



**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES “ANDRÉS F. CÓRDOBA”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL  
ECUADOR.**

**Efectos Jurídicos de la Etapa Previa a la Declaratoria de Adoptabilidad para los niños y  
niñas, respecto al cumplimiento del Principio del Interés Superior del Niño.**

**DANN DAVIS CAJAS SILVA**

**DIRECTORA DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN:**

**MARÍA FERNANDA BASTIDAS PÉREZ**

## **Resumen.**

El presente trabajo de investigación se centra en analizar la necesidad de adecuación de la normativa ecuatoriana en relación al esclarecimiento de situación personal, familiar, legal y de salud de los nna, comprendiendo la temporalidad y los limitantes que encontramos en el Ecuador, desde la puesta en riesgo de los niños y niñas hasta la sentencia en la cual se establezca el proceso de reinserción familiar o la declaratoria de adoptabilidad, con la intención de comprender la forma en la que debe aplicarse tanto la normativa interna como los estándares internacionales.

En la presente información se demostrará que, la normativa ecuatoriana no se encuentra acorde al cumplimiento del Principio del Interés Superior del Niño, excediendo la temporalidad determinada dentro de la normativa, además de ignorar a los niños y niñas como los sujetos de atención prioritaria y utilizando el acogimiento institucional como principal medida de aplicación en aras de protección de sus derechos, sin considerar que la medida en cuestión es de ultima aplicación.

Por lo mismo, en protección al interés superior del niño, el cual lleva por finalidad el buscar y decidir lo que sea mejor y de mayor conveniencia para los nna, debiendo garantizarse su derecho a un desarrollo integral y adecuado, considerando la existencia de excepcionalidades en las cuales el menor debe poseer una familia, recordando que el mismo concepto no debe obedecer obligatoriamente al de la familia nuclear.

**Palabras Clave.** – Principio interés superior del niño, Declaratoria de adoptabilidad, Discrecionalidad.

**Abstract.**

This research work focuses on analyzing the need to adapt Ecuadorian regulations in relation to the clarification of the personal, family, legal and health situation of children, understanding the temporality and limitations that we find in Ecuador, from the start at risk of children until the sentence in which the process of family reintegration or the declaration of adoptability is established, with the intention of understanding the way in which both internal regulations and international standards should be applied.

In the present information will be demonstrated that the Ecuadorian regulations are not in accordance with compliance with the Principle of the Superior Interest of the Child, exceeding the temporality determined within the regulations, in addition to ignoring boys and girls as subjects of priority attention and using institutional fostering as the main application measure for the sake of protecting their rights, without considering that the measure in question is of last application.

For this reason, in order to protect the best interest of the child, whose purpose is to seek and decide what is the best and most convenient for the children, and their right to comprehensive and adequate development must be guaranteed, considering the existence of exceptionalities in which the minor must have family, remembering that the same concept should not necessarily obey that of the nuclear family

Key words. – Principle of best interest of the child, Declaration of adoptability, Discretion.

## Contenido

<b>Resumen</b> .....	<b>2</b>
<b>Abstract</b> .....	<b>3</b>
<b>PRELIMINARES</b> .....	<b>6</b>
<b>DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y HONESTIDAD ACADÉMICA</b> .....	<b>6</b>
<b>Aprobación de Tutora</b> .....	<b>7</b>
<b>Agradecimientos</b> .....	<b>8</b>
<b>Dedicatoria</b> .....	<b>9</b>
<b>Introducción</b> .....	<b>10</b>
<b>Capítulo I</b> .....	<b>13</b>
<b>Aproximación y alcance al principio del interés superior del niño y derechos</b> .....	<b>13</b>
<b>Principio del interés superior del niño</b> .....	<b>13</b>
<b>Respecto de los derechos de los niños y niñas</b> .....	<b>19</b>
<b>Derechos inmersos</b> .....	<b>22</b>
<b>Derecho del menor a vivir en familia</b> .....	<b>24</b>
<b>Derecho a ser adoptado</b> .....	<b>27</b>
<b>Derecho a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria</b> .....	<b>30</b>
<b>Tutela judicial efectiva</b> .....	<b>31</b>
<b>Excesiva discrecionalidad de la administración pública</b> .....	<b>33</b>
<b>El principio de legalidad y su relevancia en el manejo de la discrecionalidad administrativa</b> .....	<b>35</b>
<b>Potestades regladas y su relevancia en el proceder de las instituciones públicas</b> .....	<b>36</b>
<b>¿En qué consisten las potestades discrecionales?</b> .....	<b>37</b>
<b>Conclusiones del capítulo</b> .....	<b>39</b>
<b>Capítulo II</b> .....	<b>40</b>
<b>Respecto del procedimiento administrativo que antecede a la declaratoria de adoptabilidad</b> .....	<b>40</b>
<b>Análisis de las medidas de protección existentes en la normativa ecuatoriana</b> .....	<b>42</b>
<b>Acogimiento familiar como medida de protección</b> .....	<b>43</b>
<b>Acogimiento institucional como medida de protección</b> .....	<b>45</b>
<b>Respecto del esclarecimiento de situación del niño o niña</b> .....	<b>46</b>
<b>Derecho comparado</b> .....	<b>49</b>
<b>Procedimiento administrativo que antecede a la adopción en Perú</b> .....	<b>49</b>
<b>Procedimiento administrativo que antecede a la adopción en España</b> .....	<b>52</b>
<b>De la generalidad a la excepcionalidad</b> .....	<b>55</b>
<b>Conclusiones del capítulo</b> .....	<b>57</b>

