo primero: Marco Conceptual y de protección al derecho humano al contacto efectivo de niños con sus padres.....	10
1.1 Evolución histórica sobre las concepciones y los derechos de NNA.....	10
1.2. Enfoque de los derechos humanos de niñez.....	12
1.3. Corpus Iure de derechos de niñez.....	15
1.4. Derecho humano al contacto efectivo de hijos con sus padres.....	19
1.5 Marco constitucional vigente en el Ecuador para garantizar el contacto efectivo con sus progenitores.....	24
Capítulo segundo: Una mirada a la situación del derecho humano al contacto efectivo en Ecuador.....	29
2.1. Análisis del estado de la Administración de Justicia de Niñez y Adolescencia en Ecuador.....	29
2.2. Análisis de la respuesta judicial ecuatoriana a la demanda del derecho al contacto efectivo de los padres con sus hijos.....	40
2.3. Análisis de los patrones culturales imperantes.....	48
2.4. Análisis de causa emblemática planteada dentro de un proceso judicial en el Ecuador.....	54
Capítulo tercero: La articulación del litigio estratégico y activismo judicial para garantizar el derecho humano al contacto efectivo de niñez y adolescencia.....	60
3.1. Fomentando una visión de litigio estratégico.....	60
3.1.1 Innovando desde la dimensión jurídica.....	64
3.1.2 Innovando desde la dimensión social.....	67
3.1.3 Innovando desde la dimensión política.....	69
3.1.4 Innovado desde la dimensión comunicacional.....	71
3.2. Promoviendo el activismo judicial.....	72
Conclusiones.....	77
Recomendaciones.....	78
Bibliografía.....	79
Anexos.....	84

INTRODUCCIÓN

Históricamente las leyes, la sociedad y la cultura han concebido y tratado a los niños, niñas y adolescentes como objetos de protección, representación y control de parte de las personas adultas. Frente a ello la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)¹ marcó un hito histórico a nivel mundial, al reconocerlos como titulares de derechos, determinar la necesidad de una atención específica y prioritaria a sus derechos y establecer principios fundamentales que deben guiar la protección como el interés superior del niño.

Este cambio paradigmático tuvo su trascendencia en Ecuador, con la incorporación de estos derechos en la Constitución Política del Ecuador (1998),² la promulgación del Código de la Niñez y Adolescencia (2003)³; y la ampliación del reconocimiento de estos derechos en la actual Constitución de la República del Ecuador de 2008.⁴

Bajo este marco, no debería existir persona y Estado alguno que desconozca la importancia de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes de forma efectiva a fin de privilegiar su proyecto de vida. No obstante, este grupo de seres humanos presentan problemas generalizados que inciden y pueden llegar a obstaculizar el efectivo goce de sus derechos, uno de ellos es su derecho humano al contacto efectivo con sus progenitores cuya exigibilidad para la garantía, muchas veces, se traduce en procesos judiciales sustentados en la disputa de los intereses de los padres (adultos) involucrados, menoscabando la calidad de sujetos de derecho de los principales actores de esta problemática, que son justamente los niños, niñas y adolescentes

Partiendo de esta problemática la pregunta central que guio este proceso de investigación fue: ¿Cómo la falta de un enfoque generacional y la ausencia de acuerdos cobijados en el principio del interés superior, inciden para no fomentar un activismo judicial y litigio estratégico que promueva la tutela integral al ejercicio del derecho humano de niñas, niños y adolescentes a mantener contacto efectivo con su progenitor/a?

¹ Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. “Convención sobre los derechos del Niño”. Adoptada: 20 de noviembre de 1989. En vigor: 2 de septiembre de 1990. Ratificado por Ecuador: 1990.

² Ecuador. “Constitución Política del Ecuador”. En *Registro Oficial No. 1*. 11 de agosto de 1998.

³ Ecuador. “Código de la Niñez y Adolescencia”. En *Registro Oficial No. 737*. 03 de enero de 2003.

⁴ Ecuador. “Constitución de la República de Ecuador”. En *Registro Oficial No. 449*. 20 de octubre de 2008.

El enfoque de análisis que se adoptó para analizar el problema de investigación planteado fue el de derechos humanos, articulado con el generacional, los cuales se encuentran sustentados en el *corpus iure* de derecho internacional de derechos humanos y en particular el referido a los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y el marco de protección nacional circunscrito al desarrollo normativo y jurisprudencial.

Este trabajo de investigación se sustentó en una metodología de carácter cualitativo y se construyó a partir de la articulación de fuentes secundarias y primarias. En relación a las primeras se revisaron y sistematizaron los aportes de estudios, textos doctrinarios, instrumentos internacionales de derechos humanos y normativa nacional. Además, se revisaron de manera aleatoria sentencias judiciales emitidas sobre este tema por jueces de primera instancia y la Corte Constitucional, durante el año 2015. Y a nivel de fuentes primarias se realizaron entrevistas semiestructuradas a un especialista académico, un juez de niñez y adolescencia; y a voceros de varios colectivos de padres de Argentina-Buenos Aires.

Los resultados de este proceso de investigación son de carácter exploratorio y se condensan en tres capítulos. En el primero, se ubica el marco conceptual y de protección relativo al derecho que se investiga, abarca un estudio respecto del contexto histórico que da surgimiento a instrumentos internacionales especializados, paradigma que permite el nacimiento de todo un *corpus iure* de derechos de la infancia, así como una construcción que da paso al enfoque específico de niñez y adolescencia; en el segundo se analiza, a partir de la revisión de sentencias, cómo se encuentra el derecho humano investigado en el Ecuador, presenta un estudio respecto del contexto en el que surge la administración de justicia de niñez y adolescencia, la situación actual y algunas de las innovaciones planteadas, examinando una causa considerada emblemática en la que un juez de primera instancia resuelve otorgar una custodia compartida al amparo de estándares internacionales, el modelo constitucional vigente, pero sobre todo cobijado por el principio del espíritu del interés superior del adolescente; y, en el tercero ante los hallazgos encontrados se busca aportar con elementos, que además de promover un litigio estratégico, busquen incidir directamente en los operadores de justicia, abogados, padres, madres, etc., cuya pertinencia se encamina a fin de que se concrete un activismo judicial que garantice en aquellos casos judicializados el argumentar innovadoramente.

Finalmente, la investigación se cierra planteando conclusiones que recogen las principales constataciones encontradas, así como una serie de recomendaciones encaminadas a la garantía efectiva del derecho de los niños, niñas y adolescentes al contacto efectivo con sus padres, a través de un litigio estratégico en derechos humanos que incida en el activismo judicial.

Capítulo primero

Marco Conceptual y de protección al derecho humano al contacto efectivo de niños con sus padres

El presente capítulo tiene como punto de partida la presentación de una breve evolución histórica sobre las concepciones en torno a los derechos de la infancia; luego pasa a presentar los principales alcances del enfoque de derechos humanos de niñez y avanza en la ubicación del corpus iure internacional de protección. Finalmente se presenta el marco de protección nacional que existe sobre el derecho específico al contacto efectivo con sus padres.

1.1 Evolución histórica sobre las concepciones y los derechos de NNA

Es pertinente iniciar señalando que todo proceso investigativo debe tener un punto de partida, una contextualización histórica que permita describir las concepciones que se han desarrollado sobre las niñas, niños y adolescentes, ya que desde este proceso evolutivo se podrá comprender el cambio de paradigma que se promueve y que es fundamental en todo proceso tutelar en la esfera de derechos de la infancia.

Como se mencionó, históricamente los niños, niñas y adolescentes fueron tratados como objetos de protección, seres sin derechos o con acceso a los mismos bajo el tutelaje de las personas adultas. En ese sentido, Salazar y Pinto⁵, quienes estudian históricamente los procesos subjetivos e intersubjetivos vinculados a la construcción de identidad de niñas/os, determinan que la formación de los sujetos sociales y los actores históricos de una sociedad es una tarea y responsabilidad de los adultos, a través de los grandes modelos moderadores de esos adultos: familia, Estado, iglesia, mercado, para quienes, en mayor o menor dimensión, el rol de los niños/as y adolescentes consiste, sobre todo, en su obligación y disposición a dejarse moldear por la autodenominada sabiduría adulta.

Ese fue el contexto histórico en el cual nació, creció y se desarrolló la infancia. De acuerdo a estos mismos autores: “la historia ha estado monopolizada por adultos, quienes

⁵ Gabriel Salazar y Julio Pinto, “*Historia contemporánea de Chile; V.5*”, (Santiago de Chile: CL: Lom, 2002).

no asumen a niños y adolescentes como sujetos históricos”⁶, (menos lo harán como sujetos de derechos) y, que más que percibir la situación real, los conceptos adultos reflejan el estado de la conciencia histórica de los mismos adultos respecto a cómo va la marcha de su mundo, mas no el de los niños/as. Para los autores se manifiesta la necesidad de realizar un acto de justicia epistemológica y realismo histórico, que deje de lado la perspectiva adultocéntrica y mire la historia desde la perspectiva de los niños y jóvenes, punto relevante dentro de la presente e investigación.

Coincidentemente Aries⁷, señala que hasta aproximadamente el siglo XVII, el arte medieval no conocía la infancia o no trataba de representársela; manifestando adicionalmente que cuesta creer que esa ausencia se debiera a la torpeza o a la incapacidad, concluyendo que cabría pensar más bien que en esa sociedad no había espacio para la infancia.

Estas concepciones sobre la niñez encontraron en la doctrina de la situación irregular, el marco para fundamentar un tratamiento jurídico de objetivización y tutelaje de sus derechos. Dicha doctrina propugnaba que niños y jóvenes aparezcan como objetos de protección, no sean reconocidos como sujetos de derecho sino como incapaces que requieren un abordaje especial. El sistema debe buscar la reeducación del niño y su protección, además que representan un peligro social, por lo que el Estado debe controlarlos a través de políticas y normas de control. Por ello esta doctrina catalogaba a los niños como vulnerables y por tanto constituían un riesgo social, de allí que el Estado deba ejercer un rol paternalista⁸.

Es sólo a finales de la década de los 80, cuando el viejo modelo doctrinario de protección a menores de edad, sustentado en la doctrina de la situación irregular, es reemplazado por la doctrina de la protección integral gracias a la adopción de la Convención de Derechos del Niño (1989). Sobre este aspecto la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que:

En el pasado, el menor era considerado "menos que los demás" y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

⁶ Gabriel Salazar y Pinto Julio, *Historia Contemporánea de Chile*. (Santiago de Chile. Ed. LOM. 2002. Vol. 5) p. 9

⁷Philippe Aries, “*El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*”, (Madrid, Taurus, ([1960] 1987).

⁸ Javier Calderón Beltrán. De la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina del Desarrollo Integral. <<http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/11/de-la-doctrina-de-la-situacin-irregular.html>>. Visto 26/10/2016 12:20

Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la psicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la *especial* relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. Tal reconocimiento quedó plasmado en la Convención de los Derechos del Niño.⁹

Lo trascendente del cambio histórico, del cambio paradigmático, es que se deja de lado la visión en la que el menor (mal llamado menor en el contexto histórico y que incluso se lo sigue denominando de dicha forma por parte de abogados/as, jueces/as y padres/madres), era considerado como "objeto de represión y/o de compasión", lo que constituyó un sistema de exclusión social; para pasar a reconocerlo como sujeto titular de todos sus derechos fundamentales. La nueva Doctrina de la Protección Integral trae consigo principios concretos: a) NNA como sujetos de derechos, se les reconocen los derechos humanos de todo ciudadano/a, pero adicionalmente los específicos de su edad, b) Interés superior del niño; c) ser escuchado y que sus opiniones sean tomadas en cuenta; d) a recibir una protección especial y específica; e) carácter prioritario y de primacía a sus derechos. Adicionalmente, se cambia la acepción "menores" por el término "niño", lo que conlleva que el Estado se convierte en promotor de su bienestar, asumiendo un rol solidario.

Lo hasta el momento descrito permite dejar visible cómo desde tiempos atrás fueron consideradas las personas menores de edad y cómo actualmente el cambio de paradigma no se garantiza en su totalidad.

1.2 Enfoque de los derechos humanos de niñez

Para aterrizar en el enfoque de derechos humanos de niñez, es importante partir del alcance del enfoque de derechos humanos. Para ello del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos manifiesta que dicho enfoque: "es un marco

⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisiones, "Sentencia" No. T-408/95, Santa Fe de Bogotá, D.C., 12 de septiembre de 1995.

conceptual para el proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo está basado en las normas internacionales de derechos humanos y desde el punto de vista operacional está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos”.¹⁰

Por su parte, el Instituto Danés de Derechos Humanos, lo inscribe en una visión de proceso y resalta el papel que este tiene para promover el empoderamiento de las personas, al señalar:

mantiene como rasgos fundamentales el estar centrado en procesos y resultados, haciendo hincapié en la realización de los derechos, para lo cual reconoce los derechos de los individuos y grupos como demandas exigibles frente a los titulares de obligaciones legales y morales, finalmente para cumplir con lo anterior empodera a individuos y grupos para exigir sus derechos.¹¹

En este mismo sentido, Víctor Abramovich, precisa que una de las implicaciones más importantes que plantea este enfoque es el reconocimiento de las personas como sujetos de derechos y resalta el valor estratégico que ello tiene para la exigibilidad, al señalar que:

el enfoque de derechos considera que el primer paso para otorgar poder a los sectores excluidos es reconocer que son titulares de derechos que obligan al Estado. Al introducir este concepto se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas. Las acciones que se emprendan en este campo no son consideradas solamente como el cumplimiento de mandatos morales o políticos, sino como la vía escogida para dar cumplimiento a las obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles, impuestas por los tratados de derechos humanos. Los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos de exigibilidad y cumplimiento.¹²

Para UNICEF el enfoque de derechos de niñez y adolescencia o también conocido como generacional, tiene como una de sus principales fuentes a la Doctrina de Derechos Humanos, en esa línea, la organización alemana Kindernothilfe¹³ señala que este enfoque es una perspectiva de Derechos Humanos específicamente centrada en el grupometa de los niños, caracterizado por elementos centrales como que trae un cambio de perspectiva,

¹⁰ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*, (Naciones Unidas: 2006), <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>>

¹¹ Danish Institute for Human Rights, “*Applying a Rights-based Approach. An inspirational Guide for Civil Society*”, 2007, 10

¹² Víctor Abramovich, *Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos como Marco para la Formulación y el Control de las Políticas Sociales*, <<file:///C:/Users/user%20hp/Downloads/13370-34255-1-PB.pdf>> p.20.

¹³ Kindernothilfe se define como una organización de cooperación para el desarrollo, que se compromete especialmente con los niños y sus derechos. En este sentido, orienta su actuar en acuerdos internacionales de Derechos Humanos, sobre todo en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

niños como titulares de derecho, son sujetos y tienen derecho a ser reconocidos como personas autónomas. En esencia es un enfoque integral que relaciona la protección, a la promoción y a la participación.

Por su parte, para Laura Pautassi el enfoque generacional “pone el énfasis en las capacidades y recursos del niño y en todos los apoyos sociales de lo que forma parte o está en contacto, [...], este planteamiento descansa en el reconocimiento del niño como titular de derechos y no como beneficiario de la benevolencia de los adultos”¹⁴.

La Observación General No. 5 del Comité sobre los Derechos del Niño, determina que cuando un Estado ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño, asume, en virtud del derecho internacional, la obligación de aplicarla, es decir tomar las medidas para garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos en la misma para todos los niños situados dentro de su jurisdicción. Continúa subrayando que los Estados han de considerar que su función consiste en cumplir unas claras obligaciones jurídicas para con todos y cada uno de los niños. La puesta en práctica de los derechos humanos de los niños no ha de considerarse como un proceso caritativo que consista en hacer favores a los niños. Resaltando cuando se determina que, en la mayoría de las sociedades, si no en todas, no se ha considerado a los niños como titulares de derechos. Por lo tanto, el artículo 42 reviste una importancia especial. Si los adultos que rodean a los niños, sus padres y otros parientes, los maestros y las personas que se ocupan de ellos no comprenden las repercusiones de la Convención, y sobre todo su confirmación de la igualdad de condición de los niños como titulares de derechos, es muy improbable que los derechos consagrados en la Convención se realicen para muchos niños.¹⁵

Bajo estas consideraciones se podría entonces reflexionar el reto que se mantiene, así como la importancia del enfoque generacional como marco conceptual cuyos principios epistemológicos, teóricos y éticos permiten concebir y tratar a niñas, niños y adolescentes como sujetos titulares de derechos y plantean un giro hacia el cambio social, político y jurídico (dimensiones de exigibilidad) de la sociedad para su real efectividad. De esta forma, el enfoque generacional constituye uno de los mayores retos a fin de tutelar

¹⁴ Laura Pautassi y Laura Royo. “El enfoque de derechos en las políticas de infancia: Indicadores para su medición”. (Santiago de Chile: CEPAL- UNICEF. 2012).

¹⁵ Organización de las Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. “Observación general N° 05: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”. CRC/GC/2003/5. 27 de noviembre de 2003.

los derechos de la infancia desde una visión integral, no solo desde su titularidad sino adicionalmente desde su capacidad, siendo imperativo entender que las etapas del ciclo vital no están determinadas únicamente por las dinámicas biológicas, sino también por los roles y funciones que asume cada sujeto dentro de una determinada familia y comunidad, que no siempre son coherentes con la edad sino asignadas por las sociedades, en función de las condiciones económicas y sociales, estamos frente a otra tensión y es la relativa a los patrones culturales.

1.3 Corpus Iure de derechos de niñez

Como se ha señalado en el acápite anterior el enfoque de derechos humanos del niño o generacional tiene como una de sus fuentes el corpus iure de derechos humanos y en particular el referido a niñez.

En ese sentido, se debe partir por determinar inicialmente qué es o comprende el *Corpus Iure* de derechos humanos, el cual da origen al de niñez, para ello profesor Daniel O'Donnell¹⁶ realiza una clasificación, de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, los mismos que sostiene pueden dividirse en tres grandes categorías:¹⁷

La primera consiste en las grandes Declaraciones de 1948: la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las cuales reconocen una amplísima gama de los derechos fundamentales, no son tratados internacionales y en el momento de su elaboración carecían de carácter vinculante, siendo importante resaltar que hoy día son considerados por los órganos internacionales competentes manifestaciones del derecho internacional consuetudinario, vinculantes para todos los Estados Partes en las Naciones Unidas y la OEA, respectivamente. Normas iuscogens.

¹⁶Daniel O'Donnell recibió el título Juris Doctor de la Universidad del Estado de Nueva York en 1977. Fue director de investigaciones de la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala en 1997 y director adjunto del equipo de investigación del Secretario General de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo, en 1998. Ha sido consultor de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Unicef, ACNUR, PNUD, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y varias ONG.

¹⁷Daniel O'Donnell, *Derecho internacional de los derechos humanos Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, (Bogotá: Servigrafic, 2004) <<http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/ODonell%20parte1.pdf>>.

La segunda categoría, continúa el autor, consiste en los grandes tratados universales y regionales en materia de derechos humanos, en particular el PIDCP y el PIDESC en el Sistema Universal, y la Convención Americana y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Sistema Interamericano. Para O'Donnell éstos instrumentos, con pocas excepciones, consagran los mismos derechos plasmados en las grandes declaraciones de 1948. No obstante, como fueron elaborados con el propósito de ser vinculantes, definen el contenido, el alcance y los límites de estos derechos en forma más precisa y pormenorizada. En el sistema universal, los dos Pactos Internacionales (el PIDCP y el PIDESC) y la Declaración Universal son conocidos colectivamente como la Carta Internacional de Derechos Humanos, en reconocimiento a su lugar especial en el derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, la tercera categoría manifiesta consiste en los demás instrumentos sobre derechos humanos dedicados a derechos o principios específicos, o los derechos de determinados sectores de la sociedad humana, como los niños, niñas y adolescentes.¹⁸ Esta categoría es la que nos permite enlazar y ubicar desde contexto previo en el que surge la Convención sobre los Derechos del Niño y que constituye, conforme ya se sostuvo, el acto primigenio que permite el surgimiento de un *corpus iure* específico de derechos de niñez,

Desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra a través de la Corte Interamericana de Derechos otro aporte en su Opinión Consultiva OC-16/1999, que determina:

El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones.¹⁹

Si se dispone de un conjunto de instrumentos internacionales que permiten regular relaciones entre Estados y seres humanos, es importante determinar, desde los aportes

¹⁸Ibíd., Daniel O'Donnell, 55-56.

¹⁹ Organización de Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Opinión Consultiva" OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, <http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Opinion_Consultiva_Corte_IDH_Asistencia_Consular.pdf>, 68.

citados, cómo surge el corpus iure de derechos de niñez y adolescencia que de la misma forma deben valorarse e invocarse a fin de garantizar sus derechos.

Es así que, con la discusión previa para la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que da vida a este corpus iure de derechos de la infancia, proposición y aceptación que per se no fue fácil, surgieron varios nudos críticos, los cuales generaron confrontaciones en el proceso de su elaboración y que incluso algunos autores sostienen que se caracterizó por tener más seguidores que promotores. Por ejemplo F. PILOTTI señala que en el grupo de trabajo solo los países más desarrollados formaban un colectivo identificable, con una visión bastante clara de lo que querían diseñar, este grupo hacía reuniones previas para establecer su línea de discurso frente a los otros países. CANTWELL, observador de los trabajos preparatorios de la Convención, a su vez demuestra también que, inevitablemente, las conclusiones que procedieron de estos encuentros se vieron fuertemente influenciadas por el norte.

Por otra parte, para otros autores, una de las mayores confrontaciones fue la relativa al cambio de paradigma que generó la Convención, “paradigma de los derechos del niño”, Grugel y Peruzzotti, Machain, Ávila Testa contribuyen en señalar las tensiones que supuso el proceso de implementación de las leyes de Protección.

Posiciones que generan un debate y que no podía ser excluidas de la investigación ya que permiten sustentar cómo los adultos que discutieron el instrumento internacional dejaron visibles tanto sus antagonismos, como sus prácticas adultocéntricas.

En todas las discusiones el tono del debate enfatizaba a un “niño supra-nacional” que surgiría del seno del derecho internacional de la mano de una convención específica, lo que podría ser considerado inicialmente como una aberración jurídica, lo descrito confirma la trascendencia del contexto histórico y ratifica el mundo adultocéntrico que permanentemente se hace presente.

Dentro de otros hallazgos evidenciados en el proceso de recolección de la información para la presente tesis, resaltar el papel que jugaron las ONG argentinas en la promoción del derecho a la identidad, en clara alusión a los niños apropiados durante la dictadura militar, así como llama la atención a la par la ausencia de Chile, Paraguay, Uruguay, Guatemala, El Salvador, Ecuador y República Dominicana en los debates previos a la sanción de la Convención. Bien ante ello, cabe otra pregunta: ¿qué fue lo que

motivó estas ausencias?, ¿por qué Ecuador no tuvo una participación en los debates como país?, lo que no deja de extrañar.

Pero a la par surge otro cuestionamiento: ¿El motor que impulsó la construcción de la CDN fue la de una voluntad precisa para edificar un sistema de protección integral de los derechos de la infancia? Respuesta que sin duda podría formar parte de otro trabajo investigativo, pero que ante los hallazgos permite sustentar que el mundo adultocéntrico no estuvo ausente. Lo que es innegable es que con la Convención Sobre los Derechos del Niño involucra un cambio de paradigma internacional de relevancia mayor por su adopción, que por el contexto de su discusión. En ese sentido, forman parte de este *corpus iure* de manera integrada todos los instrumentos de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas, y, en materia especializada de infancia, además de la CDN, los tres Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño (sobre la participación de niños en los conflictos armados y sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía), el actual sobre las comunicaciones, así como los otros seis principales instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, además de las observaciones generales que el Comité ha emitido y los informes de país, es decir todo estándar internacional que se adopte.

Como se dijo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-17/2002, cambia la escritura de *corpus juris* por *corpus iure*, lo que se verifica cuando señala que: “Ante la ausencia de un instrumento interamericano que regule específicamente el derecho de los niños, la Convención sobre los Derechos del Niño constituye, como lo ha señalado esta misma Corte, parte del *corpus iuris* que debe servir para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida...”²⁰.

En resumen, actualmente se disponen de un conjunto de instrumentos internacionales en derechos humanos, así como un *corpus iure* especializado en derechos de la infancia que permiten garantizar los derechos de la niñez y adolescencia. La misma Corte Interamericana en sentencias y opiniones más recientes, unificando su jurisprudencia, como en la sentencia en el caso conocido como de los Niños de la Calle, sostiene que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de

²⁰ *Ibid.*, Organización de Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva” OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf>.

los niños que debe servir a la Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”.²¹

1.4 Derecho humano al contacto efectivo de hijos con sus padres

Al referirse al derecho humano de las niñas, niños y adolescentes a mantener contacto efectivo con sus progenitores, si bien desde su condición de sujetos de derechos y su concomitante titularidad es un tema poco abordado a nivel regional particularmente, no obstante se tienen opiniones y jurisprudencia internacional de un altísimo desarrollo, ejemplo de ello es desde el Sistema Universal de Derechos Humanos, ante el cual especial preponderancia reviste el pronunciamiento de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la que aprobó las Directrices sobre modalidades alternativas de cuidado de niños (AG/64-142) que establecen pautas para la efectiva aplicación de la Convención y otros instrumentos internacionales dirigidas a la protección de niñas, niños y adolescentes, sosteniendo entre otras disposiciones que: “Las Directrices señalan que los Estados deberían aplicar políticas de apoyo a la familia, buscando facilitar el cumplimiento de los deberes de cuidado que le competen a los padres, y alentando el ejercicio del “derecho del niño a mantener relación con el padre y la madre”²².