<b>Capítulo III.....</b>	<b>58</b>
<b>Necesidad de adecuación normativa en el Ecuador.....</b>	<b>58</b>
<b>Síntesis caso.....</b>	<b>59</b>
<b>Análisis caso. ....</b>	<b>59</b>
<b>Propuesta normativa.....</b>	<b>65</b>
<b>Inclusión de artículos en el CONA.....</b>	<b>65</b>
<b>Considerando:.....</b>	<b>66</b>
<b>Conclusiones. - .....</b>	<b>70</b>
<b>Recomendaciones.....</b>	<b>73</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>74</b>
<b>Anexo 1. ....</b>	<b>78</b>
<b>Anexo 2. ....</b>	<b>79</b>

**PRELIMINARES**  
**DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y HONESTIDAD ACADÉMICA**

Yo, DANN DAVIS CAJAS SILVA, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido presentado anteriormente para ningún grado o calificación profesional y que se ha consultado la bibliografía detallada.

Cedo mis derechos de propiedad intelectual a la Universidad Internacional del Ecuador, para que sea publicado y divulgado en internet, según lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual, su reglamento y demás disposiciones legales.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'DANN DAVIS CAJAS SILVA', is written over a horizontal dotted line.

DANN DAVIS CAJAS SILVA

C.I.: 17050502658

## Aprobación de Tutora

### APROBACIÓN DEL TUTOR

Yo, BASTIDAS PÉREZ MARÍA FERNANDA, certifico que conozco al autor del presente trabajo siendo la responsable exclusiva tanto de su originalidad y autenticidad, como de su contenido.

  
.....

DIRECTOR DE TESIS

## **Agradecimientos.**

Agradezco a Dios. Los logros del día a día son y serán gracias a él.

A mi madre. Cuyo apoyo ha representado mi pilar fundamental durante la vida, quien me ha dado fortaleza en los momentos mas felices, consuelo en la tristeza y amor incondicional en todo momento, además de abrazos y la sonrisa más sincera que solo una madre puede dar en los momentos de alegría. Soy el hombre más dichoso del mundo al admirar a una madre tan buena, inteligente y luchadora.

A mi Abuelita. Quien ha sido mi respaldo durante toda la vida, soporte y confianza, además de un ser lleno de dulzura y disciplina. Una mujer llena de virtudes, quien le enseña día a día a la vida lo que es amar y dar sin pensar lo que va a recibir.

A mi tía Normy, su hijo Paul, mi tía Paty y su esposo Faby. Por ser gran parte de mi soporte emocional, guía y luz en los momentos de adversidad, por su paciencia y comprensión, por enseñarme sobre respeto y amor y por darme la mano siempre que ha sido necesario.

A mi novia Paola. Quien me ha enseñado a confiar, me ha acompañado en los momentos de estrés y sobre todo, me ha dado todo el amor del mundo. El caminar de tu mano por este viaje llamado vida es un honor.

A mi tutora, Mafer. Quien me ha acompañado en este proceso de estudio desde el primer semestre de carrera, me ha aconsejado y jalado las orejas cuando ha sido necesario. La academia y el mundo en general necesitan más personas como usted.

**Dedicatoria.**

A mi abuelito, Bolivar Napoleon Silva Rodríguez, quien en vida fue mi ejemplo y la persona mas cariñosa, llena de valores y con un don de persona excepcional.

Abuelito, lo estoy logrando.

## **Introducción.**

El presente trabajo de titulación lleva sus bases en conocer la situación actual y la eficacia en la actuación real de la norma en aras a la defensa de los derechos de los niños y niñas que se encuentran dentro del proceso de esclarecimiento de la situación personal hasta la declaratoria de adoptabilidad o el otorgamiento de la medida que la autoridad judicial considerare pertinente, brindar una propuesta normativa al Estado ecuatoriano que permita regular el proceso investigativo realizado por los funcionarios del Ministerio de Inclusión Económica y Social (en adelante llamado MIES) de forma adecuada para garantía de los derechos de los y las menores.

A lo largo de la investigación se logrará comprender el sistema jurídico nacional relacionado, comprendiéndose la importancia del establecimiento de límites temporales para la realización de cada una de las etapas que componen el proceso que deriva en la declaratoria de adoptabilidad. Es necesario analizar la repercusión del excesivo grado de discrecionalidad que se otorga a la entidad pública al realizarse la investigación y acercamiento pertinentes tanto con el niño o niña y su familia (en el esclarecimiento de situación).

Por lo mismo, se debe resaltar que los derechos afectados serían del derecho del menor a una familia y consecuentemente a ser adoptado, disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria, al respeto de su libertad y dignidad, además de la tutela judicial efectiva.

La protección a los niños es uno de los temas que deben ser analizados y criticados en la actualidad ya que es evidente la necesidad de crecer en el círculo familiar, el cual posee un elevado nivel de protección debido a lo establecido por la norma suprema.

Por ende, cuando no existe la posibilidad de mantener el círculo familiar natural del niño o niña por una serie de variables que pongan en riesgo la integridad (física o psicológica del mismo), el Estado se encuentra en la obligación de brindar las medidas suficientes de protección para que se pueda precautelar y proteger a los sujetos de atención prioritaria.

De esta forma se debe considerar un análisis procedimental debido a los términos establecidos en la norma para cada una de las etapas previas a la declaratoria de adoptabilidad, acompañado de un análisis normativo conjunto con la legislación peruana y española (las cuales se enmarcan dentro de las que brindan un amplio nivel de protección y resguardo a los derechos de los niños y niñas).

Resulta principal el conocer la situación y funcionamiento actual del proceso administrativo que antecede a la declaratoria de adoptabilidad, mediante el cual se analiza la eficacia que posee la norma en aras de protección a los derechos de los niños y niñas que se encuentran en, con la finalidad de dar un análisis objetivo de la aplicación de la discrecionalidad de los organismos del Estado ecuatoriano.

Cuando hablamos de la normativa dentro del Ecuador, se debe tomar en cuenta el Código de la Niñez y Adolescencia (en adelante CNA)<sup>1</sup> y el Código Civil (en adelante CC)<sup>2</sup>, normas que rigen el procedimiento y el alcance del proceso de adopción, así como su etapa previa. A ello se debe adicionar la norma técnica de acogimiento familiar, el reglamento para esclarecimiento de situación personal de niños y la norma técnica de apoyo familiar, custodia familiar y acogimiento institucional como normas que determinan cual será el proceder del Ministerio de Inclusión Económica y Social dentro de los casos que se busque la declaratoria de adoptabilidad del niño o niña.

Resulta importante entender qué es o cuáles son los factores que se analizan en la etapa de análisis previo de la situación del menor, en la cual se determina si la medida más adecuada es proceder con

---

<sup>1</sup> Registro Oficial 737

<sup>2</sup> RP - CC

la adopción o tratar de llegar a la reinserción familiar. La norma ecuatoriana posee como una de sus bases el mantener al niño o niña junto a sus padres o círculo familiar, no obstante, debe resaltarse que en varias circunstancias se pueden ver afectados los derechos de los niños y niñas por la excesiva necesidad de resguardo de la familia biológica, más allá del conocimiento de que la situación podría mejorar de permitirse la adopción del niño o niña.

Finalmente se realizará una propuesta normativa, misma que está basada en un estudio que reúne jurisprudencia internacional y nacional, derecho comparado con Perú y España, de esta forma generando la protección normativa y procedimental adecuada dentro de la legislación ecuatoriana, viendo a los niños como sujetos de atención prioritaria.

## Capítulo I.

### **Aproximación y alcance al principio del interés superior del niño y derechos.**

#### **Principio del interés superior del niño.**

En el desarrollo histórico del Derecho, los Principios juegan uno de los roles más importantes ya que sobre lo que manifiestan los mismos no cabe argumento en contra a más de establecer una clara línea de manejo y aplicabilidad de los Derechos. Es importante recordar que los mismos, en conjunto al concepto histórico definen el contenido del ordenamiento jurídico. Los principios llevan como características el ser claros, universalmente válidos e incuestionables.

El principio del Interés Superior del niño es la principal base para la satisfacción, protección y efectiva garantía al conjunto de derechos que se establecen en la Carta Magna, leyes nacionales e internacionales establecidas con la intención de permitir el desarrollo integral de los niños y niñas, el cual impone a todas las autoridades la obligación de actuar en base al principio en cuestión.

La primera vez que se observó un análisis del tema fue en el año 1774 dentro de la *sentencia Blissets*, mencionando “*if the parties are disagreed, the Court will do what shall appear best for the child*”, que traducido a nuestro idioma significa “si las partes no están de acuerdo, la Corte hará lo que mejor parezca para el niño”, lo cual nos da una idea de la norma en la cual surgió el principio, separando los derechos de los padres de los derechos de los niños, considerándolos una individualidad.

“*En un primer momento se interpreta el interés superior del niño como un reflejo de los avances de los derechos del niño, en el sentido que realza la importancia de la persona del niño*”. (Lagos, 2015)

El análisis inicial refería a la forma en la que se resuelve la patria potestad de los menores en casos de divorcio, ampliando la posibilidad de decidir quién poseerá la responsabilidad de cuidado del niño o niña desde la perspectiva de la necesidad y estabilidad que pueda brindar, dando de baja la regla previa que para otorgar la custodia al padre en caso de un divorcio establecía la obligación de probar la incapacidad de la madre para ejercer un adecuado resguardo y garantía a los derechos de los niños. La nueva regla que se genera a través de la sentencia mencionada establece la idoneidad de ambos padres para el cuidado de los hijos.

Previo a la sentencia Blissets se analizaba la relación de padres con hijos como propiedad, visto que la justicia previamente los determinaba como objetos de protección, adecuadamente adheridos a la custodia y representación en cada proceso de parte de su padre, se planteaba el derecho de propiedad se establecía a partir del vínculo matrimonial, siendo el representante del mismo el hombre.

Blissets establece que si el padre hubiera abandonado el hogar en base a “best interest” la titular de la patria potestad del o la niña será la madre, de ello deviniendo la doctrina denominada “de los años tiernos”, estableciendo además el sustento de los que dicta la Declaración de los Derechos del Niño en su principio sexto, mencionando “[...] salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre [...]” (ONU, 1959).

Actualmente, el concepto de protección integral de los niños y niñas como sujetos dependientes de sus padres, pero con derechos característicos y exclusivos, otorga la posibilidad de determinar a los niños como sujetos de derechos y a los padres como medios y responsables del cuidado de los mismos.

El principio al cual se denomina “interés superior del niño” posee especial relevancia al hablar de la protección de los derechos de niños y niñas, priorizando un análisis de la situación de vulnerabilidad en la cual se encuentran, junto a la imposibilidad de decidir y actuar con total autonomía. En vista de lo presentado, se atribuye la responsabilidad de cuidado a quienes forman parte del desarrollo de los niños, siendo los padres los principales responsables, pero dando una tarea especial e incluyendo al Estado como garante de la protección de los infantes.