Al referirse a la condición del niño separado de sus padres, continúa señalando que:

La Corte Europea ha establecido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia; y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada. Las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 de la Convención. El mismo Tribunal señaló que el contenido esencial de este precepto es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas [...]. Debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres. La autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor.²³

²¹Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala: Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo)”. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 1999. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf>. párr. 194.

²² Asamblea General de las Naciones Unidas, “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, <https://srsg.violenceagainstchildren.org/es/document/a-res-64-142_710>

²³ *Ibid.*, 69

Lo anterior es importante enlazar, con la obligación de garantizar ese derecho del niño/a, y que se debe traducir en acciones que hagan efectivo el derecho humano predeterminado, particularmente por quienes forman parte de la administración de justicia y su rol garantista.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido:

La jurisprudencia constitucional ha considerado que en la medida en que los derechos de los menores tienen el carácter de fundamentales y prevalentes, la obligación de asistencia y protección necesariamente adquiere esa connotación, por lo que resulta constitucionalmente inadmisibles que se antepongan otros cometidos para dilatar la eficacia del Estado y la sociedad en el objetivo de asegurar el bienestar de los menores²⁴

En este punto, es oportuno incorporar disposiciones que en materia de infancia se han establecido a fin de garantizar el derecho humano cuya problemática se analiza, retomando el Sistema Universal de Derechos Humanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño se instituye en el numeral 3 del artículo 9: “[...] 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”

De las disposiciones citadas, es clara la CDN al establecer la obligación de respeto por parte de los Estados²⁵, además de la obligación concordante relativa a proteger y garantizar el efectivo ejercicio de dicho derecho, lo que se refuerza integralmente con el marco bajo un enfoque de derechos. Así la CEPAL manifiesta:

Toda vez que la incorporación de principios esenciales en materia de infancia consagrados en la CDN, articulados con el principio de su interés superior armonizan con los principios comunes de universalidad, indivisibilidad e interdependencia, por lo que la Convención refuerza la capacidad de los responsables con las obligaciones de respetar proteger y hacer efectivos los derechos, incluso la capacidad de los titulares de reivindicarlos.²⁶

Entonces, se podría establecer con certeza que la protección de los derechos de niñez y adolescencia, además de estar cobijados por un conjunto de estándares internacionales como se ha visto, así como enfocados desde el nuevo derecho de infancia

²⁴ Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia” T-689/12: (Bogotá, D.C., 28 de agosto 2012).

²⁵ Sandra Serrano, profesora e investigadora de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, UNAM-México nos da una definición precisa: La obligación de respetar constituye la más inmediata y básica de los derechos humanos, en tanto, implica no interferir o poner en peligro los derechos. Se trata de una obligación tendiente a mantener el goce del derecho y su cumplimiento es inmediatamente exigible cualquiera que sea la naturaleza del derecho.

²⁶ *Ibíd.*, Laura Pautassi y Laura Royo, “El enfoque de derechos en las políticas de infancia: Indicadores para su medición”, 22.

y su protección integral, tienen mecanismos concretos de exigibilidad y protección efectiva. Por ello, el mismo preámbulo de la Convención reafirma que los niños como seres humanos tienen iguales derechos al de todas las personas, debiendo de recibir la protección específica de los derechos propios en relación con sus padres, permitiendo además regular conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños y su colisión con los derechos de los adultos, para lo cual orienta y limita las actuaciones de las autoridades públicas en relación a la infancia. Esto último especial relevancia para el tercer capítulo del presente trabajo.

No es tarea difícil el poder asimilar académicamente las pautas que se incorporan para la efectiva aplicación de la CDN y otros instrumentos internacionales dirigidos a la protección de niñas, niños y adolescentes.

Ahora bien, a fin de tener una mirada y análisis integral, se debe valorar justamente el aporte desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en su Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002,²⁷ solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la Convención constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños.

La Comisión Interamericana sostiene que, en distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Eso implica que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos²⁸.

En ese sentido la Corte IDH analiza que la protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos.

²⁷Corte Interamericana de derechos humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf>, 88-89.

²⁸ *Ibid.*, 2

Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella, siendo importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición.

Continúa cuando refiere en el párrafo 70 de este documento al principio de separación excepcional del niño de su familia, cuyas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia.

Resaltar lo que la Corte IDH en su párrafo tres sostiene respecto de lo que la CIDH denomina “premisas interpretativas” que conforme sostiene las autoridades estatales aplican al momento de dictar medidas especiales de protección a favor de niñas, niños y adolescentes siendo: a. Los menores son incapaces de juicio pleno sobre sus actos y por consiguiente su participación por sí o a través de sus representantes se reduce o anula tanto en lo civil como en lo penal. b. Esa carencia de juicio y personería es presumida por el funcionario judicial o administrativo, que, al tomar decisiones que entiende basadas en lo que considera los mejores intereses del niño/a y adolescente, deja en segundo plano esas garantías.

Relativo del primero esa incapacidad sería la que podría invisibilizar la titularidad de derechos desde su condición de sujetos de derechos y, por consiguiente, efectivamente es presumida por algunos funcionarios judiciales, lo que podría constatarse respecto de lo que está ocurriendo en las Unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y mucho más perceptible en las Unidades Judiciales contra la Violencia a la Mujer.

Pero la Opinión Consultiva tiene adicionalmente otros puntos resaltables, por ejemplo, la Corte IDH invitó a participar en una audiencia oral mediante la presentación de *amicus curiae* a instituciones como: Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional-CEJIL, Instituto Interamericano del Niño, la Comisión Colombiana de Juristas, etc.

Así, el Instituto Interamericano del Niño manifestó en su escrito que, a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, los Estados del

continente iniciaron un proceso de adecuación de su legislación a la luz de la doctrina de la protección integral, en la cual se considera al niño/a y adolescentes como sujetos plenos de derechos, dejando atrás la concepción de que es sujeto pasivo de medidas de protección. Bien podría considerarse constituye el verdadero espíritu del cambio de paradigma, ya que deja de lado la discrecionalidad de los jueces/as aterrizando conforme el Instituto determina en una transición de un sistema tutelar represivo a uno de responsabilidad y garantista.

De la misma forma el aporte que realizan los Estados Unidos Mexicanos en la audiencia convocada no pueden ser excluidos, cuando sostiene que:

los niños no deben ser considerados “objetos de protección segregativa”, sino sujetos de pleno derecho que deben recibir protección integral, y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de “un grupo de derechos específicos que se les otorga por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo”. No sólo se deben proteger sus derechos, sino también es necesario adoptar medidas especiales de protección, conforme al artículo 19 de la Convención Americana y un conjunto de instrumentos internacionales en materia de niñez²⁹.

Ante lo expuesto, no cabría interpretación alguna, como lo sostiene el mismo Estado Mexicano, con la Convención sobre los Derechos del Niño, el Estado debe garantizar al niño las condiciones que le permitan formarse un juicio propio y expresar opinión en los asuntos que lo afecten, pero además el derecho a ser oído constituye una garantía fundamental que debe respetarse en todo procedimiento administrativo o judicial.

Por último, la Corte IDH al referirse a los deberes de la familia, la sociedad y el Estado, para los casos de separación excepcional del niño de su familia, establece dentro de las obligaciones positivas de protección que:

En igual sentido, se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos.

Es muy claro el enfoque de derechos humanos y generacional que la Corte IDH establece en esta opinión consultiva, además de recoger el estándar del Sistema Universal de Derechos Humanos, busca unificar criterio con la misma Corte Europea, en el sentido de reconocer que los derechos de niñez y adolescencia son universales.

²⁹Ibíd., <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf>, p 17.

En resumen, se cuenta con todo un marco de protección en torno al derecho de los NNA, siendo importante argumentar que, si bien éstos no están en igualdad de condiciones, (pero sí de capacidad), para ejercer sus derechos sean formales o materiales, se hace necesario la utilización de repertorios de exigibilidad diferenciados, utilizando todo el corpus iure de derechos humanos de niñez.

1.5 Marco constitucional vigente en el Ecuador para garantizar el contacto efectivo con sus progenitores

En un anterior trabajo monográfico titulado: “Análisis de antinomia entre las disposiciones 428 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador, desde una perspectiva en derechos humanos”, en el cual se investigaba sobre una antinomia en la aplicación directa de una disposición constitucional cuando se trata de tutelar efectivamente derechos de niñez y adolescencia, se citaba a la profesora Silvana Sánchez quien señalaba el reto que el Estado y el nuevo modelo constitucional ecuatoriano tiene, en los siguientes términos: :

El cambio de paradigma del Estado social de derechos al Estado constitucional de derechos y justicia social, [...] establece la fuerza normativa de la Constitución como central y por lo tanto la obligación de todas las funciones del Estado de adecuar su actuación a los valores, principios y derechos constitucionales, con la finalidad de garantizar la protección y vigencia de los derechos³⁰.

La visión de la profesora no podría ser más concreta y real, efectivamente la sociedad ecuatoriana vive un cambio de paradigma dentro del modelo actual del Estado, si dicha postura se traslada al grupo que se analiza, esto es niñas, niños y adolescentes, se debe partir de la misma forma desde el primigenio cambio de paradigma internacional, que constituyó la adopción de la Convención Sobre los Derechos del Niño³¹, solo desde dicho posicionamiento se puede optar por tener una visión integral, crítica y objetiva de la realidad sobre los derechos de niñez y adolescencia en el país y dentro del modelo actual que se mantiene.

³⁰Sillabus de la materia de Constitucionalismo y derechos humanos en <<http://registro.uasb.edu.ec:8080/PortalE/principal.xhtml>>

³¹ El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño. A lo largo de 54 artículos el documento establece los derechos económicos, sociales y culturales de los niños. Hasta ahora, la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido firmada por 190 de 192 Estados

Surge entonces un actor preponderante, el rol que debe garantizar el Estado, bajo el modelo constitucional ecuatoriano actual, por lo que doctrinariamente es imperativo conocer cuál es el aporte de los tratadistas respecto de lo que han denominado neoconstitucionalismo, para ello autores como: Ronald Dworkin, Robert Alexy, Santiago Nino y Gustavo Zagrebelsky brindan un sustento doctrinario importante, este último justamente sostiene que: “debe darse la prevalencia no de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente”³², lo que bien se traduce en la necesidad de tener una lectura y aplicación integral de las disposiciones constitucionales. A su vez, Carlos Bernal Pulido cita a Robert Alexy cuando manifiesta que: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”³³. Finalmente, Dworkin sostiene que: “si el gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el derecho”.³⁴

Por su parte, autores nacionales como Juan Paz y Miño y Diego Pazmiño sostienen que la Constitución actual recupera y fortalece derechos y garantías consagrados en anteriores Constituciones, colocando como supremos el derecho a la vida y otros derechos humanos. Dando prioridad a grupos especiales entre otros a adolescentes, niños y niñas, etc.³⁵

Cabe puntualizar que no está en discusión académica el reto que involucra el cambio de paradigma desde el modelo constitucional, pero ello se debe inscribir en el reconocimiento a la lucha reivindicatoria llevada entre los años 1989 y 2008, por varios organismos nacionales de protección de la niñez como: Foro por la Niñez y Adolescencia, el ex Instituto Nacional del Niño y la Familia, el Programa del Muchacho Trabajador entre otros, los cuales con el apoyo de UNICEF, pudieron plasmar sus primeros esfuerzos en la Constitución Política de 1998 y dieron continuidad para reforzar su protección en la actual,

³²Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, (Madrid: Trotta. 2003), p. 15.

³³ Carlos, Bernal Pulido, *Estructura y límites de la ponderación*. (España: Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante-España. 1989), p. 8-

³⁴ Ronald, Workin, *Los Derechos en Serio. ¿Por qué tomarnos los derechos en serio?* (Barcelona: Editorial Ariel, S. A. 2002), p. 303.

³⁵ Juan Paz y Miño y Diego Pazmiño, *El Proceso Constituyente desde una perspectiva histórica*, en *Análisis de Nueva Constitución*, (Ecuador. Gráficas Araujo, 2008), 41

En este mismo sentido, Julio César Trujillo y Ramiro Ávila Santamaría en la misma obra sostienen que en el proyecto de Constitución de 2008 se recoge dos principios importantes en la teoría general de los derechos humanos: el principio de progresividad y la prohibición de regresividad (Art. 11.8). Continúan señalando que: “tradicionalmente se ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales eran exclusivamente progresivos y que los derechos civiles eran de cumplimiento inmediato. Lo cierto es que todos los derechos humanos tienen dimensiones de cumplimiento inmediato y dimensiones de progresividad³⁶. Finalmente, refuerzan que en las personas y grupos de atención prioritaria se encuentran enumerados los derechos entre otras personas los de los niños y niñas los cuales son particularmente vulnerables en sociedades patriarcales como la nuestra,

Tras ese contexto previo y retomando el posicionamiento y análisis desde el actual modelo constitucional, confrontar con el criterio de Manuel Martínez³⁷ quien afirma que para quienes han conformado y han sido parte durante muchos años de lo que se denomina el movimiento nacional por los derechos de los niños/as, el cambio paradigmático fue sustancial, han pasado 25 años de ese hito histórico, pero se sigue viendo lo difícil que ha sido romper esa relación entre el mundo adulto y el mundo de la infancia, de hecho, manifiesta que podríamos actualmente ver un retroceso³⁸, continúa señalando que si bien las niñas, niños y adolescentes constituyen uno de los grupos de atención prioritaria y sus derechos prevalecen sobre los de las demás personas conforme lo instituyen los art. 35 y 44 de la Constitución de la República; esta no se trata de una disposición innovadora, de la actual constitución, pues ya existió en la Constitución Política del Ecuador de 1998, en su art. 48.

Este mismo entrevistado, cuestiona la falta de una regulación específica en la actual constitución sobre una justicia especializada de niñez y adolescencia. La cual sí se encontraba prevista en el art. 51 de la Constitución Política de 1998, la cual señalaba: “Los menores de dieciocho años estarán sujetos a la legislación de menores y a una administración de justicia especializada en la Función Judicial. Los niños y adolescentes tendrán derecho a que se respeten sus garantías constitucionales”. Al respecto cabe el

³⁶ Julio César Trujillo y Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos en el Proyecto de Constitución*, en Análisis de Nueva Constitución, (Ecuador. Gráficas Araujo, 2008), 73

³⁷ Manuel Martínez, entrevistado por Roberto Veloz. Quito, 05 de enero de 2016. Anexo Digital 1.

³⁸ *Ibíd.*

comentario o reflexión respecto de si con el surgimiento de las nuevas unidades judiciales de familia, mujer, niñez y adolescencia, ¿dicha especificidad quedó trasgredida? ¿No podría considerarse regresiva dicha medida?

Lo que está libre de toda crítica es que los derechos de niñas, niños y adolescentes tienen constitucionalmente una tutela y prevalencia, siendo los únicos que mantienen dicha condición y naturaleza, por lo que es importante tener y mantener una lectura integral de todas las disposiciones constitucionales, partiendo desde las garantías concebidas en el art. 11, aterrizando en que constituyen uno de los grupos de atención prioritaria, pero adicionalmente debemos cobijar su tutela en el principio tanto pro ser humano contenido en el art. 417, así como el principio de su interés superior, finalmente el marco constitucional vigente nos brinda y obliga a aplicar conforme la disposición contenida en el art. 426 la aplicación directa de la disposición que más favorezca la plena vigencia de los derechos humanos, solo desde una fundamentación verdaderamente integral se podrá garantizar el derecho humano investigado e incluso promoverlo desde un litigio de alto impacto, esto último constituirá uno de los mecanismos de exigibilidad que se plantearán dentro de las estrategias de litigio.

Desde la dimensión del derecho humano de niñez y adolescencia a mantener contacto efectivo con sus padres y madres, la CRE, solamente prescribe en el segundo inciso del art 45 que las niñas, niños y adolescentes tienen entre otros derechos a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria. Si confrontamos con la Constitución de Colombia que establece que son derechos fundamentales de los niños entre otros el tener una familia y no ser separados de ella, parecería que no hay mayor incidencia, pero desde un enfoque de derechos humanos y de ejercicio de derechos de niñez y adolescencia hay una abismal diferencia, primero que el estándar internacional en nuestro caso ya no fue recogido, incluso se podría sostener que mantiene una visión sesgada respecto de un solo tipo de familia; mientras que en Colombia si se lo hizo y, segundo y fundamental es desde donde se posiciona el derecho, al incluir a no ser separado de ella, sin condiciones.

Lo anterior dentro de la estrategia de exigibilidad de derechos y promoviendo un litigio de alto impacto nos obliga a que se invoque la aplicación directa del estándar internacional que es la CDN que establece en el núm. 3 del art 9 que los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener

relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Para finalizar citar nuevamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana cuando expone que:

La concepción de los hijos como una propiedad de la que se puede disponer al antojo de los padres, haciendo caso omiso de sus derechos, pero sobre de todo de sus sentimientos, para luego escudarse en ellos y tratar de justificar lo injustificable, el desarraigo violento del otro progenitor, de su entorno y de su medio familiar con consecuencias funestas para la vida, logran afectar, en muchos casos, la autoestima [...], pero sobre todo su seguridad ante la pérdida de confianza en sus propios progenitores incapaces de sobreponerse a las dificultades que permean una relación que en otro tiempo escogieron tener.³⁹

En resumen, no podemos desconocer el entorno y contexto histórico en el que surge la imperiosa necesidad de adoptar instrumentos internacionales especializados que buscan disminuir brechas, reconocer a los sujetos de derechos y tutelar efectivamente derechos de niñas, niños y adolescentes. Históricamente han sido invisibilizados y por el contrario se ha ejercido un modelo de control que desconoce sus propias dinámicas y proyecto de vida. Dicho paradigma permite el nacimiento de todo un corpus iure de derechos de la infancia que sustentan el surgimiento desde una construcción que da paso a un enfoque específico de niñez y adolescencia y que sustituye la vieja doctrina de la situación irregular por la de la protección integral. Siendo innegable que perviven sesgos como las conductas patriarcales, adultocentrismo, los mismos patrones culturales, pero a la par es irrefutable que se dispone de todas las herramientas jurídicas a fin de garantizar el derecho humano al contacto efectivo de niñas, niños y adolescentes con sus progenitores.

Con base a lo anterior en el siguiente capítulo se estudiará a través de una mirada investigativa sobre cuál ha sido la situación del derecho humano al contacto efectivo en el país, lo que incluye revisar algunas actuaciones judiciales, involucrando al máximo organismo de justicia constitucional, Corte Nacional de Justicia, Corte Provincial y causas de primera instancia, aterrizando como se sostuvo en el análisis de una sentencia paradigmática en Latacunga.

³⁹ Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia”, No. T-689/12, Bogotá, D.C., 28 de agosto 2012.

Capítulo segundo

Una mirada a la situación del derecho humano al contacto efectivo en Ecuador.

En este capítulo se presenta el contexto en el que surge la administración de justicia de niñez y adolescencia en el Ecuador, su situación actual y algunas de las innovaciones planteadas; luego, aborda un análisis de la respuesta judicial ecuatoriana frente a la demanda del derecho humano al contacto efectivo de los hijos con sus padres, que incluye una revisión aleatoria de algunas causas judiciales a fin de evidenciar ciertos patrones culturales imperantes, así como confrontando algunas posiciones judiciales; finalmente, se examina una causa emblemática en la que un juez de primera instancia resuelve otorgar una custodia compartida al amparo de estándares internacionales, el modelo constitucional vigente, pero sobre todo cobijado por el principio del espíritu del interés superior del adolescente.

2.1. Análisis del estado de la Administración de Justicia de Niñez y Adolescencia en Ecuador

Es importante iniciar este análisis realizando una revisión de carácter exploratoria a la década comprendida entre 1998-2008, período que incluye los años, tanto de promulgación de la Constitución Política del Ecuador de 1998 hoy derogada y la entrada en vigencia de la actual, así como la vigencia que mantiene el Código de la Niñez y Adolescencia, cuyo innegable espíritu recoge la lucha reivindicatoria por los derechos de la infancia en el país. En dicho contexto, se crea el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que incluye a la que se denominó como Justicia Especializada de Niñez y Adolescencia, constituyendo uno de los desafíos a partir del año 2003, ya que involucraba el cambio de los tribunales de menores hacia la justicia especializada.

Retomando la entrevista a Manuel Martínez⁴⁰, ha venido manifestando en distintos espacios de debate y reflexión académica que el Código de la Niñez y Adolescencia fue un cuerpo legal de suma importancia, que constituyó una oportunidad histórica para

⁴⁰ Manuel Martínez, entrevistado por Roberto Veloz. Quito, 05 de enero de 2016.

cambiar la vida de niños/as y adolescentes, tarea para la que se necesitó voluntad política, sensibilidad social, compromiso con las causas de los niños/as y adolescentes y el financiamiento adecuado, destacando que el proceso dependió de la fuerza con la que el país se involucró. Lo que se puede verificar respecto del derecho humano que se investiga y que sin duda el estándar internacional fue recogido en la legislación ecuatoriana en el Código de la Niñez y Adolescencia, que en el artículo 21 prescribe:

“Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías”⁴¹.

Para validar lo anterior, es importante contrastar informes que se hayan realizado al país sobre la administración de justicia de niñez y adolescencia, justamente el Comité de los Derechos del Niño en el último informe relativo a los progresos y avances presentados respecto de la Convención sobre Derechos del Niño por parte del Estado, deja expresa su preocupación ante varias recomendaciones que no se han atendido de manera suficiente, ejemplo de ello cuando determina:

El Comité está muy preocupado por la posibilidad de que en la reforma legislativa los derechos concretos de los niños pasen a quedar subordinados a cuestiones más generales y/o desaparezcan dentro de estructuras más amplias [...]

El Comité recomienda que el Estado parte refuerce y acelere sus esfuerzos por lograr que el derecho interno esté en estricto cumplimiento con la Convención realizando un examen exhaustivo de las leyes y su aplicación y manteniendo la especificidad e interdependencia de todos los derechos del niño en términos de políticas, legislativos, institucionales y programáticos, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño.⁴²

Elemento para resaltar la especificidad que recomienda se mantenga y, que vuelve a enfatizarse cuando se refiere en el mismo documento sobre la preocupación que el Consejo Nacional y el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, creados en virtud del Código de la Niñez y Adolescencia de 2003, vayan a quedar subordinados a un nuevo consejo o subconsejo de equidad intergeneracional que englobará otros grupos demográficos. Por lo que señala que debe

⁴¹ Ecuador, “Código de la Niñez y Adolescencia”. En Ley 100, Publicación: *Registro Oficial 737*, Fecha de publicación: 03-ene-2003, Última Reforma: 07-jul-2014.

⁴² Organización de las Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención: Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Ecuador”. CRC/C/ECU/CO/4. 02 de marzo de 2010. p. 3.

prestarse particular atención a la necesidad de que las políticas, los programas y los recursos humanos destinados a los niños sean específicos y especializados. Siendo enfático cuando observa que en el nuevo sistema nacional de inclusión y equidad social se respete y fortalezca el ya existente Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Otro punto relevante es el relativo a que en otro apartado del mismo informe el Comité acoge con agrado el hecho que en la Constitución de 2008 se defina a la Defensoría del Pueblo como órgano de derecho público que forma parte de un nuevo quinto poder del Estado. Sin embargo, nuevamente deja evidente su preocupación respecto que la Defensoría del Pueblo no haya establecido dispositivos especializados para ocuparse de los derechos del niño ni haya hecho accesibles sus servicios a los/as niños/as, teniendo únicamente una oficina dedicada a la protección de los derechos de la mujer y el niño. Recomienda que el Estado cree una oficina especializada en los derechos del niño dentro de la Defensoría del Pueblo, con el mandato de vigilar la aplicación de la Convención y sus Protocolos facultativos, de conformidad con los Principios de París, adicionalmente hace un llamado a fin de que se procure que la Defensoría del Pueblo, a través del jefe de su oficina de protección de los derechos del niño, sea accesible para todos los niños y pueda recibir e investigar denuncias presentadas por niños o en nombre de niños sobre violaciones de sus derechos, sustento fundamental que será tomado en cuenta en el tercer capítulo dentro de los mecanismos de exigibilidad que se plantean.

Otras importantes observaciones que sustentan la presente investigación es la relativa a la preocupación del Comité por el bajo nivel de conocimiento de la Convención entre los profesionales que trabajan con niños/as, de la misma forma, si bien celebra que el principio del interés superior del niño se haya incorporado a la Constitución y al Código de la Niñez y Adolescencia, determina que preocupa la falta de información sobre el modo en que se aplica este principio en la práctica y que no pueda ser tenido en cuenta en la totalidad de las decisiones, los procedimientos administrativos y judiciales, citando entre otros ejemplos el relativo a su entorno familiar, por lo que recomienda que el Estado vele por la aplicación en la práctica del interés superior del niño, incorporando plenamente el principio en aquellos procedimientos.

La Observación General No. 12 por parte del Comité de Derechos del Niño, brinda otro aporte cuando se refiere específicamente al derecho del niño a ser escuchado manifestando:

El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ("el Comité") ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.⁴³

Cabe señalar que el 16 de enero de este año, el Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional realizó una consulta a miembros de los Consejos Consultivos Nacionales de la Niñez y la Adolescencia, cuyos puntos de vista de los representantes, entre los que se encontraban 19 niños, niñas y adolescentes se incluyó en el informe oficial sobre la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño, que el Estado envió en el mes de marzo del presente año al Comité de los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas, punto relevante el conocer que determinará el Comité sobre la especialidad de la administración de justicia de niñez y adolescencia, cuya preocupación se visibiliza en el primer capítulo⁴⁴.