Respecto de la obligación reforzada de cuidado de los derechos de los nna que posee el Estado a través de cada una de sus instituciones, obligándolas ser desarrolladas de tal manera que dejen de ser únicamente expresiones declarativas por medio de medios prácticos que permitan la ejecución y amparo de los Derechos consagrados. Resaltando lo mencionado por Margarita Griesbach en referencia a la protección de parte del Estado “[...]las niñas y los niños necesitan del Estado aun cuando se hallen en condiciones ordinarias, y que el Estado se encuentra obligado con la infancia como parte de sus acciones cotidianas y no únicamente como un tema de asistencia social o protección especial. (Griesbach, 2013)

Con el paso del tiempo se integraría el principio dentro de la Convención Sobre los Derechos del Niño (en adelante denominada CONVENCIÓN), estableciendo una definición concreta del principio en cuestión. Lo mismo se realiza en razón que se consideraron informes sobre las situaciones de injusticia que viven los nna, con base en “la elevada mortalidad infantil, la deficiente atención sanitaria y las limitadas oportunidades de educación básica” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sf).

Siendo necesario resaltar que el Estado al poseer la condición de garante frente a los derechos de los pertenecientes a los grupos de atención prioritaria debe generar contenido normativo, tomando decisiones que repercuten y tienen influencia directa en el crecimiento y desarrollo de los niños y

niñas por lo cual en cada una de las actuaciones debe primar el interés superior del niño, de esta forma estableciendo uno de los mayores retos a nivel legislativo para los Estados ratificantes en cuanto a la adecuación y garantía de cumplimiento del principio mencionado.

De esta forma, resulta importante el destacar que “Principio del Interés Superior del Niño, se debe establecer como un principio garantista que refiere a que todas y cada una de las decisiones y actuaciones que se lleven en referencia a un menor de edad, debe tomarse con carácter de prioritario con la finalidad de garantizar y satisfacer los derechos del o la menor en un 100%” (Prf, Alegre, Hernández & Roger 2014).

De la Convención sobre los Derechos del Niño se desprende la calidad de sujeto de atención prioritaria que tiene los niños y niñas, concretamente en el Principio 2, al referir a que gozarán de protección especial en todo lo referente a su desarrollo integral (incluyendo el trato de la libertad y dignidad) “[...]Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño [...]”. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989)

Es necesario destacar que el principio en cuestión es considerado cardinal en cuanto a la protección de los derechos del niño y niña ya que abarca tanto aspectos psicológicos como físicos en búsqueda de un desarrollo del o la menor en condiciones óptimas y adecuadas en búsqueda del bienestar de este. Es necesario destacar que la Convención Sobre los Derechos del Niño en su artículo 3, numeral 2 mencionan que:

*“Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”* (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989)

En el contexto histórico, el Ecuador destaca al ser el primer país en la región en acogerse a la Convención Internacional sobre los Derechos de Los Niños en la presidencia del Dr. Rodrigo Borja en el año 1990. Así generando en el año 1992 una serie de cambios al preestablecido Código de Menores, llevando como principal característica la búsqueda de solidez a través de hacer compatible la norma mencionada debido al Convenio al cual se accede.

De acuerdo con las cifras analizadas por la Organización Mundial de la Salud:

*“[...]para el año 2002, alrededor de 53 mil niños y niñas murieron en todo el mundo como consecuencia de homicidios. Además, entre el 80 y el 98% de los niños y niñas del mundo sufren castigos corporales muy graves aplicados con utensilios. Según la Organización Internacional del Trabajo, en el año 2004, 218 millones de niños trabajaban y 126 millones realizaban trabajos peligrosos. De acuerdo con el informe elaborado por Paulo Sérgio Pinheiro en 2006, cada año entre 133 y 275 millones de niñas y niños en todo el mundo son testigos de violencia doméstica con sus serias consecuencias y 8 millones de niños, a nivel mundial, viven en centros de acogida [...]” (Aguilar, 2008)*

Siendo cifras alarmantes, especialmente la referente a los niños que viven en casa de acogida, siendo que debe entenderse que el acogimiento institucional debe tomarse como una medida aplicable en casos de emergencia y con un carácter estrictamente temporal. El carácter preventivo apunta a la necesidad de protección y comprensión de los aspectos sociales y de desarrollo de los niños y niñas, los cuales requieren de una serie de condiciones que permitan el desarrollo en condiciones de igualdad y dignidad.

Cuando referimos a este tipo de normas, es relevante destacar que el desarrollo y protección a las libertades requiere de medios de garantía de condiciones que permitan la existencia de libertad e

igualdad. Se debe analizar la premisa que gran parte de los espacios que envuelven a nuestra sociedad se consideran potencialmente riesgosos para las personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria. De esta forma Baeza establece que el interés superior del niño es “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar” (Baeza, 2001)

El Derecho busca limitar, restringir y previsualizar las conductas que consideramos lesivas o agresivas a las condiciones de vida y libre desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. Por ende, se denomina a esta función como preventiva, estableciendo la característica normativa de anticipar y evitar los actos que se consideren riesgosos o que potencialmente puedan causar una afección a los derechos consagrados en la Carta magna.

Condiciones que devienen de una adecuada protección normativa acorde a los tratados a los cuales se adscriba el país, lo cual presupone el entendimiento de la importancia de los derechos humanos y el establecimiento de un marco legal creado bajo la comprensión que confirma avanza la sociedad los espacios que pueden representar riesgos o limitantes para el adecuado desarrollo que se busca garantizar a las niños y niñas son mayores.

De igual manera, el artículo 11 del CONA analiza el principio del interés superior del niño y la orientación de este, situándolo en la protección y satisfacción del conjunto de derechos consagrados a favor de los niños y niñas, añadiendo la obligación de toda autoridad (ya sea pública o privada) la obligación de adecuar toda decisión y acción que se tome a la búsqueda del cumplimiento del principio en cuestión.

Así destacándose lo mencionado por Freedman en su obra “Funciones normativas del interés superior del niño”, obra en la cual propone la comprensión de los límites que se deben colocar a

la actividad Estatal en defensa de los derechos de los nna, de esta manera impidiendo la aplicación de la discrecionalidad en situaciones en las cuales se encuentren en riesgo cualquiera de los derechos de los niños y niñas.

### **Respecto de los derechos de los niños y niñas.**

Cuando hablamos de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia<sup>3</sup> debemos destacar la intención de un Estado que en base a leyes y un gobierno que actúe acorde a lo establecido por las mismas, brinde protección a sus habitantes, con especial atención y respeto a los derechos y garantías para los sujetos que además se encuentran descritas en la Carta Magna y tratados internacionales de los cuales se forme parte.

Al hablar de un Estado Constitucional, hacemos alusión a Norma Suprema que determina el contenido de la Ley, ejercicio de la autoridad y cada de uno de los conceptos principales en lo que a administración, entendimiento y manejo del Estado refiere. En ella se define los derechos protegidos que serán el fin máximo del Estado para con los mandantes, los órganos que componen el Estado en protección a los derechos.

El modelo de estado ecuatoriano busca la defensa y garantía de los derechos de los ciudadanos por medio de instituciones y organismos mediante los cuales se pueda garantizar la legitimidad del sistema democrático y se restrinja la arbitrariedad la discrecionalidad legítimamente otorgada a los mismos. De este modo, es necesario hablar de la noción de protección que afirma que el Estado posee la obligación de garantizar y promover los derechos, sumándose a ello el análisis del

---

<sup>3</sup> “Es una etapa superior del Estado Social de Derecho y un concepto amplio, que alude al gobierno sometido a leyes, con énfasis en el respeto a los derechos y garantías de las personas.” (Durán, 2013)

principio de igualdad bajo el cual se determina la existencia de derechos específicos para el grupo vulnerable (en el presente caso niños y niñas).

De ello desprende el siguiente análisis a partir del Artículo 41 de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño:

*“El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención. La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios –nunca sustitutivos– de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas”* (Cillero, 2007).

En este contexto, se establece derechos y la característica de atención prioritaria para los niños y niñas, determinándose a los mismos como sujetos de atención prioritaria. Lo mismo se establece con la necesidad de entender y ayudar a quienes no se encuentran en la posibilidad de alzar su voz o defenderse por sí solos.

En el mismo sentido:

*“El Ecuador reconoce en su bloque de constitucionalidad a los niños y niñas como un grupo de atención prioritaria. En la Constitución de 2008 reconoce los derechos y obligaciones del Estado con este grupo (Constitución de 2008, art. 35). Las obligaciones son aquellas derivadas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que ordenan reconocer dentro de la legislación la doctrina de protección integral y el principio de interés superior del niño”* (Gonzales. A, 2017).

Cabe destacar que cuando hablamos de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es necesario destacar el carácter proteccionista de los mismos, refiriendo a que en el contenido de este se regula la necesidad de resguardo de carácter integral a los derechos consagrados, con la finalidad de generar condiciones que faciliten el mantener un estado óptimo tanto en lo mental como en lo físico.

Resulta importante el análisis de la obligación de protección a los niños y niñas, así como la exigibilidad de los derechos en relación con la dependencia y vulnerabilidad. En este sentido, Isabel Bertone dice:

*“Es una característica inherente a los derechos, garantías y deberes, eso quiere decir que su ejercicio, garantía, respeto y aplicación no son discrecionales, la existencia de un derecho no depende de si el sujeto titular quiere o no ejercerlo, los derechos son irrenunciables, yo no puedo renunciar a un derecho, ni tampoco eximirme de un deber”.* (Bertone, 2009, pág. 56)

En este sentido se debe tomar en cuenta que en el Ecuador se utilizan políticas públicas<sup>4</sup>, dictadas por organismo competente, mediante las cuales se busca el brindar garantía a los derechos del grupo social en cuestión. Lo mismo se realiza a través de planes y programas. Las políticas públicas actúan como una respuesta gubernamental para subsanar asuntos públicos de atención, atendiendo al interés público, las mismas se trabajan con la unificación de trabajo entre la producción normativa y el adecuado manejo económico, de esta forma buscando generar cambios reales y

---

<sup>4</sup> **Política pública.** – *“Las Políticas Públicas son “el conjunto de actividades de las instituciones de gobierno, actuando directamente o a través de agentes, y que van dirigidas a tener una influencia determinada sobre la vida de los ciudadanos”. Pallares señala: las Políticas Públicas deben ser consideradas como un “proceso decisional”, un conjunto de decisiones que se llevan a cabo a lo largo de un plazo de tiempo. Pallares, al mencionar esa persuasión sobre la población no comenta si es de índole positiva o negativa, pero podemos decir que en ocasiones el bienestar se ve cuestionado en una política restrictiva o de imposición fiscal, por ejemplo, logrando ciertamente esa modificación conductual. Aunque la mayoría de las Políticas Públicas tienen un impacto directo en el bienestar de la población”* (RUIZ LÓPEZ & CADÉNAS AYALA, 2022)

eficaces en los actos que pudieran afectar a los derechos de los ciudadanos. Actuando bajo una suerte de medio normativo de cambio sobre los comportamientos de la sociedad que deban ser socialmente exigidos o que puedan resultar lesivos.