Por otra parte, la Organización Child Rights International Network⁴⁵ (en adelante CRIN), en abril de 2015, elabora un documento que merece ser apreciado, comprende un

⁴³ Organización de las Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. "Observación General No. 12. *El derecho del niño a ser escuchado*. CRC/C/GC/CO/12. 20 de julio de 2009. p. 5.

⁴⁴ En el año 2011 en una encuesta a servidores/as judiciales en cuanto al trato especializado de niños, niñas y adolescentes sobre la frecuencia con que se escucha a los niños, niñas y adolescentes dentro de los procesos que las judicaturas sustancian, los resultados fueron: 56% siempre; 13% casi siempre; 25% regularmente y 5% casi nunca. En cuanto a si el juzgado cuenta con espacios lúdicos diseñados para niños, niñas y adolescentes, se obtuvo que apenas un 5% de los juzgados consultados cuentan con dichos espacios y de forma mayoritaria, el 95% no contaría con espacios adecuados. Adicionalmente, el 13% de Juzgados cuentan con espacios adecuados para escuchar a niños, niñas y adolescentes mientras que el 87% no cuentan con dichos espacios; frente a si los juzgados cuentan con algún tipo de material lúdico o didáctico para niños, niñas y adolescentes el 99% responde negativamente. En lo relativo al procedimiento se consultó si el Juzgado cuenta con un instrumento internacional ratificado por nuestro país relacionados con niñez y adolescencia, a lo que se respondió positivamente un 51% y negativamente un 49%. Respecto a esto, se solicitó calificar la frecuencia con la que se utiliza estos instrumentos y el 24% respondió que siempre los utiliza, el 17% casi siempre, 32% regularmente, 4% casi nunca y el 15% nunca.⁴⁴

⁴⁵ CRIN constituye una Red Mundial, es financiada por Unicef, ha creado alianzas estratégicas con organizaciones tales como la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y el Comité de los Derechos del Niño.

análisis mundial respecto del acceso a la justicia para los niños/as y adolescentes⁴⁶, siendo lo trascendente el desarrollo que realiza por cada país, informe que busca establecer una mirada a la situación de la Convención sobre los Derechos del Niño en la legislación nacional, la situación de los niños/as que participan en los procesos judiciales, los medios legales para desafiar violaciones a los derechos de los niños/as y las consideraciones prácticas que suscitan dichas violaciones.

Para el caso de Ecuador los puntos más relevantes constituyen que no habría ejemplos reportados en los cuales los tribunales ecuatorianos han utilizado o aplicado la CDN⁴⁷, señala además que niñas/os y adolescentes pueden presentar demandas ante los tribunales ecuatorianos, ya sea en nombre propio o por medio de terceros en la misma medida que los adultos y los padres / tutores no tienen que dar su consentimiento para dicha presentación. Refiere que las demandas colectivas por grupos de niños/as están permitidas, observa que se deben concretar cambios en el sistema de administración de justicia donde el Consejo de la Judicatura privilegie menos la aplicación de la justicia formal y aplique una justicia alternativa como la mediación, ya que el país ahorraría mucho tiempo y dinero si oficializara este tipo de intervención para evacuar los procesos judiciales en el tema de niñez, ya que la mediación acerca a los actores a dialogar y no a confrontar, punto destacable⁴⁸.

CRIN concluye determinando un aspecto válido cuando se refiere a que el sistema legal debe proporcionar a los niños, niñas y adolescentes los medios para obtener una respuesta rápida, eficaz y justa para proteger sus derechos; los medios para prevenir y

⁴⁶ CRIN. Acceso a la justicia para niños. <https://www.crin.org/sites/default/files/crin_reporte_global_completo_acceso_a_la_justicia_de_los_ninos.pdf>.

⁴⁷ En la misma encuesta realizada en el año 2011 en las cortes ecuatorianas que sustancian derechos de niñez y adolescentes, el 24% de los encuestados afirmaron que siempre utilizan los instrumentos internacionales en la materia, un 17 % sostuvo que casi siempre, el 32 % regularmente, el 4 % manifestó que casi nunca y el 15 % afirmó que nunca. Cabe incluir que la encuesta no visibiliza un importante estándar y es el relativo a los estándares personales de cada juez/a, según su propio proyecto de vida, la misma formación recibida. La que se traduce en que deciden sobre su experiencia de padre o hijo, madre o hija y lo aplican en el caso concreto, cabe aquí lo que sostiene el profesor Alvarado Velloso para quien juez/a e imparcialidad son nociones inescindibles.

⁴⁸ El Informe de CRIN incluye adicionalmente recomendaciones por parte de la sociedad civil, bastante concordantes con las anteriores, entre otras modernizar el sistema judicial, incrementar jueces de niñez y adolescencia con altos perfiles de especialización y sensibilización en derechos de niñez y adolescencia, dotación de recursos humanos y logísticos que favorezcan la gestión ágil y oportuna. Se ratifica el que se privilegie la mediación como mecanismo para solución de casos en materia de niñez, ya que el método abre la posibilidad de restablecer relaciones familiares de manera más sostenible bajo procesos de rehabilitación psico-social.

resolver los conflictos; mecanismos para controlar el abuso de poder; y todo esto debe estar disponible a través de un proceso transparente, eficiente, responsable.

En síntesis, valorando el aporte de los informes tomados en cuenta, desde una mirada objetiva sobre los derechos de niñez y adolescencia y la Administración de Justicia Especializada en Ecuador, el panorama actual no es alentador, por el contrario, podría tenerse como un hallazgo que se ha ido desmantelando aquello que, durante años, de forma reivindicatoria, se había conseguido con la especialidad.

Sobre este marco es importante recordar el postulado normativo de creación del Sistema Nacional de Protección y los principios que lo rigen de conformidad a lo estipulado en el artículo 191 del Código de la Niñez y Adolescencia, que señala:

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

Cabe resaltar, en cuanto el articulado que recoge los principios contenidos en los instrumentos internacionales de niñez y adolescencia, siendo importante enfatizar que todo estándar es plenamente aplicable, sea convención, tratado, opinión consultiva, observación, etc., por lo que no constituye una innovación incorporada en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, al contrario, la normativa de niñez y adolescencia se adelantó a la misma; por otra parte, subrayar la corresponsabilidad que determina entre los distintos actores, lo que dentro de las estrategias que podrán plantearse constituye un punto para ser tomado en cuenta.

Ahora bien, el numeral 2 del artículo 192 *ibídem* señala que:

El Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia está integrado por tres niveles de organismos: [...] 2. Organismos de protección, defensa y exigibilidad de derechos. Son: a) Las Juntas Cantonales de Protección de Derechos; b) La Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia; y, c) Otros organismos.

Cabe visibilizar que no han estado ausentes problemas dentro del sistema, uno de los últimos conflictos entre organismos que forman parte del mismo fue el presentado entre las Juntas Cantonales de Protección de Derechos (antes Juntas Cantonales de Protección de Derechos de Niñez y Adolescencia) y la actual Administración de Justicia de Niñez y Adolescencia, particularmente en el caso de los estudiantes del Colegio

Montufar en la ciudad capital, donde una decisión administrativa emanada por la Junta Metropolitana de Protección de Derechos de la Niñez y Adolescencia del D.M. Quito, por la cual se deja sin efecto la suspensión de 23 estudiantes del colegio ante manifestaciones que se realizaron, generó que el mismo Ministro de Educación enfatice que la misma no tiene las competencias para tratar de entrometerse en la educación y romper con todos los procesos que están debidamente establecidos y que en todo caso deberá ser un juez el que se pronuncie⁴⁹.

Lo anterior bien podría generar un cuestionamiento: ¿dónde queda entonces la prevalencia de los derechos de niñez y adolescencia, así como el espíritu de creación del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia?, recordar que el mismo no responde a una lucha antojadiza.

Retomando el tema principal propuesto, es de utilidad el confrontar algunas disposiciones derogadas con las vigentes: La Constitución Política de 1998 establecía que los menores de dieciocho años estarán sujetos a la legislación de menores y a una administración de justicia especializada en la Función Judicial; la Constitución de la República de 2008 ya no mantiene a la justicia especializada de niñez y adolescencia, entre las disposiciones contenidas en los artículos 44 al 46 relativos al grupo de atención prioritaria de niñas, niños y adolescentes, no se determinada nada, es en el tercer inciso del artículo 186 ibídem que prescribe que en cada cantón existirá al menos una jueza o juez especializado en familia, niñez y adolescencia y una jueza o juez especializado en adolescentes infractores.

De lo expuesto pueden surgir algunas interrogantes: ¿Se dismanteló la justicia especializada de niñez y adolescencia? ¿Qué tutela especializada garantizan a su vez las Unidades Judiciales Multicompetentes en aquellos cantones donde no se tienen creadas la de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia? ¿Obedece dicha regresividad a algún factor técnico-económico justificado?

Como se verifica la justicia de niñez y adolescencia en el país ha evidenciado algunas reformas, han existido avances, pero también aspectos que pueden considerarse regresivos; en ese sentido, mediante un sencillo ejercicio a través de una línea de tiempo

⁴⁹ “Ministro rechaza pronunciamiento de instancia municipal en caso Montufar”, *Diario la Hora*, miércoles 09 de marzo de 2016. <http://lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101923497/-1/Ministro_rechaza_pronunciamiento_de_instancia_municipal_en_caso_Mont%C3%BAfar_.html#.V8OKXZjhDIV>.

línea⁵⁰ se busca ordenar una secuencia de hitos sobre los avances en cuanto a la administración de justicia de infancia, constituyendo el hito primigenio y paradigmático la adopción y posterior ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, como hitos secundarios se tiene la Constitución Política de 1998, El Código de la Niñez y Adolescencia de 2003, la Constitución de la República de 2008, siendo importante el ubicar al Código Orgánico de la Función Judicial.

En un segundo momento, se recogen hitos importantes que cada uno de los principales originan sobre la tutela de derechos de infancia desde el año 1990 hasta el año 2015.

Gráfico 1
Línea de tiempo sobre principales hitos en la tutela de derechos de la infancia 1990 - 2015



Fuente: Legislación Histórica y Vigente.

Elaborado por: Roberto Veloz

Como se puede observar, el hito inicial constituye el año 1990 con la Convención sobre los derechos del niño. Dentro de las causas judiciales, para dicha época como se verá en el siguiente gráfico, la justicia en materia de niñez y adolescencia, estaba a cargo de los denominados Tribunales de Menores, los que sustanciaban conforme la legislación de la época: Código de Menores.

Posteriormente con la promulgación de la Constitución Política de 1998 ya se habla de grupos de atención prioritaria, así como de prevalencia de derechos de niñez y adolescencia.

En el año 2003 se promulga el Código de la Niñez y Adolescencia, el que se promulga con un enfoque de derechos diferente, el cual crea el sistema de protección especializado, así como involucra el paso de la administración de justicia a la función judicial, los 31 tribunales de menores que pertenecían al Ministerio de Bienestar Social pasaron a ser Juzgados de Niñez y a depender del Consejo Nacional de la Judicatura de

⁵⁰ “Qué es una línea del tiempo y cómo se organizan”, *Portal Educativo*, <<http://www.portaleducativo.net/movil/quinto-basico/507/Que-es-una-linea-de-tiempo-como-se-organizan#>>>.

la época. Se recoge el estándar internacional, se evidencia el cambio al enfoque de derechos y su titularidad por parte de niños, niñas y adolescentes, reconocimiento de la ciudadanía, etc.

Con la vigencia de la Constitución de la República de 2008, se evidencia una regresividad, ya no se habla de justicia especializada. Finalmente, se promulga el Código Orgánico de la Función Judicial donde se dispone la creación de las actuales unidades judiciales y jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia conforme ya se determinó. Existe un hito interno, la promulgación del Código General de Procesos, en el que inicia a visibilizar voces sobre la custodia compartida, coparentalidad y surgen los primeros colectivos en esa línea de exigibilidad de derechos. Incluso se sostenía que el archivado proyecto del Código del Ciclo de Vida derogaría al Código de la Niñez y Adolescencia. Lo anterior se traduce en una nueva línea del tiempo relativa a los agentes del estado que han estado a cargo de la tutela de derechos de la infancia:

Gráfico 2
Línea de tiempo sobre agentes estatales a cargo tutela de derechos de la infancia 1990-2015



Fuente: Legislación Histórica y Vigente

Elaborado por: Roberto Veloz

Entre los hitos conjuntos principales tenemos: la sustitución de la doctrina de la situación irregular por la del desarrollo integral, la prevalencia del principio del interés superior, surgen colectivos dedicados a la reivindicación de los derechos de niñez y adolescencia, movimiento por la infancia, primeras políticas públicas integrales, se definen ejes temáticos de trabajo como salud, educación, alimentación y justicia.

Ampliando la lectura de la última línea del tiempo y los cambios, así como reformas que se concretan, para la exvocal del Consejo de la Judicatura de Transición y actual miembro del Consejo de la Judicatura, Dra. Tania Arias, el modelo de gestión adoptado actualmente por el Consejo de la Judicatura optó por la creación de Unidades Judiciales, edificios funcionales, con cámaras de gesell, cuyas nuevas unidades han empezado a trabajar con un nuevo modelo de gestión que, sin necesidad de una reforma legal, permitiendo incorporar el principio de oralidad, con salas de audiencia equipadas con la más alta tecnología.⁵¹ Se tiene entonces una infraestructura desde un estándar funcional pero que no deja de incumplir las recomendaciones emanadas por organismos internacionales respecto de la especialidad y especificidad de la justicia de niñez y adolescencia.

Cabe añadir que el presupuesto asignado al Consejo de la Judicatura para el año 2015, conforme lo señala la fuente oficial del Ministerio de Finanzas, fue de US\$ 495,231,947.00.⁵² En esa línea el Presidente del Consejo de la Judicatura en la rendición de cuentas del año 2015⁵³ manifestaba que: “el acceso a la justicia, no solo significa más jueces, presencia judicial con mejores infraestructuras, sino que significa diversificación del servicio”, argumentando que con ese principio han buscado impulsar la mediación, para lo cual a su criterio se tiene presencia en prácticamente todos los cantones del país, más de 100 oficinas de mediación, más de 100 mediadores que trabajan y que permiten una solución de conflictos ágil y efectiva a través de la cultura del diálogo. Lastimosamente no se incorporan datos desglosados respecto de causas de niñez y adolescencia, tan solo se determina que en el año 2015 se habrían alcanzado 28.838 acuerdos de mediación.

El Código Orgánico de la Función Judicial - COFJ, publicado en el Registro Oficial Suplemento 544 de 09 marzo de 2009⁵⁴, en el artículo 233 establece que en cada

⁵¹ “Justicia Especializada para todas y todos, Memorias de un proceso”. Quito: enero. 2012 <<https://jadecristi.files.wordpress.com/2012/12/consejo-judicatura-memorias-ec.pdf>>.

⁵² Presupuesto General del Estado, “Consolidado por Consejo Sectorial-Agrupación Institucional Ejercicio 2015”, <http://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/12/9B.CN_Por-Consejo-Sectorial-Agrupaci%C3%B3n-Institucional-Gastos.pdf>. p. 3

⁵³ Consejo de la Judicatura, “Rendición de cuentas enero 2015 – enero 2016”. (Quito: marzo 2016), <<http://www.funcionjudicial.gob.ec/lotaip/documentosdirecciones/comunicacion/RendiciondeCuentas2016final.pdf>>.

⁵⁴ El año 2009 se presentó un informe alternativo relativo al cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño en el Ecuador, en el mismo se determina que uno de los problemas que enfrenta el país es el sistema de justicia colapsado por la cantidad de casos que llegan a los juzgados frente a una estructura deficiente en personal y recursos.

cantón existirá una judicatura de familia, mujer, niñez y adolescencia, conformada por juezas y jueces especializados de conformidad con las necesidades de la población. Lo que para sus precursores consolidó el cambio del modelo de gestión y crea lo que hoy se denomina juzgados de la familia, mujer, niñez y adolescencia, dejando de lado la especialidad y por consiguiente el que juzgadores/as asuman nuevas competencias que provocan saturación del trabajo, lo que se evidenció en el informe de la Veeduría Internacional de la Reforma Judicial de Baltazar Garzón⁵⁵ en el cual la Corte Nacional de Justicia dentro de su diagnóstico determina que no existen suficientes jueces especializados y, puntualmente en el tema que se investiga deja expresa su preocupación cuando advierte de los problemas evidenciados en los juzgados de niñez y adolescencia, manifestando que:

Por cuanto el Código Orgánico de la Función Judicial amplía sus competencias al extenderlas al conocimiento de casos contemplados en el primer libro del Código Civil, referente a la familia; y, en el libro cuarto, relativo a donaciones, legados y herencias. Esta nueva carga competencial agravará sin duda la situación al propiciar dilaciones importantes. Por tanto, para evitar que tal circunstancia acontezca, el CJt debería propiciar la reforma legislativa correspondiente, para evitar la desnaturalización de las competencias efectivas de estas judicaturas especializadas...”⁵⁶

Previamente se determinó en uno de los hitos de las líneas de tiempo, que se hablaba sobre una posible eliminación del Código de la Niñez ante una eventual promulgación del Código de Ciclo de Vida, proyecto de ley que no fue calificado por el Consejo de Administración Legislativa (CAL). En ese sentido, el doctor Farith Simon ha hecho pública su posición,⁵⁷ sosteniendo que el conjunto del proyecto era negativo y el enfoque equivocado, adicionalmente que sería una idea errónea el que no deben existir normas especializadas, postura válida. Lo que se podría resaltar dentro del proyecto de ley es la incorporación de las reglas sobre tenencia compartida, que recogía la demanda desde ciertos sectores sociales.

En resumen, el tener las actuales unidades judiciales desde lo arquitectónico y funcional, inclusive desde lo lúdico, puede considerarse una innovación, la existencia de las cámaras de gesell, el tener un espacio adecuado para garantizar que el niño/a y

⁵⁵ Baltazar Garzón, “Informe de Veeduría Internacional de la Reforma Judicial”, < <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/comunicacion/documentos/informeveduria.pdf>> 11 de mayo de 2012.

⁵⁶ *Ibid.*, 94

⁵⁷ Farith Simon, Ponencia: “Corresponsabilidad y derechos”. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, ponente en el *Foro sobre custodia compartida y corresponsabilidad parental*, 24 de mayo de 2016.

adolescente sea escuchado, son repertorios válidos; lo deficiente es que no se cuenta en todas las unidades judiciales, además que probablemente nunca se visibilizó, valoró y sustentó, que dicha medida podía considerarse regresiva ante los compromisos internacionales adquiridos desde los compromisos con la adopción de la Convención sobre los derechos del niño.

2.2. Análisis de la respuesta judicial ecuatoriana a la demanda del derecho al contacto efectivo de los padres con sus hijos

Partiendo de la protección reforzada que requieren niñas, niños y adolescentes ante su proyecto de vida, el principio de su interés superior y su desarrollo integral, el rol que debe garantizar la actual administración de justicia juega un papel preponderante, debiendo enmarcar su actuación a fin de buscar disminuir las brechas existentes, promoviendo el cambio aquellos patrones culturales imperantes, romper con la intervención adultocéntrica y reivindicar el derecho humano al contacto efectivo de niños/as y adolescentes con sus progenitores

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, (para el derecho humano investigado los niños, niñas y adolescentes), ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.⁵⁸ Como titulares de derechos y prevalentes los mismos, su derecho humano al contacto efectivo con sus progenitores debe garantizarse por parte del Estado y de la Administración de Justicia.

Para UNICEF: “El marco jurídico sobre protección y promoción de derechos de niños, niñas y adolescentes debe primar siempre y en todos los casos. Es decir, en caso de conflicto entre ambos estatutos normativos y tratándose de un menor de 18 años, siempre debe primar la Convención de los Derechos del Niño y las normas constitucionales”.⁵⁹ Por lo que, desde dicho posicionamiento correspondería a la

⁵⁸ Corte IDH. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261

⁵⁹ Unicef, “Observación escrita de Unicef sobre niñez migrante en América Latina y Caribe, Solicitud de Opinión consultiva sobre Niñez migrante presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Amicus Curiae, 2013, 7.

administración de justicia velar por su rol garantista y aplicar directamente la disposición constitucional y el estándar internacional.

A fin de articular y visibilizar si los distintos actores constitucionales, judiciales y administrativos de justicia están cumpliendo su rol aplicando el marco jurídico de protección nacional y supranacional, es relevante iniciar analizando cuál ha sido la línea de actuación desde el máximo organismo constitucional del país.

En ese sentido la Corte Constitucional del Ecuador, en su sentencia interpretativa No. 001-08-SI-CC⁶⁰, publicada Suplemento del Registro Oficial 479, 2-XII-2008 del 2 de diciembre de 2008, al referirse al Estado Constitucional de Derechos, sostiene que el mismo implica una reformulación que conlleva la aplicación directa de la norma que más favorezca, de lo que se colige que del análisis que realice el juzgador/a en cada causa sometida a su jurisdicción, constituye, no una prerrogativa, sino un mandato instituido constitucionalmente la aplicación de la disposición cuyo texto mayor tutela prescribe.

Por otra parte, al pronunciarse respecto de lo que conlleva un grupo de atención prioritaria ha manifestado que:

La aplicación de un concepto de trato preferencial, [...] especial protección o trato prioritario, tal como es tratado en nuestra Constitución (artículo 35), no es contrario o violatorio de un derecho a la igualdad por el efecto de "favorecer" a una o varias personas -lo cual agravaría aún más la brecha-, sino todo lo contrario, lo que busca es superar aquellas desigualdades que necesitan ser protegidas para que se pueda hablar de una verdadera igualdad dentro de una sociedad plural atravesada por relaciones de poder⁶¹.

Ante lo antedicho, es importante contrastar con el pensamiento de Tamar Pitch,⁶² de quien más adelante se recogerá con mayor profundidad su postura al abordar los patrones culturales imperantes, autora que cuando se refiere a la cancelación de normas discriminatorias y la promulgación de normas dirigidas a promover no sólo la paridad formal sino la sustancial, su utilidad para disminuir injusticias y legitimar pretensiones nuevas adquiere mayor intensidad.⁶³ Sin duda que el espíritu del artículo 35 de nuestra

⁶⁰ "Sentencia interpretativa de la Constitución de la República del Ecuador", *Resolución No. 001-08-SI-CC* de la Corte Constitucional, Suplemento del Registro Oficial 479, 2-XII-2008, en <http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/transparencia/sentencia_interpretativa_corte_constitucional.pdf>.

⁶¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso No. 0445-11-EP, 09 de octubre de 2014, 23.

⁶² Tamar Pitch es profesor de filosofía y sociología del Derecho en la Facultad de Derecho de Perugia, Italia. Su investigación se ha centrado en cuestiones relacionadas con la justicia penal, la relación entre el género y la ley, el control social, la cuestión penal, derechos humanos.

⁶³ Tamar Pitch. *Un derecho para Dos*, (Italia: Editorial Trota, 2003): 22

Constitución es disminuir las brechas existentes, marcadas por relaciones de poder, pero sobre combatir las desigualdades de aquellos grupos que históricamente han sido invisibilizados desde la titularidad de sus derechos, uno de ellos las niñas, niños y adolescentes.

Pitch aporta adicionalmente que el paradigma de la igualdad lleva a abrir un paréntesis entre diferencias y desigualdad.⁶⁴ Bien se podría ampliar lo antedicho desde un enfoque de derechos humanos y generacional, relativo a lo que se busca es además cambiar aquellos patrones culturales imperantes, romper con la intervención adultocéntrica y reivindicar el derecho humano al contacto efectivo de niños/as y adolescentes con su progenitor y progenitora.

Ahora bien, a pesar de la posición del máximo organismo constitucional, no siempre se ha garantizado dicha prevalencia sobre derechos de niñez y adolescencia, del universo de casos que ha conocido la Corte Constitucional desde la vigencia de la Constitución del Ecuador en dicha materia, además que se puede evidenciar una falta de una cultura constitucional con especial énfasis en los casos de niñez y adolescencia tanto de la misma Corte como las/os juzgadores/as, no necesariamente se mantiene un enfoque generacional y que su actuación no necesariamente se enmarque privilegiando su titularidad.

Existen pronunciamientos en los cuales por ejemplo la Sala de Admisiones de la Corte, al inadmitir algunas consultas elevadas en temas de niñez y adolescencia, desde lo formal, cuando se pronuncian han transcurrido dos meses desde de la presentación, lo que deriva en que se encuentra sin competencia temporal, incumpliendo el precepto instituido de pronunciarse en 45 días.

En la Sentencia Constitucional No. 004-13-SCN-CC, 28 de febrero de 2013, causa que versa sobre derechos de reconocimiento de paternidad y alimentos del niño NN; quien, además de constituir grupo de atención prioritaria, mantiene una condición de doble vulnerabilidad, en una parte del análisis que realiza recuerda a los jueces de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia:

Bajo el amparo del principio de interés superior del niño, principio consagrado en varios instrumentos internacionales como en la Declaración de los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños gozan de una protección especial, [...]. En este sentido, todas las medidas legales que se adopten deben atender al

⁶⁴ *Ibid.*, 146.

interés superior del niño, principio reconocido en la Constitución de la República, en el artículo 44 [...]»⁶⁵.

Dejando expreso que todo juzgador deberá emplear en forma efectiva y oportuna todos los mecanismos y garantías que establezcan la Constitución y la ley de la materia, siempre a favor del niño, llamando la atención ante el hecho que las juezas y jueces no pueden limitarse a una interpretación aislada de la norma procesal, estableciendo además que debe efectuarse un riguroso proceso de interpretación integral de los principios y normas constitucionales y ponderar con los derechos constitucionales de los niños, como grupo de atención prioritaria.