Bajo la perspectiva de cuidado integral y educación adecuada, unido a la funcionalidad y actuación de las políticas públicas se entiende que los padres o representantes legales poseen el rol de asegurar el crecimiento y desarrollo integral de los niños y niñas. Por lo cual se legisla, pensando en el desarrollo de las potencialidades a la vez de colocar a los adultos como sujetos de derechos intermediarios y de garantía en la crianza de los niños y niñas.

### **Derechos inmersos.**

Cuando referimos a los derechos que se ven afectados por el accionar administrativo que antecede a la declaratoria de adoptabilidad, debemos considerar que se debe respetar el espíritu garantista de la Constitución de la República del Ecuador a más de respetar la celeridad que debe existir en el actuar público y la efectiva aplicación del catálogo normativo, de tal forma que se brinde efectivo resguardo a los DDHH de los niños y niñas.

En función de la relevancia que la CRE otorga a los sujetos de atención prioritaria, surge la necesidad de pensar más allá del espíritu de protección y resguardo a la familia natural del niño o niña, de esta forma debiendo analizar individualmente el derecho al menor a vivir en familia, a ser adoptado, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria y la Tutela judicial efectiva.

Lo mismo se realiza en relación con la incidencia que poseen los derechos en el desarrollo integral de los NNA, a más de ser la temporalidad de la resolución de la etapa administrativa que antecede a la declaratoria de adoptabilidad un factor crucial al ser considerado al hablar del derecho que

poseen los niños y niñas a tener una familia, así como a disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria debidamente acompañada de la protección constitucional a los Derechos de los infantes.

En este sentido, se debe analizar los derechos por separado, pero siempre vinculado a la tutela judicial efectiva, a razón de la obligación constitucional de resguardo a los derechos de los niños y niñas, que en el presente trabajo es constantemente mencionada, mediante las actuaciones de cada uno de los órganos e instituciones del Estado, de tal manera que se brinde el efectivo resguardo y respeto a las condiciones necesarias para el desarrollo integral de los infantes.

El concepto de personas de atención prioritaria surge del entendimiento de la dificultad de las situaciones que atraviesan los grupos a los cuales se centran las medidas para realizar el efectivo ejercicio de sus derechos humanos y que por su condición de indefensión pueden ser víctimas de exclusión, violencia o cualquier tipo de acto que denigre los derechos de los infantes, personas con capacidades especiales u tercera edad.

En este contexto, es sumamente importante el comprender que el concepto de sujetos de atención prioritaria encuentra sus bases en la definición de igualdad material, analizándose que:

*“La igualdad formal establece la igualdad de todas las personas ante la ley; no obstante, la igualdad material reconoce la existencia de diferencias que requieren un tratamiento especial por parte del Estado. En consecuencia, se plantea el postulado de tratar como iguales a los iguales y como desiguales a los desiguales. Reconociéndose así la necesidad de otorgar un tratamiento diferenciado a las personas que se encuentran en circunstancias disímiles a fin de que no se genere un trato discriminatorio”.* (Erazo, 2021)

Los mismos deben ser considerados debido a la afección al estilo de vida y al desarrollo integral como base de la vida del o la menor, en este sentido se determina a la familia como base de la sociedad y se considera el derecho que el niño posee a ser adoptado como una base en la protección del niño o niña más allá de del concepto clásico de familia biológica.

### **Derecho del menor a vivir en familia.**

Cuando hablamos del desarrollo y crecimiento de los niños y niñas representa uno de los principales factores ya que a partir del círculo en cuestión se generan los estímulos y condiciones para que el menor aprenda a relacionarse y obtenga un estilo de vida adecuado.

En cuanto al proceso de evolución de los derechos del niño, es necesario comenzar en la Declaración de Ginebra, del año 1924, que, pese a ser no vinculante es el primer modelo de acercamiento al reconocimiento de la necesidad de condiciones aptas para el desarrollo, prioridad cuando se encontraren en peligro, así como atención especializada, bajo la garantía de no explotación.

Es necesario partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948 (en adelante denominada Declaración Universal), la cual establece a la familia como una de las bases de la dignidad de todas y cada una de las personas, definiendo que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados especiales, pero sin establecer cuales o como se ejercerán.

Posteriormente, en el año 1959 se establece la ya mencionada Declaración de los Derechos del Niño, que establece bases de la responsabilidad que posee el Estado frente al resguardo de los derechos de los niños y niñas. De esta forma, debiendo mencionarse que:

*“[...]En ella se establecen los derechos inalienables de las niñas y los niños, así como las obligaciones de los Estados y la responsabilidad de la sociedad en su conjunto para garantizar el respeto de esos derechos.*

*La Convención de los Derechos del Niño es el tratado internacional de derechos humanos más ampliamente respaldado, ha sido ratificado por 196 naciones [...]” (Consejo de Protección de Derechos, 2021).*

En 1973 se aprueba la Convención 138 de la Organización Internacional del trabajo, que llega para poner un límite a la explotación infantil (en papeles), definiendo que la base para trabajos que representen riesgo a la seguridad, salud o aspectos del desarrollo moral será de 18 años. En el año 1985 se da uno de los avances más importantes en lo que a derecho refiere ya que se establece Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, que desarrolla los baremos a aplicar al administrarse justicia a NNA, estableciendo como base de la adecuada administración de justicia el interés superior del niño.

En relación con el trato a los niños, la privación del cuidado de los padres conlleva a repercusiones en lo psicológico e intelectual, en relación con el cuidado y la importancia de la parte afectiva. Por ende, se habla de la necesidad de una familia con la capacidad de satisfacer las necesidades que el mismo tiene y de igual manera ser el intermedio para el desarrollo integral del menor.