Lo utópico es que en la presente causa, el 11 de febrero de 2011 llega a la Corte Constitucional y recién dos años después, esto es, el 13 de febrero de 2013, se pronuncia, claro desacato a la disposición constitucional; lo que a pesar de la fundamentación y llamado de aplicación inmediata de las medidas que aseguren los derechos del niño NN; la misma Corte al pronunciarse dos años después, evidencia una contradicción en su actuación tutelar como máximo organismo que garantiza la vigencia de derechos y garantías constitucionales.

Por otra parte, en la Sentencia No. 048-13-SCN-CC, dentro de la causa constitucional signada con el No- 0179-12-CN y Acumulados la misma Corte Constitucional manifiesta que:

Cabe anotar que el principio de igualdad y prohibición de discriminación en el contexto de la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes adquiere un cariz especial. La Convención sobre los Derechos del Niño extiende la posibilidad de verificar discriminación, no solo en razón de condiciones personales propias de niños, niñas y adolescentes, sino también respecto de aquellas atribuibles a sus padres y representantes.

Hasta el momento, se evidencia que hay un elemento primordial que no es asumido por nuestro máximo organismo, en ninguna de sus fundamentaciones y motivaciones se refleja y/o recoge el enfoque generacional, lo que genera preocupación.

Cuando se pronuncia respecto de la prevalencia de los derechos de niños, niñas y adolescentes recogida en el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador, la delimita como "principio de trato prioritario" manifestando que se halla adosado en su redacción al principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, constituyendo ambas normas constitucionales independientes y, aunque se articulan entre sí de manera muy particular, tienen un contenido jurídico diverso. Mientras el interés superior del niño manda a estimar la condición de niños, niñas y adolescentes en las decisiones que les

⁶⁵ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 004-13-SCN-CC.*

afecten; el principio de trato prioritario manda a hacer lo propio, cuando se relacionan los derechos de niños, niñas y adolescentes con los de otros sujetos cuyos derechos también se hallan en la balanza. Es decir, es un principio de interrelación entre los derechos fundamentales en general y aquellos cuando el titular es parte del grupo humano niñez y adolescencia.

En otra sentencia de la misma Corte Constitucional, signada con el No. 131-15-SEP-CC, de 29 de abril de 2015 cuyo antecedente es que un ciudadano presenta una demanda en primera instancia solicitando se declare la falsa calidad de padre respecto del niño NN, el juez aceptó la excepción de improcedencia de la acción deducida por la demandada y la desechó. En sentencia, el juez determinó que la acción deducida constituía una impugnación de paternidad de un hijo concebido dentro del matrimonio, por tanto, le es aplicable lo previsto en el artículo 236 del Código Civil, que limita a sesenta días el plazo para que el padre impugne la paternidad del niño habido en matrimonio. El accionante interpuso recurso de apelación, donde se confirmó la sentencia subida en grado, rechazando la demanda por considerar que ha caducado el derecho para intentar esta acción. Se interpuso recurso de casación, mismo que fue resuelto por parte de la Corte Nacional determinando que los jueces de instancia habían dejado de lado circunstancias que debían ser tomadas en cuenta para la aplicación del artículo 236 del Código Civil, por lo que casó la sentencia y en su lugar se dictó sentencia de mérito, en la cual desecha la demanda por falta de pruebas.

Si bien la Corte realiza una interpretación válida, la misma no mantiene un enfoque de derechos humanos, menos generacional, se queda corta, no se pronuncia expresamente sobre un hallazgo importante, que más adelante se lo desarrollará con mayor profundidad, es cómo los patrones culturales y el adultocentrismo no está exento de la esfera del litigio, ya que la madre y su profesional del derecho, mantienen que la práctica del examen de ADN era inoficioso ante una presunta reclamación prescrita, lo que invisibiliza los derechos de su hijo, quien decide es su madre, el abogado solo actúa con lo que la ley determina, los juzgadores no fallan garantistamente, en concreto ninguno de los actores tutelan efectivamente el derecho humano del niño a la identidad y posterior derecho humano a mantener contacto efectivo con su verdadero progenitor, podía la Corte Constitucional realizar una importante argumentación e interpretación que articule las disposiciones constitucionales, estándares internacionales y aterrice en una sentencia que

siente un precedente con enfoque generacional. Se limitó a resolver, pero no fue más allá conforme sus altas competencias.

Clara diferencia con jurisprudencia de otro organismo de la misma jerarquía, como es la Corte Constitucional Colombiana que desarrolla y determina que: “El derecho a tener una familia y a no ser separado de ella exige que cuando se esgrime el interés superior del menor, para exceptuarlo, se demuestre plenamente que este es real, **independiente del criterio arbitrario de los padres**, y necesario como garantía cierta del desarrollo sano de la personalidad del menor”.⁶⁶ (el énfasis me pertenece)

Resaltar que lo sostenido por la Corte Constitucional de Colombia, permite sustentar cómo los patrones culturales perviven, se abordará los mismos en el siguiente subcapítulo.

En resumen, el análisis de la respuesta de la justicia constitucional ecuatoriana no es muy significativo, se tienen precedentes, pero que no garantizan efectivamente la prevalencia de los derechos de niñez y adolescencia que se invocan.

Prosiguiendo con la revisión de la respuesta judicial en otras jurisdicciones en nuestro país, la Corte Nacional de Justicia, tiene causas donde se puede destacar su argumentación e interpretación, un ejemplo es la Sentencia signada con el No. Juicio No. 253-2012.⁶⁷ La Jueza ponente realiza un análisis interesante, parte manifestando que le corresponde a la justicia precautelar al mismo tiempo el derecho que tiene el padre de relacionarse con su hijo y obligando concomitantemente a la madre a proporcionar los medios y el espacio adecuado para que padre e hijo se mantengan en permanente comunicación, lo hace citando estándares internacionales, puntualmente el Art. 9 número 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, determina que:

En tal virtud, la disposición de que se continúe el contacto entre el padre y el niño, por un lado, ha de entenderse estrictamente como el medio idóneo para garantizar el ejercicio pleno del derecho del niño a mantener la relación con su progenitor, lo que se aspira contribuirá de manera determinante a que alcance el desarrollo integral de su personalidad, que es posible sólo cuando se encuentran satisfechas sus necesidades de afecto, protección, cuidado, seguridad y apoyo emocional, lo que se puede alcanzar con la participación activa de los padres, quienes a pesar de encontrarse distantes o separados

⁶⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, “Sentencia” No. T-408/95, Santa Fe de Bogotá, D.C., 12 de septiembre de 1995.

⁶⁷ Recurso de casación que se interpone por parte de un padre contra el auto resolutorio pronunciado por la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, mismo que confirma el fallo de primera instancia dictado por la Jueza Temporal del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia del Azuay, que niega la petición de restitución internacional del niño NN propuesto por la Socióloga Sara Oviedo, Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, por petición del padre del niño

del niño, deben a través de la comunicación o contacto permanente coadyuvar en su formación; y, por otro lado, como la obligación que pesa sobre la madre de proporcionar los medios y propiciar los espacios necesarios para que dichos contacto y comunicación entre padre e hijo se desarrollen, puesto que con la resolución del juez, pasó de ser un simple deber moral a una orden judicial tendiente a garantizar tanto los derechos del hijo como los del padre a enriquecer su relación filial

A diferencia de lo analizado en los pronunciamientos del máximo organismo constitucional ecuatoriano, de la lectura del párrafo anterior se puede apreciar el enfoque que la juzgadora mantiene.

En otra causa, la misma jueza ponente,⁶⁸ señala que lo que hay que garantizar al niño/a y adolescente, para lo cual cita a Malaurie, quien sostiene que:

en materia de filiación no existe una sola verdad, sino muchas verdades: la afectiva (verdadero padre es el que ama’); la biológica (‘los lazos sagrados de la sangre’); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual (‘para ser padre o madre es necesario quererlo’); la del tiempo (‘cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo’).

Lo que ratifica que la juzgadora no escatima en utilizar todos los mecanismos que le permitan desde un análisis integral argumentar cobijada por la titularidad del derecho de niñas, niños y adolescentes.

Aterrizando dentro del derecho humano al contacto efectivo, la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia Corte Nacional de Justicia del Ecuador ha establecido en su Resolución No. 079-2013 dentro del Juicio signado con el No 57-2013, en el punto tercero que:

Es obligatorio para los juzgadores, garantizar de manera efectiva el cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 44 de la Constitución de la República y el Art. 9 numeral 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que recogen el derecho de niños, niñas y adolescentes al desarrollo integral, en un entorno familiar de afectividad y seguridad, ya que junto con el régimen de tenencia asignado, en este caso, al padre se garantiza, el derecho de visita de su madre, por lo cual se fijan los derechos y obligaciones de uno y otro progenitor.

Argumentación compaginando disposiciones constitucionales y estándares internacionales, pero que además incluye los derechos derivados de la relación paterno y materno filial.

⁶⁸ Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia, “Resolución” 2013, *juicio ordinario No. 032-2013* (Recurso de Casación), 12 de septiembre de 2013, 7.

Finalmente, el estudio incluye una causa ante un juez de primera instancia y apelación ante la Sala respectiva de una Corte Provincial, la causa es la signada con el No. 17203-2013-45987, los antecedentes se refieren al ejercicio de una acción para modificación del régimen de visitas que obtiene la resolución respecto de suspender las visitas que ante acuerdo previo habían llegado el padre y madre de la niña NN mediante acuerdo conciliatorio.

Elementos de análisis, el primero relativo al acuerdo previo, validado mediante auto resolutorio su incumplimiento, y el segundo la presentación de una demanda respecto de la modificación/disolución de visitas, la que es negada por el juez sustanciador de primera instancia, conllevando se ejerza el recurso de apelación ante la Sala Provincial, la que confirma el auto resolutorio subido en grado.

Como hallazgos hay elementos relevantes, por ejemplo, cuando en los informes del equipo técnico se deja sentado que se evidencia influencia de la madre:

En la entrevista psicológica se evidencia que la adolescente NN tiene un discurso muy marcado y polarizado en contra de su padre, lo cual puede estar siendo influenciado directamente por su madre, la señora [...], quien estaría proporcionando información a la adolescente acerca de supuestos comentarios que su padre hace en contra de ella: “mi papá ha dicho cosas malas de mi [...].”⁶⁹

Puede parecer inverosímil, pero siguen manifestando los patrones culturales imperantes cuando la profesional en sus conclusiones sostiene que la propia adolescente manifiesta que es su madre quien le dice que está bien no tener contacto con el padre. Clara conducta adultocéntrica que no garantiza a la titular su derecho al contacto efectivo con su padre. Lo anterior deriva en la decisión que se toma en la apelación:

Con fundamento en las disposiciones contenidas en los artículos 44 de la Constitución de la República del Ecuador y lo establecido en el Art. 123 del Código de la Niñez y Adolescencia; el Tribunal de esta Sala, RESUELVE: Es obligación de los juzgadores velar por la vigencia del principio del interés superior del niño, procurando siempre un desarrollo integral, buscando el desarrollo de sus potencialidades, en su mente, en su espíritu y que sea lo mejor para su vida y existencia en esta sociedad, con el propósito de buscar una familia equilibrada dentro de las cualidades positivas, que marcan la nobleza y el amor, para que en ese entorno [...], pueda ser feliz en toda su vida, a la luz de la motivación expuesta, bajo el principio de razonabilidad se rechaza el recurso de apelación [...] y se confirma el auto resolutorio venido en grado.

⁶⁹ Corte Provincial de Justicia-Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Quito, Provincia de Pichincha, *Causa No. 17203-2013-45987*, 2.

Por otra parte, se puede apreciar en la misma causa que el padre, ha mantenido de igual forma patrones culturales valorables, verificado las relaciones de poder entre padres e hijos/as. De la misma forma, en todos los informes donde se ha recogido la versión de la adolescente NN y que es comprobado por el propio juzgador, de viva voz manifiesta sus temores respecto de la conducta de su padre, haciendo prevalecer su derecho de ser escuchada lo cual es recogido directamente en la decisión del juez. Nuevamente recordar la Observación General No. 12 por parte del Comité de Derechos del Niño cuando determina que los Estados partes deben considerar a los niños como un grupo que debe ser escuchado, por lo que el Comité recomienda enérgicamente que los Estados partes hagan el máximo esfuerzo por escuchar a los niños, además se requiere ofrecer un entorno que permita al niño ejercer su derecho a ser escuchado ya que las opiniones expresadas por éstos pueden aportar perspectivas y experiencias útiles⁷⁰.

En conclusión, de todo lo expuesto, tras la revisión de causas en las instancias judiciales, el máximo organismo de justicia constitucional se limita en sus pronunciamientos; por el contrario, la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia mantiene un estándar elevado, lo que adicionalmente ha permitido encontrar hallazgos importantes para sustentar desde la praxis del sistema judicial cómo se replican las conductas por parte de los adultos; finalmente, hay precedentes que dentro de los mecanismos de exigibilidad desde la dimensión judicial deben ser actuados e invocados, lo que obliga a los profesionales del derecho a estudiarlos y replicarlos, quizás con la vigencia en mayo del Código General de Procesos, el cual exige de una mayor preparación y argumentación dentro del sistema oral permita consolidar lo antedicho.

2.3. Análisis de los patrones culturales imperantes dentro del litigio por el derecho humano al contacto efectivo de los hijos/as con sus progenitores.

Conforme los hallazgos encontrados hasta este momento, los patrones culturales constituyen uno de los conceptos nucleares más importantes dentro de la presente investigación, confirmando desde la praxis en la revisión aleatoria de algunas causas judiciales que los mismos perviven dentro del litigio del derecho humano al contacto

⁷⁰ Organización de las Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. “Observación General No. 12. *El derecho del niño a ser escuchado*. CRC/C/GC/CO/12. 20 de julio de 2009. p. 12.

efectivo de hijos/as con sus progenitores, siendo uno de los mayores obstáculos a fin de garantizar el ejercicio y garantía del derecho humano estudiado de niñez y adolescencia.

Por lo tanto, es importante conocer, qué son, en qué consisten éstos patrones culturales, para lo cual el Fernando Pieschacón, conjuntamente con otros autores, en un estudio exploratorio sobre los mismos, señalan que consisten en esquemas de conducta social que se repiten sistemáticamente y que están determinados por una ideología, idiosincrasia, normas y valores, propios de un grupo social determinado. Continúan determinando que:

Los patrones culturales son tipos de situaciones prácticas. En ese sentido, se define cada patrón cultural como un conjunto de formas aprendidas de interactuar, en el marco de formas aprendidas de construir contextos para la acción. Lo que se identifica al hablar de un patrón cultural es una forma de organizar acciones. En tanto un patrón cultural es una herramienta explicativa y no una realidad ontológica; el tipo de prácticas que conforman un patrón cultural es definido de acuerdo al fenómeno que se requiere estudiar.⁷¹

En las sentencias revisadas, las mismos permiten identificar dichas conductas sociales, que se repiten, por parte de todos los actores dentro de la esfera de litigio por el derecho humano al contacto efectivo.

El Plan Nacional de Erradicación de la Violencia⁷², brinda otro aporte interesante sobre los mismos cuando define:

Patrones culturales: La cultura está conformada por valores, prácticas, relaciones de poder y procesos sociales, políticos y económicos, que se entrelazan en la vida cotidiana de las personas y de las comunidades creando patrones culturales que no son de manera alguna un conjunto estático y cerrado de creencias y prácticas. En este conjunto de creencias y prácticas, de patrones culturales, que fluyen y cambian llamado cultura, existen actitudes o conductas que perpetúan y generan prácticas que entrañan violencia o coacción basada en género, puesto que se (re)producen en la atribución de funciones estereotipadas a hombres (niños, jóvenes y adultos) y mujeres (niñas, jóvenes y adultas) en las que se considera a niños, niñas adolescentes y mujeres, como subordinados.

Lo cual, si se lo articula con el derecho humano investigado, aquella subordinación, es la misma que en la entrevista con Manuel Martínez⁷³, refería sobre la capacidad que como titulares de derechos tienen las niñas, niños y adolescentes, los que

⁷¹ Fernando Pieschacón y otros, *Estudio exploratorio de patrones culturales que contribuyen a la vinculación de niños, niñas y jóvenes a los grupos armados en Colombia*. (Bogotá: Corporación Alotropía, 2006), 9.

⁷² Ecuador, Plan Nacional de Erradicación de la Violencia, 2008. <file:///C:/Users/user%20hp/Desktop/RVN%202015/plan_erradicacionviolencia_ecuador%20enfoque%20de%20g%C3%A9nero.pdf>.

⁷³ Manuel Martínez, entrevistado por Roberto Veloz, Quito, 05 de enero de 2016.

se ven sometidos a las decisiones que toman sus padres/madres en litigios que no necesariamente involucra el que sean escuchados.

Estos prejuicios y prácticas pueden llegar a verse como una forma falsa de protección o dominación, ya que las tradiciones culturales pueden perpetuar la desigualdad y la discriminación de una generación a la siguiente, al igual que los estereotipos de género permanecen ampliamente aceptados sin que nadie los ponga en tela de juicio.

La autora Tamar Pitch, en su obra *Un Derecho para Dos*, brinda algunos aportes interesantes, no todos podrán compartirse, pero no dejan de ser preponderantes, la misma cuando se refiere a las relaciones familiares, entre madres e hijos y entre mujeres y maridos, se refiere sobre lo paritario, para quien en nombre de esa paridad:

Cónyuges y progenitores, madres y padres, aparecen desde el formalismo del derecho, como sujetos neutros y asexuados, antes que con iguales. Lo que no genera problemas cuando la familia se mantiene unida, pero en caso de separación, la paridad se resuelve en un aumento de poderes de los padres y de sus posibilidades de chantaje y un correlativo debilitamiento de las razones de las mujeres madres⁷⁴.

Continúa sosteniendo que cuando el matrimonio se deshace, algunas de las consecuencias que pueden observarse, es la debilitación de la figura materna⁷⁵, si lo hacemos extensivo desde un enfoque integral, no está exenta la debilitación del rol paterno, quizás no en los mismos porcentajes, pero no puede dejarse de lado desde un análisis complementario el que ambos roles pueden verse afectados.

Lo antedicho puede ser verificable, para lo cual retomando una de las causas estudiadas, el proceso signando con el No. 17203-2013-45987 por suspensión de acuerdo de regulación de visitas; primero se observó la conducta de parte de la madre y, se puede valorar lo mismo respecto de la del padre, cuando en la versión la adolescente NN, manifiesta:

mi padre fue a mi domicilio y me dijo que no le gusta ir a mi casa y yo le respondí que si no le gustaba ir que no vaya entonces mi padre se puso grosero me dijo que él es mi padre y yo tengo que respetarlo, además dijo que él puede ir con la fuerza pública a verme y que tengo la obligación de verle, desde esa fecha no he tenido contacto con mi padre porque yo no deseo verlo porque es violento, grosero malcriado.

En lo dicho por parte de la adolescente, hay una relación de poder, replicando aquellas conductas que se reproducen por parte del mundo adultocéntrico, para quienes

⁷⁴ Tamar Pitch, 20.

⁷⁵ *Ibid.*, 121.

no hay derecho, sino una obligación, construcción que no invisibiliza a la titular del mismo.

En un artículo sobre pautas para la antropología de la crianza, sus autores sostienen que ésta puede aportar mucho para rescatar esas otras miradas que tienen los diversos grupos sociales y culturales sobre lo que se supone “ser un niño”, su definición no puede leerse ni ahistórica ni unívocamente en esos diferentes contextos. Continúan manifestando que la noción de infancia o la noción de niño requiere explicar que ellos no son simples objetos pasivos de la socialización de instituciones como la familia y la escuela, sino que ellos elaboran y aprenden su socialización, así como enfrentan y, a veces, sortean los diferentes papeles que deben jugar dentro de los diferentes entornos donde se relacionan. Los niños son vistos “como continuamente asimilando, aprendiendo y respondiendo a los adultos, teniendo poca autonomía.”⁷⁶

Lo que, si se aterriza con la sentencia anterior, se ve que la adolescente, conforme la postura de su progenitor, carece de autonomía, las decisiones las impone el adulto, para el caso su propio padre. Adicionalmente, compartiendo una de los aportes de Tamar Pitch, tiene sustento cuando determina sobre que los derechos nacen de un pacto viciado del que se evidencia exclusión histórica y tradicional, y que los varones en calidad de maridos se aseguran sumisión y obediencia, pudiendo añadir que no solo respecto de las madres, sino de los propios hijos/as como en la sentencia estudiada.

Un aporte desde otro enfoque, nos brinda el poema denominado “*contradicciones de la igualdad*”, en cuya lectura se nota la incidencia que han marcado los patrones culturales dentro del derecho humano que investigo:

Se lucha contra roles y estereotipos de género machistas desde corrientes feministas igualitarias, exigiendo la consolidación legal y judicial de dichos roles y estereotipos de género, imponiendo la carga del cuidado familiar a la mujer, y del sostenimiento económico del hogar al hombre, educando a nuestros niños y niñas del hoy en desigualdad desde la igualdad.

Se quitan custodias en nombre de la corresponsabilidad. Se rompen familias en nombre del interés del menor. Se convierte al padre en visitador-pagador, y se premia el no compromiso, el callar y pagar sin molestar, mientras se cuestiona, se criminaliza, se estigmatiza al hombre que quiere ejercer de padre.

En esa misma línea, Catherine Henry, abogada y mediadora familiar, desde un enfoque generacional, valorando al titular del derecho humano, acertadamente señala que

⁷⁶ Deisy Goncalvez, Francisco Franco, Universidad de Los Andes Escuela de Historia, *De la niñez como noción cultural a las pautas de crianza*. Notas para una antropología de la educación inicial, <<http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/30874/1/articulo4.pdf>> 81.

lo que se busca es tener entre las ex parejas una comunicación clara, completa, evolutiva, desprovista de toda carga emocional, en el estricto interés del niño⁷⁷.

Sin duda, los patrones culturales no solamente pueden distinguirse desde los roles paterno y materno, pueden existir juzgadoras/es que en su momento podrían igual mantener determinados prejuicios, son seres humanos, para dichos casos la Corte Constitucional de Colombia ha pronunciado algo relevante en la Sentencia C-145 de 2010, argumenta que si bien se autoriza a un funcionario, que bien puede estar prejuiciado por los acontecimientos propios del proceso de filiación para que resuelva acerca de un litigio que requiere de un juez que además de independiente y autónomo, se deberá cumplir con los requerimientos de neutralidad e imparcialidad consustanciales a la definición sobre los derechos del niño/a, el principio de su interés superior, su naturaleza de persona constitucionalmente considerada como “sujeto de especial protección⁷⁸”, esto último que aterriza en el análisis desarrollado sobre los tipos de jueces en el primer capítulo.

El profesor Adolfo Alvarado Velloso sostiene que el juzgador/a tiene que ser, imparcial, y no puede serlo de otra manera; si no lo es el proceso pierde su naturaleza y se subvierte en un instrumento de opresión y de arbitrariedad, de igual forma sostiene que las partes, deben ser iguales; si no lo fueran, se disuelve la función pacificadora del proceso y se transforma en un escenario de guerra regulada, que concede el favor del triunfo a la parte más fuerte⁷⁹. Resaltar aquella función pacificadora, antes que el litigio pase a ser una guerra adultocéntrica.

En conclusión, de todo lo aportado en el presente capítulo, el nacimiento del Sistema Especializado de Administración de Justicia de Niñez, cumplió en su momento histórico con recoger el estándar internacional desde la promulgación de la CDN y superó el reto que involucró, si bien no ha estado exento de problemáticas, las mismas han sido generadas, más que por el propio sistema, por autoridades e interpretaciones desde su posicionamiento. Lo que, si preocupa, es cómo la justicia especializada de niñez y

⁷⁷ 10 reglas para una coparentalidad sana, La coparentalidad ¿cómo funciona? <<http://www.guia-coparentalidad.com/#la-coparentalidad>>.

⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia* C-145/10, “Igualdad de derechos y obligaciones entre los hijos-No discriminación por razones de nacimiento”. 2010. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-145-10.htm>>.

⁷⁹ Adolfo Alvarado, *La imparcialidad judicial*, <<http://www.adolfoalvarado.com.ar/Pdf/2009/ActivPublicistica/ArticulosdeDoctrina/LaCdeIDPC-XTJyDP-AAV.pdf>>.

adolescencia, ante reformas y cambios legales e institucionales, pueda derivar en que se la tome como una deslegitimación de toda una lucha histórica y reivindicatoria, pero sobre todo que pueda caer en considerarse una regresividad en cuanto a todos los avances concretados y que constituyen recomendaciones y observaciones por parte de organismos internacionales.

Por otra parte, dentro del muestreo aleatorio respecto de algunas causas judiciales, preocupa la falta de enfoque dentro de las sentencias por parte de algunos organismos del Estado, lo que se traduce visibilizando que en el litigio sobre el derecho humano que se estudia, se verifique que siguen imperando determinados patrones culturales que mantienen algunas brechas, tanto desde el ejercicio, como de la tutela efectiva y garantía del derecho humano al contacto efectivo, en el cual todos los actores y dentro de cada uno de sus roles, los siguen visibilizando, que afecta, tanto a madres, como a padres, pero sobre todo al titular del derecho, los hijos/as.