En este sentido se debe destacar que la familia “cumple muchas y diversas funciones relacionadas con el desarrollo infantil: la satisfacción de necesidades básicas, la protección del niño, su socialización y educación, su integración social y el apoyo en la construcción de sentimientos de pertenencia e identidad personal”. (Gómez & Viejo, 2009)

Se debe resaltar que la legislación otorga la prioridad a los padres y la obligación de hacerse cargo de los hijos, no obstante, el derecho de los niños a vivir en familia no debe ser encasillado en la familia que deviene del vínculo natural, sino en los casos que fuera necesario se debe tomar las medidas de garantía a este derecho, siendo necesaria la declaratoria de adoptabilidad y la agilización de esta para que sea acorde al plazo otorgado por la norma.

Se ha logrado establecer que los procesos de institucionalización prolongados afectan a los niños de manera grave y generan condiciones psicológicas que pueden ser observadas en cualquiera de las etapas del desarrollo de este, siendo necesario el tomar medidas que garanticen la protección, considerándose que gran parte de los estímulos adecuados provienen del núcleo familia.

Se debe tomar en cuenta el artículo 22 del CONA<sup>5</sup> el cual establece la obligación del estado de protección de la familia y en caso de no ser viable lo mismo, de garantizar que el niño pueda poseer una familia que garantice condiciones adecuadas para su desarrollo adecuado.

De esta forma el Principio 6 de la Declaración de Derechos del Niño (en adelante denominada Declaración del Niño)<sup>6</sup> hace alusión a las condiciones necesarias para el “pleno y armonioso

---

<sup>5</sup>**Art. 22.- Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar.** - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia.

Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley.

En todos los casos, la familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral.

El acogimiento institucional, el internamiento preventivo, la privación de libertad o cualquier otra solución que los distraiga del medio familiar, debe aplicarse como última y excepcional medida.

<sup>6</sup> **Principio 6.-** El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a

desarrollo de la personalidad” del niño, situando a los padres como responsables del mismo, se define que el menor debe crecer junto a sus padres en un ambiente seguro, salvo en circunstancias excepcionales, otorgando también la calidad de garante a la sociedad y autoridades públicas.

El Principio 8 y 9 de la Declaración del Niño establece el carácter de atención prioritaria que poseen los niños y niñas en las circunstancias que requieran de protección y socorro, en contra de situaciones que representen riesgo, abandono, crueldad o explotación.

El derecho a vivir en familia dentro del inicio de un proceso de adopciones debe ser analizado desde la postura del menor como sujeto de atención prioritaria y las necesidades de este, partiendo del presupuesto que el niño o niña atraviesa por cambios bruscos en su entorno por distintas variables. De este modo, el Estado es el encargado de proteger los derechos de niños y niñas mientras se determina la necesidad ya sea de establecer la calidad de adoptable del o la menor o realizar el reintegro a su familia.

### **Derecho a ser adoptado.**

La adopción consiste en la *“creación de una filiación por medio de un acto condición, en el cual se hace de un hijo biológicamente ajeno, un hijo propio que goza de los mismos derechos, atribuciones, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento filial, que sin duda alguna se asimila en todo al hijo consanguíneo”* (Campoverde, 2011)

---

los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

En el mismo sentido, se habla de una institución jurídica de orden público mediante la cual se genera un vínculo paternofamiliar mediante intervención y autorización judicial, dentro del proceso de adopción intervienen psicólogos, trabajadores sociales, jueces de la sala de Mujer, Niñez y Familia, quien será el encargado de brindar la declaratoria de adoptabilidad o la mediación que se considere adecuada dependiendo el caso.

El artículo 151<sup>7</sup> del CNA establece que la adopción tiene como objetivo el garantizar el acceso a una familia que se considere idónea, permanente y definitiva, para ello siendo necesario que se determine por vía judicial la aptitud del niño o niña para ser adoptado.

Se debe iniciar por mencionar la Convención Internacional de los Derechos del Niño del año 1989, la cual refiere a la adopción e inserción en hogares de guarda mientras se resuelve la situación del niño o niña. Se analiza la necesidad del niño o niña de crecer y desarrollarse al amparo y cuidado de una familia, a la cual se considera el principal espacio o círculo de desarrollo del menor. Este derecho se encuentra directamente ligado con el interés superior del niño.

De manera que es necesario destacar que cuando hablamos de los derechos y la finalidad de estos, se fundamentan en la protección y amparo del o la menor, para lo cual se considera a la familia como grupo fundamental de resguardo de los derechos. Lo mismo se sustenta en la inmadurez de los niños y niñas, que debe acompañarse de políticas públicas adecuadas a la realidad social.

El artículo 20 de la Convención establece "Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a

---

<sup>7</sup>**Art. 151.- Finalidad de la adopción.** - La adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados.

la protección y asistencia especiales del Estado". "Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas la colocación en hogares de guarda, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores".

Cuando se habla del derecho del menor a ser adoptado referimos a una recreación con validez jurídica del círculo biológico, el cual establece filiación, tratando de generar condiciones de desarrollo integral para el niño o niña en un ambiente adecuado.

Entendiendo que *“Este proceso sustitutivo exigiría, además, que sólo cupiera establecer un vínculo de filiación adoptiva allí donde podría haber un vínculo biológico de filiación; es decir, el vínculo adoptivo sólo podría crearse entre personas que podrían haber tenido un vínculo biológico [...]”* (Moliner, 2012)

La adopción es un instrumento que genera entre el niño o niña y los adoptantes un vínculo paternofilial, garantizando las condiciones necesarias de cuidado y desarrollo del menor dentro del círculo de la familia que se encuentra ampliamente protegido por la Constitución de la República del Ecuador. Cuando referimos a la adopción es necesario analizar el principio de protección integral que cobija a los niños, niñas y adolescentes, mismo que surge bajo la óptica que el derecho internacional habla sobre la formulación, comprensión y análisis de los derechos que se otorgan a los niños, sin embargo, no evalúan la forma en que se hará que se cumplan los mismos.