Finalmente, resaltar que lo que se debe buscar es un proceso de comunicación desprovista de cargas emocionales por parte de todos los actores dentro del litigio, exento de relaciones de poder, dejar las pretensiones solo desde el mundo adultocéntrico, privilegiando hacerlo desde el interés del niño/a. Como manifiesta la misma Corte de Colombia:

por encima de las desavenencias existentes entre los padres, éstos tienen el deber primordial de promover y proteger el derecho fundamental del hijo/hija a tener una familia y a no ser separado de ella, lo que involucra a que se tutele efectivamente su derecho a mantener contacto efectivo con el progenitor/a separado/a, que privilegia un genuino interés superior suyo, pero que a la par involucra no cercenar su autonomía, así como garantizar la independencia de su personalidad jurídica.⁸⁰

En resumen, todo mecanismo de exigibilidad estratégica al derecho humano al contacto efectivo de niñas, niños y adolescentes con su progenitor/a, debe garantizar relaciones sostenibles enmarcadas en el principio del interés superior y la doctrina de su desarrollo integral, donde el rol de todo juzgador/a es construir las mismas desde un garantismo integral, incluso facultado para promover un activismo judicial, que invite a comprender las instituciones propias de los sistemas de protección de estos grupos de atención prioritaria, sean nacionales, regionales o suprarregionales, así como una verdadera instrumentación y argumentación desde los estándares internacionales.

⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia” No. T-408/95, 10.

2.4 Análisis de causa emblemática planteada dentro de un proceso judicial en el Ecuador.

Para este acápite, se ha buscado y considerado una causa emblemática, que permita compaginar todo lo hasta el momento aportado, la misma que se la resalta por su innovación y garantismo, así como por su integralidad e incluso un importante activismo construido por parte de todos los actores dentro del litigio. A través de la sentencia que se analizará se podrá verificar cada uno de los conceptos nucleares propuestos. A fin de contar con un integral aporte, se realizó una entrevista al juzgador que la sustanció, la que permitió conocer aspectos trascendentes del caso, el pensamiento y motivación del juez, el papel que jugaron los profesionales del derecho, el rol del padre y de la madre, pero sobre manera resaltar que la resolución la construyó el propio adolescente al manifestar su deseo y ser escuchado a pesar de ser una persona en doble condición de vulnerabilidad⁸¹.

Esta resolución considerada un precedente importante para efectos de este trabajo académico, es emitida por un Juez de Cotopaxi, en la cual otorga una custodia compartida⁸², figura jurídica que si bien no se encuentra recogida en la legislación nacional, ha generado algunas voces a nivel internacional, a favor y en contra, así como ya ha sido recogida en varias legislaciones, particularmente en Europa y Norteamérica, México y Chile dentro de los países del continente, pero que de la misma manera ha permitido el surgimiento de varios mecanismos de exigibilidad sociales a fin de que sea incorporada en sus normativas internas⁸³.

Contrastando posicionamientos respecto de la custodia compartida y partiendo desde su contexto histórico, la autora Tamar Pitch ha manifestado que si bien

⁸¹ Dr. Carlos Viera, Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, entrevistado por Roberto Veloz, Latacunga, Provincia de Cotopaxi, 24 de agosto de 2016. Anexo Digital 2.

⁸² Consejo de la Judicatura, Juzgado de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, “Sentencia” Causa No. 05202-2013.4609. (Anexo Documental 1)

⁸³ En Puerto Rico por ejemplo su legislación al referirse a la Custodia Compartida manifiesta que implica el arreglo mediante el cual los (las) niños(as) pasan parte de su tiempo con uno de los progenitores y parte con el otro. Estos arreglos pueden variar desde residir exclusivamente con uno y sólo tener contacto con el otro equivalente a las visitas, hasta dividir el tiempo entre los padres ya sea por semanas o por meses. Los tribunales pueden adjudicar y distribuir la patria potestad y custodia entre los excónyuges independientemente del superado concepto de culpa en el divorcio, el criterio rector será el mejor bienestar del niño/a.

históricamente la patria potestad en un inicio sometía a la autoridad paterna, posteriormente reconoce a la madre dicha preferencia, posteriormente encasillando a la madre como mala esposa y de quién derivan todos los problemas⁸⁴, si bien lo sostenido nuevamente podría reafirmar que sigue siendo una discusión desde el modelo adulto y no desde los derechos reales, formales y sustanciales de niñez y adolescencia, no se puede desconocer que no es menos cierto lo afirmado, sin embargo, esta investigación aborda la temática desde la construcción y retos del nuevo paradigma de niñez y adolescencia, los mismos que cuando se cumplen deben concretarse no sólo en su efectividad sino adicionalmente dejando de lado el conflicto adultocéntrico que se ha verificado impera en el litigio.

La autora mantiene una afirmación valiosa cuando dice que con frecuencia el conflicto entre autoridad materna y paterna, lo que debe buscar es ejercer un cambio hacia la maternidad y paternidad responsables, desde la misma corresponsabilidad. Otra reflexión que realiza es que la familia ha pasado de ser jerárquica y autoritaria a ser igualitaria, el creciente desinterés público hacia las relaciones entre los adultos pasó al interés hacia los niños, continúa determinando que hoy en día esa tutela de sus intereses y derechos es la que sirve para ejercer un control público sobre las relaciones familiares, quizás discrepable, si lo confrontamos con la teoría que se expuso en el primer capítulo relacionada con que históricamente la infancia ha sido sujeto de control por parte de los adultos.

Ya refiriéndose a la custodia compartida, Tamar Pitch habla en su obra sobre las nuevas tendencias, tal es el caso de la custodia compartida, la que genera voces crecientes a favor desde lo que Pitch denomina opinión pública, quien además sostiene que se pide la misma como garantía de los derechos de la infancia a mantener en sus vidas la figura tanto del padre y la madre, representando en países anglosajones la perfecta equivalencia en los progenitores, su neutralidad, su desexualización, pero prosigue que los sondeos, revelarían consecuencias contrarias, concluyendo que la custodia compartida, auspiciada en favor de los derechos de los niños, se presta a reinstaurar o a mantener la autoridad y el control masculino, no sólo sobre los hijos sino también sobre las ex esposas.⁸⁵

⁸⁴ Tamar Pitch, 125.

⁸⁵ *Ibid.*, 157.

Otro aporte, desde otra postura es la que se da en los Estados Unidos Mexicanos durante una ponencia de un alto magistrado en la que se analizó que:

La institución de la custodia compartida, coparentalidad o responsabilidad parental conjunta, constituye un derecho humano no solo de los padres, sino principalmente del menor, con base en el principio del Interés Superior del Niño y así debe fijarse en los efectos de la concesión del amparo, con el objeto de constreñir a la autoridad responsable a que analice tal posibilidad y erradicar con ello la decisión constante en el sentido de que únicamente, sin mayor argumentación, le corresponde en exclusiva a la madre, solo porque así lo marca la ley local, pudiéndose apoyar además para fundar y motivar su criterio en varios estudios de profesionales expertos, de asociaciones civiles o del derecho comparado, específicamente en legislaciones y sentencias de distintos países, que demuestran más bondades que desventajas.⁸⁶

Como se puede valorar, existen voces que la defienden o la critican, las dos con amplios argumentos y estudios; no obstante, la resolución del juez que se estudia, brinda varios elementos interesantes y relevantes que deben ser tomados en cuenta, para ello iniciar determinando que la misma constituye la revisión de una medida de protección otorgada en contra de una madre, quien mantenía un trastorno bipolar depresivo, que fue producto del círculo de violencia intrafamiliar que había padecido y vivido años atrás, por lo que previamente y ante otro juzgado se había dispuesto la designación de una tutora provisional a favor de la abuela paterna, de la misma forma se reguló un régimen de visitas. Posteriormente, la madre solicita la revisión de la medida de protección vigente. Dicha valoración por parte del estado de salud de la madre era utilizado e invocado para que no se le permita contacto efectivo con su hijo, y de hecho así se lo consideró por mucho tiempo.

El hito relevante es que se tenía de por medio a un niño/adolescente con doble condición de vulnerabilidad, primero ante la protección reforzada que se ha analizado debe garantizarse dentro de su proyecto de vida y, principalmente ya que el niño mantiene una discapacidad intelectual del 59%.

El 12 de marzo de 2015 se escuchó al adolescente dentro de la cámara de gesell, derivando en la entrevista grados de intervención a fin de manipular sus decisiones y autonomía, por parte de la abuela paterna, generando de manera inconsciente una postura hacia la madre.

El juzgador sustenta, argumenta y resuelve desde una construcción que valora la dualidad del derecho, y la aterriza, cuando privilegiando el interés superior del

⁸⁶ Froylan Borges, Ponencia, Segunda Reunión Regional del Consejo de la Judicatura Federal, 2012, <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.ijf.cjf.gob.mx/segundareunionregion al/Mesa%25202%2520Ponencia%252024.pdf>>.

adolescente, dispone se otorgue la figura de la custodia compartida, en los siguientes términos:

CUSTODIA COMPARTIDA. - Partimos, de la base de que la patria potestad involucra un ejercicio igualitario, equitativo y proporcional de derechos y obligaciones de padres y madres, concepto que constituye la corresponsabilidad paterna y materna reconocida en el Art. 69 numerales 1 y 5 de la Constitución de la República, que además debe entenderse desarrollado y articulado de forma sistémica con otras disposiciones. Que los derechos de niñas, niños y adolescentes sus artículos 44,45 y 46, artículos respaldados por el artículo 9 de la Convención de Derechos del Niño, advierte que el niño que esté separado de uno o de ambos padres, tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés,

Sin duda, se podría valorar algunos aspectos, partiendo desde que un juzgador conceda o disponga una figura que no se encuentra recogida en la legislación nacional, pero que la consideró oportuna para el caso particular que sustanciaba, lo que evidencia que cumple su rol garantista, pero que genera adicionalmente elementos alrededor de la decisión que dan fundamento a lo actuado y que constata su favorabilidad ante el proyecto de vida actual del adolescente.

En la entrevista con el Dr. Viera, Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Latacunga se recabaron varios aspectos consustanciales de absoluta relevancia, primero desde el enfoque y preparación del juzgador que, si se lo enlaza con los tipos de jueces estudiados y que señala Weber, estamos frente a un juez material, formal y que sienta precedentes. Por ello se incluyen aspectos de la entrevista desde dos momentos, el primero relativo al actual modelo de gestión y la prevalencia de los derechos de niñez y adolescencia y, el segundo desde lo que resalta en cuanto a la causa que se estudia.

Valorar su posicionamiento y que en esta investigación se ha discrepado en cuanto al modelo de gestión actual que se mantiene con la creación de las unidades judiciales, constituye una postura válida que debe ser tomada en cuenta, ya que además formó parte del sistema tanto como Juez de Niñez y, vivió la transición hasta el momento en su calidad de Juez dentro del nuevo modelo, siendo una voz autorizada; en ese sentido, ante una pregunta respecto de si el modelo actual desmantela el sistema de protección y la justicia especializada, manifestó que institucionalmente el abordar los temas de familia desde una misma unidad jurisdiccional, mantiene ventajas frente a un sinnúmero de desventajas, se concentra este derecho en una sola unidad, ya que era incongruente que se tenga competencias tanto en sede civil como niñez, cuando se tenían divorcios y determinación

de pensiones por conceptos de alimentos respectivamente, muchas veces declinando competencia y constituyendo un trámite muy escritural. Ratifica que uno de los aciertos es el cambio desde lo institucional, dentro de muchos retrocesos.⁸⁷

Visibiliza el inconveniente cuando dentro del sistema de protección integral de niñez y adolescencia, la función judicial nunca se insertó en el mismo, nunca fue parte de él, no se articuló, ejemplo en Latacunga es prácticamente nula sostuvo. Punto resaltable cuando se refiere a uno de los errores en los que caen los abogados, quienes consideran que el derecho se auto sustenta, cuando al menos en el derecho de familia, no se puede atender un caso, si no es de una forma interdisciplinaria, en el que el derecho se adecua y modula sus formas, así como cede frente a disciplinas con mayor importancia para la atención en determinados casos, ejemplo en conflictos familiares que requieran de preponderancia de la sicología, del tema socio familiar, etc., frente a la jurídica, por la atención y tratamiento que requieren, por supuesto que el derecho sirve de modulador, adecuador y garantizador, incluso con coerción para garantizar los derechos, pero se debe articular para hablar de una integralidad señaló lo se comparte.

Considera que hay que reconocer la instrumentalidad del derecho, no como un fin en sí mismo, sino como un medio, el ser humano es el fin; además determina que se debe reconocer la ductibilidad del derecho, donde el de familia, en su punto de vista, es el que más visible la hace, por los principios y estándares que se han ido generando en materia de niñez, lastimosamente son los que más se los ha ido invisibilizando. Sobre si se tienen en la actualidad jueces especializados, reafirma que no, debido a varios factores, más no con la creación que se sostuvo de las unidades, sino ante la falta de articulación, lo que deriva en que no entiendan la lógica entre lo dispuesto y lo que se termina de hacer, llegando a procesos archivados, pero manteniendo situaciones vivas.

En cuanto a la causa y resolución específica, decide disponer la custodia compartida, siendo firme al sostener que fue el propio adolescente el que con su disposición y anhelo la canalizó efectivamente, cuando fue escuchado, resaltando que el apoyo técnico y social permitió su concreción.

Al consultarle sobre el activismo judicial, para el entrevistado con la promulgación del COGEP, en los diferentes espacios se ha rechazado y si se quiere ver incluso

⁸⁷ Dr. Carlos Viera, Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, entrevistado por Roberto Veloz, Latacunga, Provincia de Cotopaxi, 24 de agosto de 2016. Min. 2.20

satanizado el mismo, porque éste plantea en toda su lógica el impulso de parte, la vigencia del principio dispositivo frente al oficioso, que hoy es excepcional por mandato expreso, resaltar su criterio que dicho cuerpo es creado para el derecho civil mas no para el derecho social. El juez oficioso se convierte en activista y éste termina siendo parcializado, es el escenario que se plantea, sin embargo, para el juzgador, desde la esfera del derecho social, se debe ser un juez activista, es una obligación, por el principio de corresponsabilidad estatal, sociedad y familia, tomando en cuenta que las bases y principios del derecho constitucional son más fáciles de aplicar en el derecho social.

La estrategia fue hacer visible el derecho, desde lo sensible en lo humano, valorar la condición de vulnerabilidad, el derecho a la escucha real y material, no solo la formal. Se abordó desde articular e incidir con otras instituciones, personal especializado, garantizando el que el adolescente se comunique en sus formas y meta comunicación, dando la lección más grande a todos, además que no fue revictimizado y al contrario se lo dignificó.

Finalmente, comentar que las partes no impugnaron la resolución, adecuaron sus conductas, desde valorar la decisión del adolescente, del hijo mancomunado, desde el reconocimiento del sujeto de derechos; como concepto metajurídico y dentro del derecho social, se concretó un activismo además de los propios sujetos procesales, prevaleció el derecho de niñez como un derecho humano. Actualmente, es él justamente quien ejerce los mismos desde su titularidad. Se evidencia lo que se llama justicia restaurativa, punto que fundamenta el posicionamiento en la presente investigación y constituirá un aporte para el tercer capítulo.

En conclusión, los aportes que se han buscado en este capítulo se concretan con el verdadero posicionamiento, por el cual desde el derecho social debe primar y, tanto desde el modelo constitucional como el ubicarnos que el activismo judicial debe constituir uno de los estándares en la actuación de los juzgadores, hay elementos preponderantes que son parte del litigio, el cual no puede ser adultocéntrico, ni exclusivamente técnico, sino humano y que privilegie al titular, siendo imperativo plantearse retos de estándares mayores desde la transversalidad de los derechos y la escucha al niño/a y adolescente.

Capítulo tercero

La articulación del litigio estratégico y el activismo judicial para garantizar el derecho humano al contacto efectivo de niñez y adolescencia

En este último capítulo se busca generar una propuesta que, partiendo del reconocimiento al derecho humano al contacto efectivo de niños/as y adolescentes con sus progenitores, permita diseñar mecanismos de exigibilidad, a través de un litigio estratégico que incida en el activismo judicial y promueva de esta manera la efectiva garantía de este derecho.

Para esta formulación se plantea el diseño de algunos repertorios de actuación guiados a fortalecer la administración de justicia de justicia de niñez y adolescencia, resaltando su especialidad e involucrando la participación de todos los actores que comparten la responsabilidad: Estado, sociedad y familia, de acuerdo a los roles que cada uno desempeña y cumple.

3.1 Fomentando una visión de litigio estratégico

Para poder desarrollar una propuesta en litigio estratégico es necesario partir ubicando el alcance de este concepto.

Sobre el litigio estratégico, Víctor Abramovich sostiene que la tendencia actual en el movimiento de derechos humanos internacionales es la generación de un litigio estratégico, como búsqueda y promoción del cambio social mediante la ejecución de una ley o una norma administrativa que fije obligaciones jurídicas en materia social, partiendo desde un marco dentro del cual la administración de justicia debe diseñar e implementar acciones concretas, determinar una conducta a seguir o, en ciertos casos, meramente declarar al Estado en mora respecto de una obligación sin imponer remedio procesal o una medida de ejecución determinada.⁸⁸ Así, a través de un litigio estratégico se puede lograr reformas en la legislación nacional, que permitan tener leyes con enfoque de derechos humanos, que permita sentar precedentes jurisprudenciales, pero sobre todo

⁸⁸ Abramovich, Víctor, “Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados”, en J. Zalaquett (ed). *Agenda de Derechos Humanos para América Latina*.

buscar la generación de una cultura que logre cambios en los patrones culturales y fortalezca al modelo constitucional.

Por su parte para el CELS, define al litigio estratégico como un “un recurso y herramienta fundamental para un programa de expansión de derechos y de incidencia en políticas de derechos humanos”, el cual se desarrolla a través de casos o *leading cases*, o conocido como casos ejemplares y articula estrategias de tipo político y jurídico.⁸⁹Y sobre su alcance en derechos humanos precisa:

El litigio en derechos humanos (...) procura operar sobre el vínculo entre la esfera judicial y la política, a partir del reconocimiento constitucional de derechos y de los nuevos mecanismos procesales de representación de intereses a los que haremos referencia. El planteo en el ámbito judicial de conflictos públicos o que trascienden lo individual intenta introducir temas en la agenda del debate social, cuestionar los procesos de definición, los contenidos, sus potenciales impactos sociales y la implementación de políticas de Estado.⁹⁰

A su vez, CRIN cuando se refiere al litigio estratégico de niñez y adolescencia sostiene:

Si es un niño quien técnicamente está iniciando una acción legal o usando un mecanismo de derechos humanos, entonces por supuesto que debe de obtenerse su autorización expresa y se le debe consultar y seguir sus instrucciones en todas las etapas del procedimiento. Si actúa en nombre de un niño que no tiene la capacidad para otorgar su consentimiento, entonces se le debe mantener informado cuanto sea posible y en todas las decisiones relacionadas con el caso el mejor interés del menor debe ser la consideración primordial.⁹¹

Continúa señalando que el litigio estratégico es una herramienta creativa y poderosa de promoción y defensa, pero no siempre será la mejor o la más apropiada opción. Iniciar un litigio estratégico será, sin lugar a dudas, una aventura en sí misma.

Por lo expuesto, y aplicado al objeto de esta investigación, lo que se busca es promover un litigio estratégico que garantice de forma efectiva el derecho humano al contacto efectivo de niñas, niños y adolescentes con sus progenitores, el cual a su vez incida en los juzgadores generando un activismo que cree, desarrolle o plante la creación de nuevas reglas para la tutela efectiva de este derecho. Se parte así de la necesidad de

⁸⁹ CELS, *Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho*, (Buenos Aires: Siglo XXI, 2008): 18

⁹⁰ *Ibid.*, 26-27

⁹¹ CRIN, *Guía sobre litigio estratégico: Una introducción*, <<https://www.crin.org/es/biblioteca/publicaciones/guia-sobre-litigio-estrategico-una-introduccion>>.

generar repertorios jurídicos, sociales, políticos y comunicacionales que permitan garantizar el derecho humano estudiado.

En este sentido, la construcción de esta propuesta reconoce el valor de los principales estándares de los instrumentos internacionales como herramientas para el litigio y el activismo judicial, pero además se enriquece con los aportes de la experiencia de litigio y activismo de Argentina sobre este tema, los cuales fueron obtenidos a partir de una visita que se realizó a Buenos Aires, la cual permitió conocer *in situs* los mecanismos de exigibilidad implementados.

En dicha visita se entró en contacto con los colectivos: Padres del Obelisco cuya historia y lucha tiene una atrayente presencia en Buenos Aires y que se ha ido extendiendo por la república, activando mecanismos de exigibilidad social como el posicionarse cada jueves de un lugar emblemático como el Obelisco en capital federal donde prestan asesoría gratuita para padres que están obstaculizados de mantener contacto efectivo con sus hijos/as, además han desarrollado mecanismos de comunicación que se traducen en una presencia constante en medios televisivos, radiales y escritos donde visibilizan su problemática, incluye propuestas para reformas normativas, una de las cuales fue acogida respecto a escuchar al niño/a en los procesos civiles, finalmente realizan un fuerte lobby con varias autoridades políticas, algunas de las cuales les han expresado su apoyo.

Adicionalmente, se logró charlar con Las Madres de la Plaza de Mayo, cuya lucha es histórica y ha marcado su discurso y reivindicación a nivel mundial, evidenciando cómo el poder político militar vulneró el derecho de sus hijos/as cuando eran unos adolescentes. En esa misma línea se conversó sobre el papel que mantiene el colectivo de mujeres que forman parte del Consejo Nacional de las Mujeres en Argentina, respecto de sus derechos respecto de sus hijos/as y bajo un enfoque de género.

Por otra parte, hubo contacto con otros actores interesantes dentro de la dinámica propuesta como Gabriel Balanovsky, productor de documentales reconocidos en la tierra gaucha como Mujeres con Pelotas, donde aborda la discriminación y machismo imperante respecto de mujeres que quieren practicar fútbol en la nación argentina, quien concretamente dentro del tema propuesto provocó con su documental Borrando a Papá, visibilizar y posicionar la problemática de padres que no pueden mantener contacto efectivo con sus hijos/as, de la misma forma logra algunos mecanismos de exigibilidad

como articular acciones con los Padres del Obelisco, generar repertorios a nivel local y nacional cuando se difunde su documental, mantiene presencia en medios de comunicación, promueve un debate en varios espacios, incluido el académico y no deslinda el incidir con las autoridades a pesar de la desconfianza en las mismas. Si bien se mantiene una cercanía en su lucha reivindicatoria, se pudo conocer sus fortalezas, debilidades, conocer los logros que han concretado, así como las falencias que siguen observando, tanto en el sistema de administración de justicia, como desde sus propios espacios, evidenciando no siempre un discurso integrador, sino muchas veces individualista.

Para conocer la experiencia jurídica de litigio se dialogó con el doctor Federico De La Rosa, abogado, ex magistrado y defensor de derechos de infancia, quien en su momento fue obstaculizado de mantener contacto efectivo con su hija, además de promover a varios colectivos, es un ser humano cuyo discurso y experticia, pero ante todo claridad y transparencia, permitió un diálogo con claro enfoque generacional, sin sesgos, estereotipos, donde madres y padres son los llamados a rectificar por lo que dicha experiencia desde las dos dimensiones fue relevante.

Finalmente, a nivel institucional se dialogó en la Defensoría Pública de la Nación Argentina, con el doctor Tomás Dadic, Secretario Técnico de la FIO (Federación Internacional de Ombudsman) ya que era importante validar la visión desde la institucionalidad pública⁹².

Con cada uno se habían generado diálogos previos durante varios meses, todos evidenciaron una apertura absoluta, sin anteponer postura alguna y totalmente abiertos para charlar sin ninguna exigencia de por medio, más que el espíritu sobre el derecho de hijos/as a mantener contacto efectivo con sus progenitores.

En resumen, en este capítulo, se combina dicha experiencia, que se sistematiza en un cuadro que recoge las principales posturas de los colectivos y actores⁹³, articulada con los aportes teóricos y los estándares internacionales y nacionales de protección, desarrollada en los capítulos previos, teniendo como marco a visión del litigio estratégico y el activismo judicial. A continuación, se pasa entonces a analizar los principales componentes de la misma.

⁹² Se incluyen los medios digitales en los casos en que conté con la autorización correspondiente para grabar. Dr. Federico De La Rosa y Gabriel Balanovsky. Anexo Digital 3 y 4.

⁹³ Anexo documental 2

3.1.1. Innovando desde la dimensión jurídica

Una de las dimensiones de la exigibilidad estratégica, constituye la exigibilidad jurídica, cuyos objetivos como lo determina CLADEM según su experticia de litigio pueden ser: lograr un remedio jurídico para un caso concreto; obtener reparación moral para la persona o grupo de personas cuyos derechos fueron afectados; generar jurisprudencia; incidir en cambios estratégicos en el marco de la interpretación y aplicación de las normas del derecho nacional o internacional; e, incluso evidenciar un problema social que vulnera derechos humanos.⁹⁴

Por su parte, Silvina Alegre y otros señalan que: “La justiciabilidad o posibilidad de demandar judicialmente la restitución de un derecho vulnerado se sustenta en un sistema legal que comprende instancias judiciales y administrativas. [...] Esta dinámica requiere como trasfondo la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho y resulta fortalecida cuando éste se define además como Social.⁹⁵ Aquí terminan las comillas o dónde?

Desde la naturaleza social del derecho de niñez y adolescencia como punto de partida innegable y que no confrontaría posición en contrario, así como dentro del modelo constitucional vigente, el ejercicio y planteamiento descansa sobre algunos aportes desde esta dimensión, si bien los derechos de niñez y adolescencia no deberían siempre involucrar un litigio ya que los mismos deben ser tutelados, no confrontados, siendo una opción generar repertorios que involucren acuerdos que de forma prevalente garanticen los mismos, es innegable que para llegar a ellos todavía nos falta mucho como sociedad.

En Argentina, todos los entrevistados: Padres del Obelisco, Madres de la Plaza de Mayo, Colectivo de Mujeres, Dr. Tomás Dadic, Dr. Federico la Rosa, coincidieron que los temas de familia, deben tutelarse en otro espacio, privilegiando la construcción de acuerdos extrajudiciales, si bien la ley argentina promueve, el que obligatoria y previamente se haya optado por la construcción mediante métodos de solución alternativa de conflictos, antes de accionar la vía judicial, son los adultos, dentro de sus diferentes

⁹⁴ CLADEM. Guía para la identificación, selección y judicialización de casos de violación de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las mujeres a nivel nacional. (Lima: CLADEM-AECL, 2011) 22-23.

⁹⁵ Silvina Alegre, Justiciabilidad y exigibilidad política de los derechos sociales y políticos, *El Caso de los Derechos del Niño*, (Fundación Arcor: 2014). <http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_publicacion/cua_sipi_exigibilidad_05_01_14.pdf>.

roles, quienes no tienen el suficiente empoderamiento, sensibilidad y madurez para construirlos en beneficio de sus hijos/as, optando por judicializarlo todo.

Esta realidad no se encuentra distante de la experimentada en nuestro país, por lo que el litigio no va a dejar de ser el espacio donde la mayoría de las personas lo considere y proponga como la primera opción, por lo que el planteamiento desde el litigio debe mantener una connotación diferente, generar cambios desde el actor que active la tutela del derecho, es decir el titular del derecho y, desde la construcción y articulación de todo el sistema especializado de protección de derechos de niñez y adolescencia, tal como lo destacó el Juez Viera⁹⁶ al sostener: “el tema en concreto, está en la desarticulación, poco a poco el sistema ha ido desintegrándose [...], en la práctica no somos un sistema, en la práctica somos instituciones que estamos haciendo muchas cosas, sin articularlas [...] terminan en procesos archivados y situaciones vivas, la idea es generar propuestas y elevar estándares”.

Por lo tanto, se debe iniciar posicionando que el cambio innovador y emblemático es que cuando el litigio verse sobre el derecho humano del niño/a y adolescente al contacto efectivo con sus progenitores, sea justamente éste quien directamente pueda activar el mecanismo judicial y presentar su demanda, recordar que el estándar mediante la Observación General No. 12,⁹⁷ por la cual el Comité de Derechos del Niño recalca que el derecho consagrado en la CDN a ser escuchado es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, por lo que no se lo puede restringir, se lo debe promover. Determina adicionalmente que el derecho a ser escuchado es aplicable tanto a los procedimientos iniciados por el niño, como a los iniciados por otras personas que afecten al niño, como la separación de los padres o la adopción.

Si el titular del derecho humano que se investiga es quien acciona el mecanismo judicial, estaría abriendo un campo para el activismo judicial, por el cual el/la juzgador/a garantice su rol, desde la corresponsabilidad establecida a nivel constitucional, generando nuevas reglas, sentando precedentes, unificando actuaciones, sustentando el principio del

⁹⁶ Entrevista Dr. Carlos Viera, Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, Latacunga, Provincia de Cotopaxi, 24 de agosto de 2016.

⁹⁷ Organización de las Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. “Observación General No. 12. *El derecho del niño a ser escuchado*. CRC/C/GC/CO/12. 20 de julio de 2009.

interés superior del niño y velando por su desarrollo integral. El litigio tiene así desde su inicio una fortaleza, buscando cambiar el patrón cultural y adultocéntrico, que fortalece el sistema especializado, recoge el estándar y privilegia el que el titular se visibilice iniciando la demanda sobre su derecho y demandando ser escuchado sin interferencia, como sostiene la Observación No. 12 del Comité de Derechos del Niño: no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Por ello escuchar al hijo/a demandar su derecho, para luego construir acuerdos con sus padres y madres, partiendo desde la pretensión del sujeto del derecho constituye un planteamiento innovador.

Por otra parte, los diferentes actores deberán utilizar todos los mecanismos como una argumentación respaldada en estándares internacionales de derechos humanos, que incorpore además precedentes importantes de casos individuales que han sido resueltos por la Corte Nacional de Justicia, en cuya sala especializada se mantiene un análisis y fundamentación con enfoque de derechos, la jurisprudencia de los tribunales, la misma doctrina de los tratadistas y sobre todo precedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que pueden fortalecer el que se plantee un litigio estratégico innovador y otorgue al juzgador/a los elementos necesarios para desarrollar el activismo judicial en sus fallos.

Además se debe buscar estrategias dentro del litigio que incidan en la sociedad, así como en otros segmentos de la población, innovación que no hay una constante que los prohíba, al contrario, el reto es generar espacios de innovación legal y judicial, social y política, así como comunicacional, no es necesario llevar el litigio a las redes sociales como se dijo, ello no garantiza los derechos de los hijos/as, por ello, el que un adolescente pueda directamente presentar su demanda, desde su titularidad, dejando de lado el conflicto adultocéntrico, haciendo un ejercicio desde su posicionamiento, constituiría una propuesta de litigio estratégico, una innovación de alto impacto, allí la necesidad de recoger el estándar que promueve dicha presentación y ejercicio, lo que refuerza la justicia especializada ante el hecho de que el titular del derecho sea quien active el mecanismo judicial.

Pero adicionalmente, el litigio desde la esfera judicial debe fomentar una articulación con otras áreas y disciplinas cuando se privilegia el escuchar al niño, niña y adolescente, no solo desde la resolución sino desde la integralidad de la restitución, allí

se buscaría el tener una verdadera justicia restaurativa, en la que de forma integral en esa construcción y articulación constituiría un espacio para generar acuerdos de un alto contenido afectivo entre los progenitores, luego de escuchar la pretensión de su hijo/a sobre mantener contacto efectivo con sus progenitores, se deben ver motivados ante el ejercicio de derechos de sus hijos/as a garantizar su voluntad, por lo que se transforma en un litigio más eficaz y menos litigioso respetando su proyecto de vida⁹⁸.

CRIN señala que el litigio estratégico, también llamado litigio de impacto, involucra la selección y presentación de un caso ante los tribunales con el objetivo de alcanzar cambios mayúsculos en la sociedad. Por lo que quienes buscan promover la justicia social pueden utilizar los tribunales para realizar cambios legales y sociales mediante la presentación de demandas a fin de promover derechos de grupos de la población que se encuentran en desventaja, con un claro fin obtener resultados innovadores. Siendo importante hacer notar que el litigio estratégico no es igual a la idea tradicional de un servicio legal, es por ello que este tipo de litigio se centra y busca cambiar las políticas y patrones de comportamiento. De allí la necesidad de posicionar un caso emblemático, analizar cuándo debe de iniciarse, en dónde y cómo llevar el trámite del caso o bien un conjunto de casos que se presenten de manera estratégica en diferentes provincias del país, cuyo claro objetivo es el de promover la emisión de fallos y propiciar un activismo.

Finalmente, desde la dimensión internacional comparto con Carlos Antonio Romano, quien plantea la creación de un Tribunal Internacional de Justicia para la Infancia, mientras ello se produzca, debemos utilizar los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos con los que contamos, por ello la propuesta de ratificar el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a un procedimiento de comunicaciones.

3.1.2. Innovando desde la dimensión social

Para CLADEM, la estrategia de incidencia social es muy importante, ya que constituyen acciones integradoras, deben ser paralelas, por ejemplo: movilizaciones ciudadanas o marchas, plantones, envío de cartas a autoridades, vigilancias ciudadanas,

⁹⁸ Recordando una frase por parte del doctor Federico de la Rosa en Buenos debemos velar por cambiar el tránsito colapsado en los juzgados de niñez, para privilegiar el tránsito para la búsqueda de soluciones por parte de todos los adultos que intervienen.

monitoreos, toma de instalaciones o sitios emblemáticos, organización de seminarios, todo guiado a la construcción de conciencia social sobre el tema que se busca.⁹⁹

Uno de los puntos que surgen de la experiencia Argentina y en particular de los colectivos e instituciones como Padres del Obelisco, el Colectivo de Mujeres y la Defensoría del Pueblo de la Nación, es la necesidad de que diversos sectores que la academia puede cumplir un rol muy importante dentro del derecho humano que se estudia y fortaleciendo el debate desde lo que conlleva el enfoque generacional.

La principal propuesta debe partir del posicionamiento del derecho humano investigado por parte de niños/as y adolescentes, como legítimos titulares del mismo, por ello aprovechando los Consejos Consultivos de Niñez y Adolescencia creados como espacios de participación de los mismos, articulando con el Consejo Consultivo Nacional y los 80 consejos consultivos cantonales de niñas, niños y adolescentes en todo el país, promover espacios de debate a nivel nacional sobre el derecho humano al contacto efectivo con sus progenitores, el cambio de paradigma desde la CDN, la propuesta de reforma al CONA, la legitimación activa de su derecho, el incentivar el que se forme una coalición que presente a los organismos del Estado la necesidad de suscribir y ratificar el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a las comunicaciones, con ello serán los principales actores los que desde su propio ejercicio y proyecto de vida, discutan y exijan los repertorios que se proponen, su participación activa cambia la postura adultocéntrica y deja un mensaje a la sociedad y autoridades.

Lo anterior debe aterrizar en otros procesos de educación para los distintos actores dentro del litigio para lo cual se propone la realización de talleres en los gremios de abogados, en la academia, en las facultades de derecho, sobre temas estrictamente generacionales de niñez y adolescencia, tanto para juzgadores/as, padres y madres, así como profesionales del derecho, desde el cambio de paradigma que involucró la CDN hasta las reformas que se plantean.

Para promover la reforma legal planteada que incorpore la custodia compartida se propone que en la fecha de entrada en vigor en Ecuador de la Convención sobre los Derechos del Niño, esta es el 02 de septiembre, se la considere como emblemática y se pueda en dicho día generar la semana de la custodia compartida, buscando establecer

⁹⁹ CLADEM. Guía para la identificación, selección y judicialización de casos de violación de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las mujeres a nivel nacional. (Lima: CLADEM-AECI, 2011) 32.

lazos desde un mensaje respecto del titular del derecho, incluyendo foros de discusión y sensibilización, pero adicionalmente, espacios lúdicos para que la niñez y adolescencia exprese que su derecho se debe garantizar. En sitios emblemáticos de la ciudad, hijos/as, padres/madres, etc., buscarán dejar un mensaje social respecto que con la custodia compartida se hace efectivos los derechos de sus hijos/as y no impide cumplir con su rol de padre/madre. Lo anterior permitirá cambiar el discurso adultocéntrico por el lenguaje con enfoque generacional, pero adicionalmente compartir experiencias.

Finalmente, se propone utilizar el activismo para realizar cine foros, espacios para adolescentes para que expresen su derecho humano desde el graffiti, se trata de unificar a los colectivos desde cambiar el mensaje tengo derecho a ver a mi hijo, por mi hijo tiene derecho a compartir tiempo efectivo con su padre y madre. Hay que deconstruir el viejo paradigma global conocido como el *children left behind* por el de *children rights*, se considera que a través del arte puede conseguir desde un mecanismo más sensible el proyectar y llegar con un mensaje más sencillo.

3.1.3. Innovando desde la dimensión política

Quizás constituya uno de los mecanismos más complejos, pero los tres están directamente articulados desde el derecho humano al contacto efectivo por parte de hijos/as con sus progenitores, siguiendo con la línea y aporte de CLADEM, se busca la incidencia tangible ante las autoridades, pudiendo encaminar acciones desde seguimientos legislativos, incorporación de propuestas legislativas, control social, veedurías, etc.¹⁰⁰

Desde esta dimensión se propone realizar acciones de lobby político ante las autoridades, tanto de la función ejecutiva como de transparencia y control, para que primero y ante todo se suscriba el Protocolo Facultativo de la Convención de Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, cuya relevancia es que permite directamente a niños/as y adolescentes presentar denuncias cuando no se han garantizado sus derecho ante el Comité de Derechos del Niño, un caso directo podría ser el derecho humano que se estudia y no se tutelado efectivamente.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, 32-33.

Por otra parte, en este tiempo se han consolidado o a su vez archivado algunos hitos, positivos y otros negativos a nivel nacional, los cuales deben ser tomados en cuenta para la proposición de cambios legislativos, uno de ellos fue el proyecto del Código del Ciclo de Vida, el cual más allá de poderse haber considerado una acción regresiva en materia de niñez y adolescencia, incorporaba reglas importantes sobre tenencia compartida; y el otro es el recientemente aprobado Código Orgánico General de Procesos, el cual prescribe que en materia de niñez y adolescencia para el cuidado o crianza de las hijas o los hijos menores o incapaces de cualquier edad o sexo, se estará a lo que dispone el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia; punto clave que sustenta la importancia de que se formule una propuesta de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, incorporando la figura de la tenencia/custodia compartida, y determine como único legitimado activo para solicitarla al hijo/a,

Dicha propuesta se podría canalizar a través de los Consejos Consultivos de Niñez y Adolescencia, la Defensoría del Pueblo y potenciar el mecanismo de iniciativa ciudadana el para lo cual se deberán activar los mecanismos previstos en el artículo 134 de la Constitución de la República del Ecuador, esto es presentarlo bajo el auspicio de una de las bancadas, aunque lo óptimo sería que la propuesta fuera ciudadana, y luego realizar un fuerte lobby político dentro de la Comisión de la Asamblea que entre en conocimiento de la misma, así como en los debates correspondientes que se efectúen en el pleno de la Asamblea para alcanzar su aprobación.

Si bien para la autora Tamar Pitch como ya se sostuvo, al referirse a lo que denomina las nuevas tendencias y dentro de ellas la custodia compartida, manifiesta que los sondeos revelarían consecuencias contrarias, concluyendo que la custodia compartida, auspiciada en favor de los derechos de los niños, se presta a reinstaurar o a mantener la autoridad y el control masculino, no sólo sobre los hijos sino también sobre las ex esposas, también ha sostenido que si no existen conflictos o si se superan los conflictos, no sería difícil ponerse de acuerdo para que se mantenga la relación con los hijos, no solo respecto a los derechos de los hijos/as sino de los padres¹⁰¹, se considera necesario

La propuesta concreta de reforma legal al Código de la Niñez y Adolescencia apuntaría a que luego del actual artículo 293 se incorpore la sección sexta, relativa a la custodia compartida, en la que él se establezca que el único legitimado activo, quien

¹⁰¹ Tamar Pitch. Un derecho para Dos, (Italia: Editorial Trota. 2003). p. 157.

directamente la podrá requerir, solicitar, demandar, sea el hijo/a, con lo cual se cumple con los estándares internacionales, se prioriza al titular del derecho, se cambia el discurso adultocéntrico por el del ejercicio del sujeto del derecho. Cuando se encuentre en un litigio por otros derechos conexos, el juez será el encargado de que el hijo/a decida sobre su custodia compartida, privilegiando el escucharlo. Si se actúa en nombre de un niño que no tiene la capacidad para otorgar su consentimiento, entonces se le debe mantener informado cuanto sea posible y en todas las decisiones relacionadas con el caso el mejor interés del NNA debe ser la consideración primordial.

Es importante visibilizar que la reforma planteada depende de la voluntad política y del entorno coyuntural en la Asamblea, además que constituye un mecanismo a mediano e incluso largo plazo, entre su presentación, debates y sanción, pero se lo plantea con el objetivo de mantener y reforzar, no dismantelar, la justicia especializada de niñez y adolescencia, sin embargo, no es menos cierto que mientras se discute la misma, el número de causas judicializadas no van a decrecer en sus estadísticas e indicadores, por lo que la esfera del litigio se mantendrá presente

Así mismo, como parte de la estrategia política, recogiendo las recomendaciones por parte del mismo Comité, la Defensoría del Pueblo de Ecuador debería crear una oficina especializada para garantizar derechos de niños y niñas, siguiendo las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño¹⁰² para que promueva la presentación de denuncias de forma directa por los niños/as y adolescentes y sea la institución que como una de sus facultades promocióne el derecho humano desde el hijo/a para mantener contacto efectivo con su progenitor.

Finalmente, por qué no considerar la creación de la figura de un Defensor de la Niñez, un Ombudsman especializado en derechos de niñez y adolescencia, cuyas facultades podrían ser entre otras, el que promueva desde la esfera del litigio el que se garantice el derecho accionando por un hijo/a quien solicite custodia compartida, así como luego de otorgada se presenten ante el mismo, los acuerdos entre padres y madres.

3.1.4. Innovando desde la dimensión comunicacional

¹⁰² Organización de las Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención: Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Ecuador”. CRC/C/ECU/CO/4. 02 de marzo de 2010. p. 3.

El caso Argentino y la repercusión que lograron los Padres del Obelisco en Buenos Aires y en varias partes del país, esto ante el repertorio que activaron desde ubicarse en un sitio emblemático de la ciudad es atrayente, por ello se incorpora como uno de los mecanismos desde la dimensión social, buscando promover que los medios de comunicación mediante una cobertura mediática, permitan visibilizar la problemática, promover el seguimiento, recoger la expresión de hijos/as, fortalecer el acompañamiento en la semana de la custodia compartida, así como realizar reportajes desde el derecho humano al contacto efectivo, que recojan las posturas de todos los actores: padres, madres, colectivos, juzgadores/as, pero sobre todo de hijos/as.

La propuesta no versa sobre los medios de comunicación, la propuesta gira en torno a que son necesarias alianzas estratégicas para posicionar socialmente la problemática y forjar nuevos enfoques de abordaje de la misma. Esta estrategia comunicacional es necesaria, para promover el cambio de patrón cultural, visibilizar los excluyentes efectos del discurso adultocéntrico y aterrizar en el generacional promoviendo la titularidad de los niños, niñas y adolescentes y generando condiciones para que su palabra sea escuchada, valorada y sobre todo respetada.

Además, con ello se busca promover que se dejen prácticas que vulneran derechos como “promocionar” a hijos/as en redes sociales dentro del litigio adultocéntrico.

Para finalizar recordar que el litigio estratégico es una herramienta creativa y poderosa de promoción y defensa, pero no siempre será la mejor o la más apropiada opción, hay que saber ponderar la misma.

3.2. Promoviendo el activismo judicial

El activismo judicial no es reciente, el mismo surge por primera ocasión en 1954 con el célebre caso “Brown vs. Board of Education” de la Corte Suprema de Estados Unidos, que declaró la inconstitucionalidad de la segregación racial.¹⁰³

El ex magistrado argentino Emmanuel Rosales Guerrero establece que una sentencia es propia de un ejercicio activista de la judicatura cuando el tribunal, además de solucionar el caso traído a juzgamiento, envía señales innovadoras a los demás

¹⁰³ Corte Suprema de Estados Unidos, Caso “Brown vs. Board of Education” La regla constitucional; 347 U.S. 483, 17 de mayo de 1954.

poderes, a los jueces inferiores y a la sociedad en general, tendientes a generar un cambio en la legislación, o en la jurisprudencia, o en las costumbres. Señales que pueden consistir en: a) Crear derechos, es decir, garantizar la protección de un derecho no enumerado por ser este considerado de naturaleza constitucional, ampliando así la nómina de derechos protegidos; b) Ampliar las garantías procesales para la protección de los derechos, sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes; c) Señalarle al congreso la necesidad de una reforma legislativa en determinada materia, etc¹⁰⁴.

De acuerdo con estos elementos, se puede llegar a la conclusión de que el activismo judicial implica la participación activa del juzgador dentro de la judicatura a fin de que el gobernado sea destinatario de resoluciones justas y no sólo técnicas o meramente legales.

La labor de un profesional del derecho a fin de promover un litigio estratégico que garantice el derecho humano de niñez y adolescencia constituye un factor muy importante, pero igual de importante es el rol que cumple un juzgador dentro de la administración de justicia, quien desde la naturaleza social de este derecho, debe adecuar, modular y garantizar el derecho humano estudiado, no como un fin sino como un medio, al ser el hijo/a a quien se garantiza el mismo.

Dicha administración de justicia no debe solo pensar en tener el mayor número de procesos archivados, mientras mantiene situaciones vivas como lo sostuvo el Juez Viera,¹⁰⁵ quien desde la esfera del derecho social, sostiene que el juzgador debe ser y convertirse en un juez activista, por el principio de corresponsabilidad estatal, sociedad y familia, lo que involucra que dentro de causas sobre el derecho humano al contacto efectivo de hijos/as con sus progenitores debe aplicar o crear reglas que tutelen efectivamente dicho derecho, tomando en cuenta que las bases y principios del derecho constitucional son más fáciles de aplicar en el contexto de este derecho social.

Recordar que una de las propuestas constituye el fortalecimiento de la justicia especializada de niñez y adolescencia, entonces ello involucra además de lo descrito, la necesidad de fomentar la creación de precedentes para que puedan replicarse. Ello comparte a su vez la necesidad de concientizar del rol activo y creador que los jueces

¹⁰⁴ Activismo judicial, < <https://lawobservatory.wordpress.com/2009/05/21/activismo-judicial/>>.

¹⁰⁵ Dr. Carlos Viera, Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, entrevistado por Roberto Veloz, Latacunga, Provincia de Cotopaxi, 24 de agosto de 2016.

tienen bajo una visión garantista de derechos y la necesidad que posiciona la prevalencia de derechos de niñas, niños y adolescentes, el principio de su interés superior, su desarrollo integral, la prioridad a los grupos de atención prioritaria y el espíritu del principio pro ser humano, reconocidos como estándares internacionales y nacionales.,

La Administración de Justicia ecuatoriana debe partir desde valorar el cambio de paradigma que vivimos desde la adopción de la CDN y que se refuerzan con la Constitución de la República vigente, el cual no constituye un mero acto declarativo, exige a quienes administran justicia adapten y actúen desde una nueva dinámica conforme a la nuevas formas de composición familiar, por lo que el Estado a través del sistema especializado de protección y administración de justicia, mientras se mantenga especializado, no puede retirarse del rectorado social y por el contrario hay un deber de garantizar los derechos de niñez y adolescencia desde las nuevas dinámicas que van surgiendo, mucho más si son niños/as y adolescentes quienes directamente presentaren sus demandas a contacto efectivo con sus progenitores, el reto será mayor e involucra mucha más innovación, pero adicionalmente deben buscar justicia restaurativa lo que involucra aprender a articular con los organismos del sistema nacional descentralizado de niñez y adolescencia.

Adicionalmente, desde lo material se debe garantizar especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños/as, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas conforme lo señala el Comité sobre los Derechos del Niño¹⁰⁶.

En las decisiones que tomen los jueces/as respecto del derecho humano al contacto efectivo que tienen los hijos/as con sus progenitores/as debe primar el concepto básico que un niño/a y adolescente es un ser único, integral, sin partes aisladas y con mejores derechos afincados en razón de futuro. Se propone dejar de lado el desamparo y huerfanización por el ejercicio y tutela del derecho que incluye la innovación en la esfera del litigio.

¹⁰⁶ Organización de las Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. “Observación General No. 12. *El derecho del niño a ser escuchado*. CRC/C/GC/CO/12. 20 de julio de 2009.

En conclusión, la administración de justicia de niñez y adolescencia debe procurar que el juez/a que debe escuchar al niño/a debe asumir que, si bien está actuando desde el campo jurisdiccional y con dicha investidura, tiene un rol que se transforma en activista cuando fundamente su desempeño con la peculiar capacidad de comprender y atender lo que manifiesten niños, niñas y adolescentes al expresar su interés respecto de su derecho al contacto efectivo, el juez investido como garantista, en el caso particular debe convertirse en un activista judicial, caracterizado por no temer crear una regla cuando se trate de garantizar a dicho derecho.

No podemos descuidar por otra parte el rol que cumplen los abogados/as el que es preponderante en esta nueva arquitectura tutelar que se propone, el *advocatus* debe prestar su asistencia profesional y especializada como colaborador del juez y al servicio de la justicia, especial característica en materia de niñez y adolescencia que involucra no solo tutela sino acompañamiento, constituye otro reto, espíritu y diferencia, marcado por el auxilio en lo complejo del litigio, donde no se interpongan intereses y por el contrario se consoliden bajo un verdadero pensamiento social e incluso colectivo que imponga la complementariedad como regla ética. Los profesionales del derecho para la infancia deben responder a una verdadera especialización.

Dentro del litigio estratégico, a la par se promueve el que se generen repertorios de actuación que privilegien la construcción de acuerdos, para ello resulta valioso incorporar la experiencia argentina, la que parte de las reformas que se dieron en el año 2015 al Código Civil y Comercial que rige desde el 01 de agosto de 2015¹⁰⁷, particularmente en lo relativo a los padres que decidan poner fin a su relación y se determina que deberán establecer ante la justicia un plan de parentalidad¹⁰⁸, esto es un acuerdo que contemple las modalidades bajo las cuales desempeñarán el cuidado del hijo/a, plan que puede establecer el lugar y tiempo en que el chico permanecerá con cada uno, las responsabilidades que asuman, las vacaciones, las fechas significativas con la

¹⁰⁷ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, < http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf>, 2015.

¹⁰⁸ El artículo 655 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina estipula que los progenitores pueden presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que contenga: a. lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor; b. responsabilidades que cada uno asume; c. régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia. El plan de parentalidad propuesto puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas. Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación.

familia y también todo lo referente a la comunicación entre el hijo y el padre con el que no vive. Para aprobar el plan, el juez deberá escuchar si los chicos están o no de acuerdo con esa propuesta, o propone algo distinto. Lo que bien podría replicarse en nuestra legislación y podría incluirse dentro de las reformas que se proponen.

Por último, se debe aprovechar las herramientas actuales que el Consejo de la Judicatura ha implementado con el Sistema Automático de Alertas y Recordatorios (SAAR), así como la creación del comité interinstitucional a través del cual el Consejo de la Judicatura, el Ministerio de Inclusión Económica y Social, la Defensoría Pública, la Dirección Nacional de Policía Especializada en Niñez, la Fiscalía y el Consejo Nacional de Igualdad Intergeneracional a fin de dar respuestas urgentes a casos de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales, lo que refuerza la necesidad de la creación del Defensor de la Niñez, el cual forme parte del mismo. Pudiéndose crear incluso una veeduría social y académica y un observatorio de la administración de justicia especializada de niñez y adolescencia.

Conclusiones

Las principales conclusiones que se obtienen tras la investigación realizada es que partiendo de la evolución histórica sobre las concepciones en torno a los derechos de la infancia; es innegable que se tradujo en el surgimiento de todo un *corpus iure* internacional de protección, el cual de la misma forma se encuentra recogido en el marco y sistema descentralizado de protección nacional, el cual muchas ocasiones no es invocado. Dicho paradigma permitió dar paso a un enfoque específico de niñez y adolescencia y que principalmente sustituye la vieja doctrina de la situación irregular por la de la protección integral, esto es el niño, niña y adolescente sujeto de derechos.

Desde una mirada objetiva sobre los derechos de niñez y adolescencia y la Administración de Justicia Especializada en Ecuador, el panorama actual no es alentador, por el contrario, su especialidad ante ciertas acciones está siendo regresivo. Por lo que se requiere una verdadera articulación con todo el sistema de protección que mantiene la legislación nacional, siendo indispensable promover su fortalecimiento, más no su desmantelamiento. Constituyendo un reto el que la administración de justicia de niñez y adolescencia procure que el juez/a escuche al niño/a o adolescente, que reconozca y materialice desde su condición de sujeto de derechos; y que al hacerlo asuma que está actuando desde el campo jurisdiccional y con dicha investidura, la cual le faculta no solo a acatar la ley sino a crear derecho a partir de su fundamentación en los casos concretos, con lo se transforma en activista y cuyos precedentes debe ser invocados.

Privilegiando la naturaleza social de los derechos de niños, niñas y adolescentes, debe primar, desde el modelo constitucional, el promover estrategias de litigio, partiendo de que no puede seguir exclusivamente adultocéntrico, ni exclusivamente técnico, sino humano y que privilegie al titular, siendo imperativo plantearse retos de estándares mayores desde la transversalidad de sus derechos.

Finalmente, ante la prevalencia del derecho humano de niñas, niños y adolescentes a mantener contacto efectivo con su padre/madre, se debe propender a pasar a un litigio que busque garantizarlo, partiendo de fomentar la acción judicial por parte del titular del derecho, lo que conlleva buscar una argumentación innovadora que permita proponer un litigio de alto impacto para casos individuales o casos emblemáticos, que permitan contar con precedentes jurisprudenciales donde se evidencie un activismo judicial.

Recomendaciones

Las principales recomendaciones que surgen de este proceso de investigación son:

- Promover una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, incorporando a continuación del artículo 293 una sección sexta que incluya la figura de la tenencia/custodia compartida, cuyo legitimado activo sea directamente el hijo/a, como mecanismo válido de exigibilidad desde el propio titular del derecho.
- Que el Estado suscriba y ratifique el Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones, el cual permitirá el ejercicio directo de los derechos de niños/as y adolescentes a presentar sus denuncias ante el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas.
- No caer en la creación de nuevos cuerpos normativos que no garantizan los derechos y por el contrario pueden ser considerados regresivos, ya que desconocerían derechos consagrados a nivel constitucional y en el Código de la Niñez y Adolescencia, recomendando fortalecer la administración de justicia especializada y lo principal su articulación formal y material con el Sistema Nacional Descentralizado, siendo indispensable el enfoque con el que se trabaje.
- Promover el reconocimiento de una maternidad y paternidad responsable, dinamizando el rol activo de cada padre y madre dentro del desarrollo integral de su hija/hijo.
- Fomentar en los profesionales del Derecho y organizaciones el uso del litigio estratégico con miras a incidir en un activismo judicial.
- Incentivar a que jueces/as, a partir de su práctica jurisdiccional, puedan incorporar una visión activista que se traduzca en la creación de derecho con miras a garantizar y hacer efectivo el de contacto efectivo de NNA con sus progenitores.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor. “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Chile: No. 10, 2006.
- Activismo judicial, < <https://lawobservatory.wordpress.com/2009/05/21/activismo-judicial/>>.
- Alegre, Silvina. Justiciabilidad y exigibilidad política de los derechos sociales y políticos, *El Caso de los Derechos del Niño*, (Fundación Arcor: 2014). < http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_publicacion/cua_sipi_exigibilidad_05_01_14.pdf>.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo. Naciones Unidas: 2006. <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>>.
- Asamblea General de las Naciones Unidas, “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, <https://srsg.violenceagainstchildren.org/es/document/a-res-64-142_710>.
- Asociaciones de mujeres exigen el fin de la custodia compartida. <<http://www.elmundo.es/comunidadvalenciana/2016/05/24/574467a6ca47419f0b8b460e.html>>.
- Aries, Philippe. “El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen”. Madrid Taurus. ([1960] 1987).
- Ávila Santamaría, Ramiro. “La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado, Los principios de aplicación de los derechos”, Lecturas obligatorias materia de Interpretación y Argumentación jurídica. Universidad Andina Simón Bolívar, 2015.
- Barreto, Camila y otros. *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*. Bogotá: Dejusticia,/Ediciones Antropos. 2015. <http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.759.pdf>
- Borges, Froylan. Ponencia, Segunda Reunión Regional del Consejo de la Judicatura Federal. 2012.<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.ijf.cjf.gob.mx/segundareunionregional/Mesa%25202%2520Ponencia%252024.pdf>>.
- CELS, *Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho*, (Buenos Aires: Siglo XXI, 2008).

CLADEM. Guía para la identificación, selección y judicialización de casos de violación de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las mujeres a nivel nacional. (Lima: CLADEM-AECI, 2011).

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. < http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf>, 2015.

Calderón, Beltrán Javier. De la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina del Desarrollo Integral. < <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/11/de-la-doctrina-de-la-situacin-irregular.html>>.

Carbonell, Teresa. Visión Mundial. Rubén Zavala. ASA/Foro por la Niñez y la Adolescencia, Informe alternativo 2003-2008 sobre el cumplimiento de la Convención de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador, 2009. <http://www.redlamyc.info/20_anios_convencion/20091017%20INFORME%20ALTERNATIVO%20ECUADOR%2009_2009.pdf>.

Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia” T-689/12: Bogotá, D.C., 28 de agosto 2012.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisiones, “Sentencia” No. T-408/95”, Santa Fe de Bogotá, D.C., 12 de septiembre de 1995.

Corte Interamericana de derechos humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf>.

Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia. “Resolución” 2013, juicio ordinario No. 032-2013 (Recurso de Casación), 12 de septiembre de 2013.

Corte Provincial de Justicia-Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Quito. Provincia de Pichincha, Causa No. 17203-2013-45987.

Child Rights International Network. Informe de Acceso a la justicia Ecuador 2015. <https://www.crin.org/sites/default/files/ecuador_access_to_justice.pdf>.

Consejo de la Judicatura Juzgado de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. “Sentencia” Causa No. 05202-2013.4609.

Consejo de la Niñez y Adolescencia. Conclusiones Encuesta a Juzgados de la Niñez y Adolescencia.2011. <https://www.crin.org/en/docs/conclusiones_informe_juzgados.pdf>.

CRIN, *Guía sobre litigio estratégico: Una introducción*, < <https://www.crin.org/es/biblioteca/publicaciones/guia-sobre-litigio-estrategico-una-introduccion>>.

- Danish Institute for Human Rights, “Applying a Rights-based Approach. An inspirational Guide for Civil Society”, 2007.
- Ecuador. “Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia”, *Promulgado mediante Ley 100, Publicado en el Registro Oficial No. 737*. 03 de enero de 2003). Última Reforma: 07 de julio de 2014.
- Ecuador. Plan Nacional de Erradicación de la Violencia. 2008. <file:///C:/Users/user%20hp/Desktop/RVN%202015/plan_erradicacionviolencia_ecuador%20enfoco%20de%20g%C3%A9nero.pdf>.
- Ecuador. “Constitución Política del Ecuador”. En *Registro Oficial No. 1*. 11 de agosto de 1998.
- Ecuador. “Código de la Niñez y Adolescencia”. En *Registro Oficial No. 737*. 03 de enero de 2003.
- Ecuador. “Constitución de la República de Ecuador”. En *Registro Oficial No. 449*. 20 de octubre de 2008.
- Facultad de Derecho UBA, “Seminario sobre fundamentos constitucionales del estado1 (año ii), cátedra de derecho constitucional, facultad de derecho, UBA, 3ª reunión ordinaria de 2015”, diálogo sobre la obra de Eugenio Bulygin los jueces ¿crean Derecho?, <file:///C:/Users/user%20hp/Downloads/Seminario%20sobre%20Fundamentos%20Constitucionales%20del%20Estado%20UBA.pdf>.
- Foro por la Niñez y Adolescencia, Informe alternativo 2003-2008 sobre el cumplimiento de la Convención de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador. Ecuador: 2008.
- Garapon, Antoine. “Juez y Democracia”. Barcelona: Flor Del Viento. 1997.
- Garzón, Baltazar. Informe de Veeduría Internacional de la Reforma Judicial, <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/comunicacion/documentos/informeveeduria.pdf> 11 de mayo de 2012.
- Goncalvez, Deisy, Francisco Franco, Universidad de Los Andes Escuela de Historia, De la niñez como noción cultural a las pautas de crianza. Notas para una antropología de la educación inicial, <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/30874/1/articulo4.pdf>.
- 10 reglas para una coparentalidad sana. La coparentalidad ¿cómo funciona? <http://www.guia-coparentalidad.com/#la-coparentalidad>.
- O'Donnell, Daniel. Derecho internacional de los derechos humanos Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Bogotá:

- Servigrafic, 2004. <
<http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/ODonell%20parte1.pdf>>.
- Organización de Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva” OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, <http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Opinion_Consultiva_Corte_IDH_Asiistencia_Consular.pdf>.
- Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990. Suscrita y ratificada por el Estado Ecuatoriano en 1990.
- Organización de las Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. “Observación general N° 05: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”. CRC/GC/2003/5. 27 de noviembre de 2003.
- Organización de las Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. “Observación General No. 12. *El derecho del niño a ser escuchado*. CRC/C/GC/CO/12. 20 de julio de 2009.
- Organización de las Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención: Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Ecuador”. CRC/C/ECU/CO/4. 02 de marzo de 2010.
- Paz y Miño, Juan y Diego Pazmiño. El Proceso Constituyente desde una perspectiva histórica, en Análisis de Nueva Constitución. Ecuador. Gráficas Araujo, 2008.
- Pautassi, Laura, y Laura Royo. “El enfoque de derechos en las políticas de infancia: Indicadores para su medición”. Santiago de Chile: CEPAL- UNICEF, 2012.
- Pieschacón, Fernando y otros. Estudio exploratorio de patrones culturales que contribuyen a la vinculación de niños, niñas y jóvenes a los grupos armados en Colombia. (Bogotá: Corporación Alotropía, 2006).
- Pitch, Tamar. Un derecho para Dos, (Italia: Editorial Trota. 2003).
- Presupuesto General del Estado consolidado para cada entidad, Ejercicio fiscal 2015, <http://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/12/13B.CN_Por-EntidadGastos.pdf>.

- Qué es una línea del tiempo y cómo se organizan. Portal Educativo, <
<http://www.portaleducativo.net/movil/quinto-basico/507/Que-es-una-linea-de-tiempo-como-se-organizan#>>.
- Resolución Defensorial. N° 003-DPE-DPP-2016-RVN,<
<http://repositorio.dpe.gob.ec/browse?type=author&value=Veloz+Navas%2C+Roberto>>. 2016.
- Salazar, Gabriel y Julio Pinto. “Historia contemporánea de Chile; V.5”. Santiago de Chile: CL: Lom. 2002.
- Syllabus de la materia de Constitucionalismo y derechos humanos en <
<http://registro.uasb.edu.ec:8080/PortalE/principal.xhtml>>.
- Tenencia Compartida Ecuador. Página de Facebook. Peticiones de la Comunidad, 2016. <
https://secure.avaaz.org/es/petition/Convenio_de_La_Haya_y_Jueces_de_BrasilConvencao_da_Haia_e_Juizes_do_Brasil_Devuelvan_a_Diego_Mateo_el_DERECHO_de_vivir_c/?fqWAuab&pv=3>.
- Trujillo, Julio César y Ramiro Ávila Santamaría. Los derechos en el Proyecto de Constitución, en Análisis de Nueva Constitución. Ecuador. Gráficas Araujo, 2008.
- Unicef. Observación escrita de Unicef sobre niñez migrante en América Latina y Caribe, Solicitud de Opinión consultiva sobre Niñez migrante presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Amicus Curiae.2013.
- Universidad Andina Simón Bolívar, Maestría Derechos Humanos, Clases de Exigibilidad Estratégica, Diana Murcia, 16 de enero de 2014.
- Voto unánime a favor de la niñez del ecuador. <
<http://www.igualdad.gob.ec/137-noticias/lo-nacional/2016/1934-voto-unanime-a-favor-de-la-ninez-del-ecuador.html>>.

Anexo Documental

1. Sentencia” Causa No. 05202-2013.4609.

Latacunga, lunes 30 de marzo del 2015

A: QUINTANA ORBEA PAULINA TERESA

Dr./Ab,: CARLOS HERNÁN POVEDA MORENO

En el Juicio Especiales - Sumarísimos /diligencias Previas No. 05202-2013-4609 que sigue QUINTANA ORBEA PAULINA TERESA en contra de PANCHI CADENA GERMÁNICO, VEGA PILA CARMEN DE LOURDES, hay lo siguiente:

JUEZ PONENTE: AB. RICARDO ALEJANDRO VIERA NAVARRETE, JUEZ UNIDAD. 'JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN LATACUNGA. - Latacunga, lunes 30 de marzo del 2015, las 10h47.-VISTOS: PRIMERO: ANTECEDENTES: En virtud que la presente decisión jurisdiccional implica la revisión de una medida de protección se partirá por identificar la misma, para luego verificar si las circunstancias que la motivaron han variado. 1.1.- En audiencia celebrada el día 14 de noviembre de 2012 el anterior Juzgado Segundo de la Niñez y Adolescencia dispuso: "1.-De conformidad al Art. 106 numeral 2 y 6 del Código de la Niñez y la Adolescencia, nombra a Carmen de Lourdes Vega Pila, de manera provisional como tutora del menor Edison Alejandro Panchi Quintana, quien deberá prodigarle el cuidado amparo y protección a su nieto dentro de la esfera física, psicológica y sexual. 2.- Se regula un régimen de visitas a favor de la progenitora Paulina Teresa Quintana Orbea, a qué visite, a su hijo menor Edison Alejandro Panchi Quintana, de forma abierta, siempre y cuando sea dentro de horas hábiles y no interrumpa al descanso del menor.", medida adoptada en anuencia de la señora PAULINA TERESA QUINTANA ORBEA (expresada en la referida audiencia) y en virtud del informe de seguimiento emitido por ía oficina técnica de esta unidad (fs. 37 y 38) con fecha 8 de noviembre de 2012 que en lo pertinente determinó que: "(•••) 4.- Desde el 26-10-2012, el niño en "forma permanente" se encuentra formando parte de! hogar de sus abuelos paternos, se .muestra adaptado y expresa fuertes lazos de afectividad hacia ellos, se niega a ir con la madre, asiste al Centro Educativo "Ilinizas", también a recibir terapia psicológica en el Centro San Miguel de la ciudad de Salcedo, los días jueves. 5.- Se conoció que el viernes 02-10-2012, la madre del niño, señora: Paulina Teresa Quintana Orbea había ingerido 10 tabletas para dormir, al día siguiente otro número (aproximadamente 20) tornándose agresiva de manera que con la ayuda de la policía es trasladada al Hospital del Seguro de esta ciudad, donde permanece hasta la presente fecha. SUGERENCIA.- Por lo expuesto anteriormente, en precautela de la integridad física y psicológica del niño: Edison Alejandro Panchi Quintana, salvo su mejor criterio, considero que "actualmente" debe permanecer en el hogar de sus abuelos paternos, los señores: Germán Panchi cadena y Carmen Lourdes Vega Pila, además que se oficie al Hospital del IESS de Latacunga a fin cíe que informen sobre las causas del ingreso de la señora Quintana a dicha Casa de Salud, ya se trata de información reservada." 1.2.-El 7 de marzo de 2013, la oficina técnica presenta un nuevo informe de seguimiento (fs. 42 y 43) en el que refiere: " 1.- El niño Edison Alejandro Panchi Quintana, de 11 años de edad, desde el 26-10-2012, de "manera permanente" se encuentra formando parte del hogar de sus abuelos paternos, los señores: Germán Panchi cadena y Carmen Lourdes Vega Pila; se muestra adaptado y afectivo con ellos,

asiste al Centro Educativo "Ilinizas", a Tercer Año de Básica, tiene un buen rendimiento académico; también recibe terapias, acordes a su caso, en el Centro San Miguel de la ciudad de Salcedo, los días jueves. 2.- Se conoce que la madre del niño, señora: Paulina Teresa Quintana Orbea, el sábado 22-12-2012, ingirió "veneno para ratas", siendo atendida en el Hospital del IESS de esta ciudad, donde le hacen un lavado gástrico, egresando al día siguiente, recibe tratamiento psicológico y medicamentoso. 3.- La madre visita al niño, todos los días, sin embargo existe resistencia del niño para acercarse a la madre, se niega a quedarse en casa de ella. SUGERENCIA.- Por lo expuesto anteriormente, en precautela de la integridad física y psicológica del niño: Edison Alejandro Panchi Quintana, salvo su mejor criterio, considero que debe continuar en el hogar de sus abuelos paternos, los señores: Germán Panchi cadena y Carmen Lourdes Vega Pila, ya que es el deseo del niño y cuenta con un entorno apropiado para su desarrollo." 1.3.- El 20 de junio de 2013 continuando con el seguimiento dispuesto la oficina técnica realiza un nuevo informe en el que manifiesta que: "L-El niño Edison Alejandro Panchi Quintana, de 11 años de edad, estudiante, sigue en el hogar de sus abuelos paternos, los señores: Germán Panchi Cadena y Carmen Lourdes Vega Pila; recibe los cuidados y protección necesarias para su desarrollo al igual que terapias en el Centro San Miguel de la ciudad de Salcedo. 2.- La madre del niño, señora: Paulina Teresa Quintana Orbea, permaneció en la Comunidad Terapéutica Femenina "Esperanza" en el Tena, recibiendo "terapia psicológica" desde el 14-04-2013 hasta el 06-2013, la primera semana pasó estable y la relación con su hijo mejoró, sin embargo "actualmente" ha vuelto a recaer en cuanto a sus intentos autolíticos". En virtud del que, en providencia de fecha 28 de junio de 2013 el Juzgado segundod e la Niñez y Adolescencia dispone que: "(...) el nombrado menor continúe bajo el amparo y protección de sus abuelos paternos, señores: Germán Panchi Cadena y Carmen Vega Pila, de conformidad al Art. 106 Nral. 6, quienes deberán prodigarle el cuidado, amparo y protección dentro de la esfera física, psicológica y sexual, 3.- Que la Oficina Técnica continúe con el seguimiento del presente caso e informe al Juzgado de forma trimestral". 1.4.- El 24 de junio de 2014, ya constituida la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, la señora PAULINA TERESA QUINTANA ORBEA comparece procesalmente y solicita la revisión de la medida de protección vigente, para lo que solicita la intervención de la oficina técnica y la práctica de varias diligencias. 1.5.- A foja 58 consta el certificado emitido por la Dra. Claudia Chávez Ledesma, médica psiquiatra del Hospital del IESS de Latacunga, en el que determina que "(...) la paciente PAULINA TERESA QUINTANA ORBEA que ha sido evaluada por consulta externa del servicio de psiquiatría del hospital del IESS Latacunga desde el mes de noviembre de 2011 debido a trastorno bipolar depresivo (CIÉ 10: F314) Diagnóstico que se mantiene hasta la actualidad, en tratamiento psicoterapéutico no farmacológico desde hace 1 año debido a embarazo. Ai momento en remisión parcial de sintomatología mixta, siendo el diagnóstico actual, según última evaluación (3/junio/2014): trastorno afectivo bipolar actualmente en remisión (CIÉ 10 F317). El pronóstico es decir, hasta lograr la remisión prolongada de cuadro afectivo, dependerá, en parte, a la resolución de dificultades en medio familiar que faciliten la exacerbación de los síntomas afectivos y al cumplimiento de controles e indicaciones del servicio de psiquiatría del hospital". 1.6.- A fojas 61 a 86 constan certificaciones del ámbito médico, terapéutico, pedagógico, psicopedagógico, comportamental y académico del adolescente EDISON ALEJANDRO PANCHI QUINTANA, emitidos por el Dr. Marco Nogales, médico del Centro Médico Integral; la Fundación de Niños Especiales "San Miguel", FUNESAMI; el Lie. Santiago Vülagómez, Intervención de Lenguaje y Estimulación Temprana; y, el Centro Educativo "Ilinizas" que denotan la evolución en estos campos del adolescente, además del acompañamiento sostenido y permanente de su abuela paterna, la señora CARMEN DE LOURDES VEGA PILA. 1.7.- A foja 88 consta la copia del Carné de Discapacidad del adolescente EDISON ALEJANDRO PANCHI QUINTANA, que denota que el mismo tiene un grado de discapacidad intelectual del 59 %. 1.8.- A fojas 95 y 97 constan

dos certificados emitidos por la Dra. Martha Méndez, médico psiquiatra, en el primero de ellos certifica que la señora PAULINA TERESA QUINTANA ORBEA al 10 de mayo de 2012 presenta un cuadro clínico compatible con el Trastorno Depresivo, Episodio Grave, por lo que requiere reposo médico de 15 días, "(...) por cuanto la paciente no se encuentra en condiciones físicas ni mentales para desempeñarse adecuadamente en sus responsabilidades laborales, de su hogar y del cuidado de su hijo"; mientras que en el segundo determina que, al 2 de junio de 2012 se encuentra "(...) emocionalmente estable (...) en muy buen estado de salud física y mental, siendo apta para cumplir con sus responsabilidades laborales, de su hogar y en perfectas condiciones para cumplir con el cuidado de su hijo". 1.9.-De fojas 100 a 130 consta el informe psico-social emitido por la oficina técnica que concluye que: " El adolescente Edison Alejandro Panchi Quintana, de 13 años, 7 meses de edad, presenta Síndrome de DOWN, asiste a Quinto Año de Educación Básica, permanece bajo la responsabilidad de los abuelos paternos, en forma permanente dése el 24-08-2012 el niño demuestra "mucho afectividad" hacia ellos. Recibe terapias acordes a su caso. El adolescente Edison Alejandro Panchi Quintana, en las entrevistas se lo observa desconfiado, al estar con muchas personas su nivel de

dispuesto en el Art. 217, numeral 1 del Código de la Niñez y Adolescencia, se dispone que PAULINA TERESA QUINTANA ORBEA, EDISON GERMÁNICO PANCHI VEGA; CARMEN DE LOURDES VEGA PILA, y GERMÁN PANCHI CADENA reciban terapia psicológica con énfasis en el fortalecimiento de los vínculos familiares deteriorados. Dicha terapia será facilitada por la señora Psicóloga Clínica MARLENE MACÍAS HERRERA, quien informará periódicamente a esta Unidad de sus avances e impresiones diagnósticas cada cinco sesiones, pronosticando en su primer informe la proyección de la cantidad de sesiones para obtener resultados sostenidos; adicionalmente informará, de ser el caso, sobre la inasistencia o incumplimiento de los asistidos". 1.11.- De fojas 146 a 157 constan los informes de avance terapéutico emitidos por la S.C. Norma Marlene Macías en relación a la señora PAULINA TERESA QUINTANA ORBEA, el señor EDISON GERMÁNICO PANCHI VEGA y el adolescente EDISON ALEJANDRO PANCHI QUINTANA que por su naturaleza de desarrollo terapéutico debe ser apreciado con el informe final. 1.12.- De fojas 158 a 160 consta el informe psicológico final emitido por la S.C. Norma Marlene Macías que concluye: "(•••) haber cumplido con el objetivo principal, que era lograr que la pareja aprenda a enfrentar los conflictos y a tomar sus decisiones de manera responsable e independiente, es así que en estos momentos no hay mayor intervención de la familia paterna porque el padre de Alejandro ha conversado con sus padres y ha reaccionado haciendo valer sus derechos de madre, por lo que considero que es el momento oportuno para que la autoridad respectiva tome una decisión con respecto al bienestar de Alejandro y todo su núcleo familiar" 1.13.- El día 12 de marzo de 2015, en la cámara de gesell de esta unidad, con el aporte técnico de la Ps. Cl. Eliana López y la presencia de* los legitimarios se realiza la escucha al adolescente EDISON ALEJANDRO PANCHI QUINTANA, cuyo criterio no es transcrito por su naturaleza, más es un eje rector de la decisión jurisdiccional. 1.14.- Habiendo proveído y agotado todas las diligencias solicitadas por los legitimarios para la valoración de la revisión de la medida de protección, con fecha 25 de marzo de 2015 se lleva a efecto la reconstitución de la audiencia, misma que se encuentra integralmente grabada y cuya resolución motiva la presente providencia. SEGUNDO: ANÁLISIS CONSIDERATIVO Y RESOLUCIÓN. 2.1.- NATURALEZA DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN.- Por su imperatividad las medidas de protección no tienen únicamente un reconocimiento legal, sino -y sobre todo- constitucional y supranacional tal como se determina en los Arts. 44, 45, 46 y 341 de la Constitución de la República, en el Art. 25 numeral 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 24 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que encuentran su desarrollo en el Código de la Niñez y Adolescencia. Las medidas de protección implican acciones prioritarias, positivas, eficaces y efectivas que

adopta la autoridad competente, mediante resolución judicial o administrativa, en favor del niño, niña o adolescente, cuando se ha producido o existe el riesgo inminente de que se produzca una violación de sus derechos, definición que denota que por naturaleza las medidas de protección tienen un carácter imperativo, de supremacía y preponderancia frente a una situación emergente, cuyo efecto es inmediato, empero no permanente, sino únicamente provisional mientras se previene, detiene o restituye el o los derechos en vulneración; en tal virtud, luego de su emisión como consecuencia indefectible está su revisión, que involucra su confirmación, modificación o revocatoria; por tanto, la solicitud de la señora PAULINA TERESA QUINTANA ORBEA (revisión) encuentra pertinencia y ameritó sustanciación procesal para generar convicción jurisdiccional.

2.2.-PATRIA POTESTAD.- La Declaración Universal de Derechos Humanos en el Art. 16 numeral 3, concordantemente con el Art. 67 de la Constitución de la República reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, legalmente el Código de la Niñez y Adolescencia reafirma esta concepción de una forma más puntual, cuando en su Art. 96 reconoce a la familia como el núcleo básico de la formación social y el medio natural necesario para el desarrollo integral de sus miembros, principalmente los niños, niñas y adolescentes. En este contexto el Art. 9 ibídem, determina que corresponde prioritariamente al padre y la madre la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos e hijas y la exigibilidad de sus derechos. Esta relación parento-filial toma el nombre de patria potestad, institución jurídica que de acuerdo al Art. 105 ibídem implica el conjunto de derechos y obligaciones que tienen padres y madres en relación a sus hijos e hijas, que por su naturaleza es privativa de padres y madres y, que solo puede ser restringida por el incumplimiento de sus

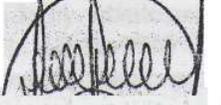
sociabilidad es algo bajo, esto puede deberse al ser muy consentido por las personas que están u su alrededor. Según la recalificación por parte del CONADIS su porcentaje de discapacidad es del 59% intelectual. Dentro de la información que se pudo tener en las entrevistas, la encargada de la Sala búdica de esta Unidad Judicial, menciona que la abuela paterna, señora Carmen Vega, tiende hacer comentarios negativos de la situación al frente del adolescente, lo cual genera en cierta medida de manera inconsciente "alienación parental" de parte de la familia paterna/Los conflictos entre las familias paterna y materna del adolescente, han generado en él desequilibrio en el área afectiva, lo que se constituye en maltrato psicológico y revictimización. Por medio de la entrevista y los reactivos psicológicos aplicados a la señora Paulina Teresa Quintana Orbea, se ha obtenido que por lo que ha tenido que vivir la evaluada a lo largo de su vida y por el cuadro depresivo que género, ha creado cierta resistencia al dolor emocional, como defensa psíquica ante los maltratos. Existe temor y desconfianza a que le puedan hacer daño, a pesar de haber obtenido, resistencia ante los sucesos negativos externos, precisa de apoyo y personas que le brinden afecto, por lo que se vuelve sumisa ante los demás, generando rasgos sacrificados, permitiendo que le humillen o le exploten. No se muestra muy sociable, en ocasiones puede llegar a ser impulsiva. La señora Paulina Teresa Quintana Orbea, en cuanto a las condiciones de habitabilidad, dispone de un ambiente confortable para ofrecer a su hijo una vida digna y apropiada, mientras ella trabaja cuenta con la colaboración de una empleada y de sus padres para el cuidado de los hijos. El señor Edison Germánico Panchi Vega en la entrevista y en los reactivos psicológicos, se ha observado que se presenta como una persona dependiente, busca relaciones que le permitan apoyarse emocionalmente, existen rasgos depresivos, los mismos que son evidenciados por la labilidad emocional que presenta al momento de la consulta, puede llegar a ser sumiso de las personas de las cuales depende. La señora Carmen de Lourdes Vega Pila, luego de la entrevista y los reactivos aplicados, se muestra como una persona desconfiada, puesto/que genera cierto temor a acontecimientos dolorosos, en ocasiones puede llegar a ser impulsiva. Por el mismo temor a generado cierto nivel de dependencia a las personas, buscando apoyarse emocionalmente a estas. Puede

mostrarse sumisa ante algunas situaciones o personas. El señor Germán Erquivaldo Panchi Cadena en los reactivos psicológicos, se presenta como una persona con un gran amor propio, por lo que en ocasiones parecerá algo egoísta, se muestra confiado en sí mismo. Busca demostrar su valor ante el mundo. En ocasiones puede observarse como una persona de carácter fuerte, lo cual le puede volver impulsivo por momentos.", recomendando que: "El adolescente: Edison Alejandro Panchi Quintana, en precautela de su integridad física y psicológica "provisionalmente" debería continuar formando parte del hogar de sus abuelos paternos, ya que se muestra muy adaptado a este entorno y necesita un proceso de integración a un nuevo grupo familiar, como es su familia materna. En vista de los conflictos familiares existentes entre la progenitura del adolescente y sus abuelos paternos, sería procedente que la señora: Paulina Teresa Quintana Orbea y su hijo empiecen un proceso de adaptación de manera progresiva a fin de que se restablezcan y fortalezcan los lazos afectivos, con periodos en los cuales la madre comparta con su hijo en lugares distintos al domicilio de la familia paterna. Que la señora: Paulina Teresa Quintana Orbea continúe con el tratamiento de especialidad, por su diagnóstico de "síndrome depresivo grave". Que de ser el caso, tanto las familias paterna y materna, del adolescente depongan actitudes negativas en beneficio de su estabilidad psicológica". 1.10.- Con fecha 16 de octubre de 2014 se celebra la audiencia de revisión de medidas de protección en la que con acuerdo de los legitimarios se dispone: "1.- En cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 45, segundo inciso del Código de la Niñez y Adolescencia, en concordancia con el Art. 60 del Código de la Niñez y Adolescencia se escuchará al adolescente EDISON ALEJANDRO PANCHI QUINTANA a través de la cámara de gesell de la que está proveída esta unidad; diligencia que se señalará una vez que se ubique un profesional especializado en la atención en niñez y adolescencia y personas con discapacidad. 2.- Acuerdan como espacio de convivencia familiar de la madre señora PAULINA TERESA QUINTANA ORBEA y su hijo EDISON ALEJANDRO PANCHI QUINTANA los días sábados o domingos de forma alternada desde las 09h00 a las 17h00 (iniciando este día sábado 18 de octubre de 2014); la entrega del adolescente en el hogar materno a las 09h00 la realizará el señor EDISON obligaciones, en las causas predeterminadas en la ley por disposición jurisdiccional. En el caso sub judice la señora PAULINA TERESA QUINTANA ORBEA y el señor EDISON GERMÁNICO PANCHI VEGA, se encuentran en ejercicio de su patria potestad sin restricción de ningún tipo. 2.3.- TUTELA Y SU COMPATIBILIDAD CON LA PATRIA POTESTAD.- Conforme el Art. 367 del Código Civil las tutelas y las curatelas son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida, disposición que se entiende y ratifica en complemento con el Art. 377 íbidem, que determina que: "No se puede dar guardador al que está bajo la patria potestad, salvo que ésta se Suspenda por disposición del juez (-)."• Normativa que encuentra su razón y pertinencia, en virtud del reconocimiento, respeto y protección hacia los derechos y obligaciones prioritarios de padres y madres en ejercicio de su patria potestad, a quienes les asiste el cuidado y protección primigenio de hijos e hijas y, solo a su falta (conjunta) o restricción de facultades cabe el analizar figuras como las guardas. Como ya se lo describió en los antecedentes en audiencia celebrada el día 14 de noviembre de 2012 el anterior Juzgado Segundo de la Niñez y Adolescencia nombró a la señora CARMEN DE LOURDES VEGA PILA de manera provisional como tutora del entonces niño EDISON ALEJANDRO PANCHI QUINTANA, regulando un régimen de visitas en favor de su madre la señora PAULINA TERESA QUINTANA ORBEA, figura jurídica que como se lo ha analizado, frente al ejercicio de la patria potestad de padre y madre, la variación de circunstancias de hecho, no encuentra sustento jurídico actual, debiendo ser revisada. 2.4.- DERECHO A LA CONVIVENCIA FAMILIAR DE PADRE Y MADRE.- En concordancia con la ya analizado

anteriormente, la patria potestad en una de sus manifestaciones estructurales implica el derecho constitucional a la convivencia familiar, que por su naturaleza es dual, ya que les asiste tanto a padres y madres, así como a hijos e hijas; concepción expresa en el segundo inciso del Art. 45 de la Constitución de la República, que incluye a miembros de la familia ampliada. Cuando padre y madre se encuentran separados dicho derecho pervive, pero toma diferentes manifestaciones jurídicas, para quien ejerce la convivencia habitual y para quien la ejerce -generalmente- en los espacios de descanso semanal o recreación, para el primer caso se denomina tenencia y para el segundo régimen de visitas, empero, -se ratifica- las dos son formas del derecho a la convivencia familiar. Por definición estas formas comunes y tradicionales de ejercicio de la convivencia familiar, deben adecuar sus matices a las necesidades y circunstancias propias de cada medio familiar, y ser flexibles a fin de garantizar un ejercicio integral de derechos de cada uno de sus miembros, garantizando el medio más idóneo para el desarrollo psico-evolutivo y formativo de niños, niñas o adolescentes.

2.5.- CUSTODIA COMPARTIDA.- Partimos, de la base de que la patria potestad involucra un ejercicio igualitario, equitativo y proporcional de derechos y obligaciones de padres y madres, concepto que constituye la corresponsabilidad paterna y materna reconocida en el Art. 69 numerales 1 y 5 de la Constitución de la República, que además debe entenderse desarrollado y articulado de forma sistémica con otras disposiciones. El Art. 83, numeral 16 ibídem, establece que es una responsabilidad de los ecuatorianos y ecuatorianas el "Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos (...) corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, [que] corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten."; responsabilidad que no solamente implica la provisión de recursos para la satisfacción de necesidades, sino y sobre todo "(...) la asunción de las tareas que acarrea la tenencia de niños, niñas y adolescentes, en tanto implican trabajo de sustento y cuidado humano", como lo ha desarrollado la Corte Constitucional en la SENTENCIA N.º 048-13-SCN-CC, CASO N.º 0179-12-CN y- ACUMULADOS; responsabilidad que -por supuesto- debe ser cumplida en igual proporción, de acuerdo a la situación y condiciones particulares de cada miembro familiar. El Art. 18, numeral 1 de la Convención de los Derechos del Niño reconoce el "(...) principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño.". Ya en un abordaje legal, el Art. 9 del Código de la Niñez y Adolescencia, determina que corresponde prioritariamente al padre y la madre la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos e hijas y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos; haciéndose manifiesto del contexto y la especificidad el concepto de la responsabilidad compartida aplicable de forma genérica a todos los campos de la patria potestad, así como en lo concreto en cuanto a la convivencia familiar se refiere, la posibilidad, cuando el caso así lo requiera, de la constitución de la figura de la custodia compartida. Como se entrevé del análisis precedente, la custodia implica la relación continua de convivencia, entendida desde el ámbito de la cotidiana realización de actividades propias del ámbito familiar, con énfasis en la generación de un medio idóneo de psico-desarrollo de un niño, niña o adolescente, en condiciones de protección, seguridad y potencialización de capacidades, pero además -pragmáticamente-, involucra un reconocimiento prioritario de la facultad de toma de decisiones realizadas con este fin por el padre o la madre a quien esta atribuida formalmente. En el presente caso, dicha custodia vista desde el campo formal y material se encuentra ejercida por la señora CARMEN DE LOURDES VEGA PILA, abuela paterna del adolescente EDISON ALEJANDRO PANCHI QUINTANA y en menor medida por otros miembros de la familia ampliada paterna; con relegación voluntaria del señor EDISON GERMÁNICO PANCHI VEGA (padre) y por circunstancias médicas y -también- con grados de exclusión a la señora PAULINA TERESA QUINTANA ORBEA (madre), quienes como se lo ha reiterado ejercen la patria potestad del adolescente sujeto de protección. Por las motivaciones antes expuestas se RESUELVE: 1.- Revocar la tutoría dispuesta a la señora CARMEN DE

LOURDES VEGA PILA en relación a su nieto, el adolescente EDISON ALEJANDRO PANCHI QUINTANA. 2.-Disponer la custodia o tenencia compartida del adolescente EDISON ALEJANDRO PANCHI QUINTANA a su padre y madre, señor EDISON GERMÁNICO PANCHI VEGA y señora PAULINA TERESA QUINTANA ORBEA; empero, por las circunstancias propias del caso, al ser aún necesario el regular y modular provisionalmente dicho ejercicio conjunto, se determina que la custodia del adolescente EDISON ALEJANDRO PANCHI QUINTANA de lunes a viernes sea ejercida por su padre el señor EDISON GERMÁNICO PANCHI VEGA, mientras que desde las 09hOO de todos los días sábados hasta las 18hOO de los días domingos sea ejercida por su madre la señora PAULINA TERESA QUINTANA ORBEA; las fechas determinadas como días feriados serán compartidos de forma alternada. Dicha regulación por el carácter de la custodia compartida no excluye a que padre y madre previa coordinación con el que se encuentre en su ejercicio prioritario, pueda compartir espacios de convivencia familiar en cualquier día de la semana con su hijo, y que sea -en todo caso- parte igualitaria en la toma de decisiones con respecto al mismo, en su representación legal y demás actos propios de la patria potestad. 3.- Al encontrarse de lunes a viernes materialmente ejerciendo el cuidado del adolescente EDISON ALEJANDRO PANCHI QUINTANA, la señora CARMEN DE LOURDES VEGA PILA y demás miembros por vía paterna, reconociendo además los derechos que en segunda instancia (salvo excepciones) asisten a la familia ampliada, al amparo de lo dispuesto en el Art. 217, numeral 2 del Código de la Niñez y Adolescencia, en los espacios de tiempo que por circunstancias de índole laboral el señor EDISON GERMÁNICO PANCHI VEGA no se encuentre ejerciendo el cuidado de su hijo se dispone la orden de cuidado del adolescente sujeto de protección a la señora CARMEN DE LOURDES VEGA PILA y por extensión a los miembros de la familia paterna. 4.- Conforme lo dispone el Art. 219 del Código de la Niñez y Adolescencia dispongo que la oficina técnica de esta unidad realice un estudio bio-psico-socio-familiar del adolescente EDISON ALEJANDRO PANCHI QUINTANA, en el plazo de tres meses.- Notifíquese.- f).- AB. RICARDO ALEJANDRO VIERA NAVARRETE, JUEZ;.

AB. RUTH  IZURIETA
SECRETARIA (E)

Lo que comunico a los fines de ley.

2. Sistematización posturas Colectivos con los cuales se mantiene contacto en Argentina.

**SISTEMACIÓN PRINCIPALES POSTURAS DE LOS COLECTIVOS
CON LOS QUE SE MANTUVO CONTACTO EN BUENOS AIRES.**

Colectivo/Institución Representante	País/Ciudad	Mecanismos Exigibilidad Activados	Debilidades
Padres del Obelisco	ARG-BA	<p>Todos los jueves se ubican en el tradicional Obelisco.</p> <p>Ofrecen Charlas Orientadoras</p> <p>Generaron presión social y lograron difusión en medios de comunicación.</p> <p>Generan y luchan por políticas de protección de la niñez.</p> <p>Propugnan que existe un ocultamiento sistemático del derecho que les asiste como Padres, solo el discurso de las madres se considera válido.</p> <p>Denuncia violencia oculta detrás de una política de género</p> <p>Denuncian varios casos de impedimento al contacto y obstrucción del vínculo.</p> <p>Denuncia penalización del derecho con la Ley 24.270.</p> <p>Distinguen claramente el hembrismo del feminismo. Combaten el primero.</p> <p>Promueven se escuche al niño/a</p> <p>Denuncian que quienes están en contra de la custodia compartida tienen un discurso sin fundamento.</p> <p>Parte del discurso que combaten es el que manifiesta que es innecesario y traumático exponer a las pericias a las/os niñas/os</p> <p>Su discurso: Mensaje de un niño/a: Yo no me divorcié, los amo y necesito.</p> <p>Citan cifras alarmantes: 2000000 de niños huérfanos con padres vivos</p>	<p>No todos conocen a ciencia cierta el discurso que poseen.</p> <p>Han ido perdiendo convocatoria ante las propias y diversas posturas que generan entre cada uno.</p> <p>Ven a la problemática como una guerra originada con claros fines desde los EUA quienes manejan el monopolio de las políticas de género.</p> <p>Esa postura firme y radical no permite muchas veces ser objetivos desde el derecho que tienen sus hijos/as, siguen la discusión desde un mundo adultocéntrico.</p>

Dr. Federico La Rosa	ARG-BA	<p>Su mensaje base es defender los derechos del niño/a, no es una cuestión de hombre o mujer.</p> <p>La problemática tiene varias fallas y brechas.</p> <p>Hay un nexo en los mecanismos de exigibilidad que deben ser pensando honestamente y en el niño/a, si se piensa</p>	<p>Faltó el tema desde la dimensión política.</p> <p>Profesionales del derecho iniciaron a lucrar y sacaron sus clientes de los mismos padres que acudían.</p>
----------------------	--------	---	--

		<p>desde el adulto se vuelve un gran negocio.</p> <p>El mecanismo empieza cuando el principio de defensa en tema de familia, es contrario, parte de ser culpable.</p> <p>No trabaja en temas de familia por ética profesional, no puede cobrar honorarios cuando vive esta problemática.</p> <p>En estas situaciones se lucra con el dolor.</p> <p>Los Defensores de Menores cumplen lo que dice el Pacto de San José, acuden a una de cinco audiencias.</p> <p>Tiene muy claro que no tienen confrontación contra su pareja, contra la madre de su hija, pero si es contra de la justicia, por no hacer lo que debía.</p> <p>Ha recorrido varias provincias en Argentina, evidenciando que el judicializar la problemática es un gran negocio.</p> <p>Ve que un Juez/a que dicte sentencia, pero que el proceso tarde ya inicia vulnerando el derecho.</p> <p>Cuando surge su colectivo diseñaron una estrategia comunicacional, estaban avalados por gente de los mismos medios que decidieron sacar sus problemáticas.</p> <p>Visibilizaron la problemática sacando un reportaje por el día del padre que caló en la sociedad.</p> <p>Generaron profesionales de apoyo y consulta.</p> <p>Lograron que mujeres y madres acompañen a los padres separados.</p> <p>Está de acuerdo con la forma alemana que maneja el cuidado del niño/a en casos de denuncias de violencia. Donde al que se defiende NNyA. Si hay separación real ante el informe técnico, igual no se le niega el contacto con la parte alejada, puede tener</p>	<p>Falta voluntad política, sigue discriminación.</p> <p>La justicia civil y penal argentina son como agua y aceite.</p> <p>Hay brechas en cuanto a los precedentes jurisprudenciales internacionales.</p>
--	--	--	--

		<p>orden de restricción, pero una vez a la semana se ordena el contacto.</p> <p>Los expedientes no deben llevar nombres por el derecho a la identidad.</p> <p>Tuvo repercusión mundial y dieron la cara, no porque los perjudique a ellos, sino porque perjudican a los derechos de sus hijos/as.</p>	
--	--	--	--

<p>Colectivos Mujeres CABA</p>	<p>ARG Nación</p>	<p>Han construido una red muy grande en toda la nación.</p> <p>Logran consolidar la Ley nacional 26.485</p> <p>Forman parte del Consejo Nacional de las Mujeres</p> <p>Han canalizado la construcción adicional y ampliada de redes en toda la nación.</p> <p>Tienen mecanismos legales, administrativos y judiciales efectivos.</p> <p>Mantienen varios mecanismos de exigibilidad social, política y judicial.</p> <p>Mantienen fuerte presencia en medios de comunicación.</p> <p>Tienen posibilidades de presupuesto nacional e internacional para diseñar sus políticas y mecanismos.</p> <p>Organizan foros constantemente tanto con presencia nacional como internacional.</p> <p>Mantienen un discurso unívoco.</p>	<p>El mensaje es tajante obstruir el vínculo cuando se trate de temas de violencia doméstica.</p> <p>No comparten la custodia compartida.</p> <p>Prevalece el discurso adultocéntrico.</p> <p>Se han visibilizado denuncias falsas por violencia.</p> <p>Se han ido manifestando conductas con rasgos de alienación parental.</p>
------------------------------------	-----------------------	---	---

<p>Gabriel Balanovsky Documental Borrando a Papá</p>	<p>ARG- BA</p>	<p>Logró cambios reales en Argentina a través del documental que produce.</p> <p>Se canalizan reformas legales y administrativas tras el documental.</p> <p>Iniciaron a aceptar denuncias de los padres de igual forma, lo que antes no se hacía.</p> <p>Sacan estereotipos sociales como que el hijo es propiedad de la madre, conductas preconcebidas y estereotipadas por parte de todos quienes cumplen distintos roles en el sistema de administración de justicia.</p>	<p>Mantiene una posición radical donde no cabe otra postura.</p> <p>El problema responde a intereses y lucros, muy difíciles de romper.</p> <p>Combate el tema de violencia de género, como una forma de mantener el <i>statu quo</i>.</p> <p>No es susceptible de analizarlo desde otra</p>
--	--------------------	--	--

		<p>Denuncian el método de Jorge Corsi, quien luego en España es acusado de pedofilia</p> <p>Visibilizan que la perdura del conflicto perjudica a los chicos.</p> <p>Denuncian el discurso sobre el que no esté un padre no es grave, claro ejemplo de hembrismo no feminismo. Lo distinguen.</p> <p>En el documental logran que un adolescente NN se exprese sobre su derecho: “Tienen que darnos la oportunidad de nuestra decisión, no de ellos, de mi mami, abuela, etc., es mía”.</p> <p>Se les hace conocer que en Chile se aprueba ley amor de papa.</p> <p>Directora del documental consolida que el vínculo al contacto efectivo es ante todo un derecho humano.</p> <p>Logran que padres que luchan por ser padres. profesionales que denuncian el problema y otros profesionales que admitan que obstruyen vínculos.</p> <p>Mantiene un discurso que a través de la custodia compartida permite que la solución y garantía de los derechos de los hijos/as permite que la madre retome su proyecto de vida, crecimiento laboral.</p> <p>Logra que artistas internacionales mujeres se sumen reconociendo la alienación parental como Lita Ford, cantante de rock.</p>	<p>arista el negar toda obstrucción de los vínculos familiares, la creación de un negocio del que muchos profesionales se benefician y se encargan de perpetuar.</p> <p>No ve que el sistema judicial pueda cambiar.</p> <p>Ve a los abogados como parte de toda esta problemática.</p> <p>Sostiene que hay un negocio lo que mantiene la brecha entre lo civil y penal.</p> <p>Ven que el lobby que genera el negocio de las falsas denuncias y de la violencia contra la mujer es impresionante, mantienen estrategias comunicacionales.</p> <p>Considera que la impunidad y corrupción del medio y sistema judicial nunca va a cambiar. Incluye a operadores y abogados.</p>
--	--	---	---

Dr. Tomás Dadic FIO	ARG- BA	<p>Evidencia la problemática que afecta directamente a niños, niñas y adolescentes.</p> <p>La reforma de 2015 al Código Civil y de Comercio constituye una buena oportunidad para buscar cambios en tutela de derechos de niñez y adolescencia.</p> <p>Se van consolidando mecanismos de exigibilidad.</p> <p>Se va consolidando el principio del interés superior.</p>	<p>Hay un reconocimiento de fallas en el sistema judicial sin duda.</p> <p>Existen brechas en cuanto al derecho internacional, precedentes internacionales.</p>
------------------------	------------	---	---

		<p>En el programa La Gente y su Defensor, se ha visibilizado la problemática, sin ningún prejuicio.</p> <p>La Institución Defensor del Pueblo de la Nación Argentina, ha direccionado sus actuaciones a garantizar particularmente, el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.</p> <p>Apoyan en la implementación de la Ley No. 26.061 de Protección Integral que amplía su aplicación en relación con los ámbitos en que el niño puede ejercer ese derecho.</p> <p>Apoyan la labor de la Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes y la Red respectiva de derechos de niñez.</p>	
--	--	--	--

Anexos Digitales:

Se incorporan los siguientes archivos digitales en CD:

- 1.- Anexo Digital Uno:** Entrevista a activista Manuel Martínez. Ecuador.
- 2.- Anexo Digital Dos:** Entrevista a Dr. Carlos Viera, Juez Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia- Latacunga-Ecuador. Sentencia considerada Emblemática.
- 3.- Anexo Digital Tres:** Entrevista a Dr. Federico De La Rosa. Realizada en Argentina.
- 4.- Anexo Digital Cuatro:** Entrevista a Dr. Gabriel Balanovsky. Realizada en Argentina.