De acuerdo con Emilio Buaiz, el principal paradigma se encuentra en eliminar el concepto de los que tienen condiciones económicas y pueden acceder a todo lo que constituye el desarrollo integral del menor de los que no, de tal forma que se evite el generar exclusión, discriminación o cualquier acto que genere afecciones al desarrollo de los niños y niñas.

*“El marco de los Derechos Humanos sobre los cuales está asentado el fundamento de un sistema de igualdad y justicia social para las personas permite aproximarnos a la definición de la protección integral a los niños, niñas y adolescentes. Entendida así, la Protección Integral tiene su fundamento en los principios universales de dignidad, equidad y justicia social, y con los principios particulares de no discriminación, prioridad absoluta, interés superior del niño, solidaridad y participación”.* (Buaiz, 2003)

Además de ello, se acuerdo el Art. 152 del CNA, es necesario destacar que la adopción es plena, extinguiendo el parentesco con la familia de origen, transfiriéndose los mismos entre adoptado y adoptantes, estableciéndose “todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento filial. En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo”.

Por ende, la adopción representa un medio de garantía de la protección que la Constitución otorga a los niños y niñas cuando su derecho a crecer en y desarrollarse en su familia de origen no sea posible, se afecte a su interés superior, se afecte al crecimiento sano de los menores en cualquier forma (considerándose afecciones físicas o psicológicas).

### **Derecho a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria.**

Cuando hablamos de los derechos que se deben resguardar, dentro de la amplia gama debemos ubicar al derecho a tener una familia y disfrutar de una convivencia familiar y comunitaria, y más aún en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia como lo es el Ecuador. Se debe considerar que, si bien pueden existir varias definiciones de familia y de vida comunitaria, siempre se debe resguardar la integridad del menor bajo toda circunstancia, más allá de tratar de sobre resguardar el círculo familiar “natural” del niño o niña.

De este modo el Código de la Niñez y Adolescencia, (2003), en el artículo 21 manifiesta que:

*“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. No se les privará de este derecho por falta o escasez de recursos económicos de sus progenitores”.*

En este sentido, entrando a colación la posibilidad de la adopción, como una medida extraordinaria para los menores de los cuales se ponga en riesgo su integridad ya sea psicológica o física. Como una de las formas de brindar resguardo a la integralidad de los derechos del niño o niña, estableciendo un círculo “familia” suficiente para brindar eficaz resguardo y garantía de estabilidad al o la menor.

En este sentido *“El Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES) tiene entre sus objetivos, el incrementar las intervenciones de prevención en el ámbito de la protección especial para la población susceptible de vulneración de derechos y ejercer la rectoría de las Políticas Públicas en materia de protección, inclusión y movilidad social y económica para: primera infancia, juventud, adultos mayores, discapacidades y protección especial al ciclo de vida”.* (Observatorio Regional, 2022)

### **Tutela judicial efectiva.**

Considerando el análisis de tipo administrativo y de derechos de los niños y niñas que se lleva en el presente trabajo de titulación, resulta importante mencionar que el derecho en cuestión actúa en estricto apego a la obligación que adquiere el Estado al denominar a niños y niñas como sujetos de atención prioritaria.

EL artículo 11 del CONA<sup>8</sup> reconoce al interés superior del niño, orientado a la protección y reconocimiento del conjunto de derechos atribuidos a los niños y niñas, a la par de generar equilibrio en el cumplimiento de estos, situación que se encuentra ligada a una actuación con oportunidad y eficacia de los órganos que participan del proceso de adopción.

De este modo que se debe hablar de la obligación Estatal de velar y garantizar en cumplimiento de los Derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia y demás normas de relevancia.

De este modo, referimos a la finalidad misma del proceso judicial y la forma en la que se protege a los menores. Aludiendo a que el Estado no se debe limitar a generar normas jurídicas mediante las cuales ejerza control y proteja a los derechos del grupo en cuestión, sino debe mezclar la concepción de creación normativa previamente mencionada con una función complementaria (que se encarga de la conservación del orden jurídico y brinda protección a los administrados).

De esta forma, destacando que la tutela judicial efectiva “*actúa como un paraguas que refuerza la protección a otras garantías de naturaleza procesal, en caso de que no tengan cobertura constitucional.*” (Aguirre, 2010, p.12)

Al hablar de la etapa que conduce a la determinación o no de la condición de adoptable del menor, se debe considerar que se genera una condición de incertidumbre y doble vulnerabilidad en el

---

<sup>8</sup>**Art. 11.- El interés superior del niño.** - El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

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

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

menor, entendiéndose la obligación del Estado de cuidado y resguardo de los derechos del niño y niña, que además deben analizarse en razón procedimiento administrativo que debe ser eficiente y eficaz en razón a la finalidad ya establecida.

### **Excesiva discrecionalidad de la administración pública.**

Para comprender a que nos referimos al mencionar la excesiva discrecionalidad, es necesario formar un concepto sólido sobre la palabra “discrecional”, refiere a una actividad que se hace de manera libre debido a la decisión de una autoridad o de una institución, aduciendo que no se puede establecer reglas que puntualicen o actúen en concreto sobre todas y cada una de las aristas que se deben considerar en el servicio a la ciudadanía.

“La discrecionalidad, por lo tanto, puede estar asociada a la acción que se deja a criterio de una persona, un organismo o una autoridad que está facultada para regularla”. (Pérez Porto & Gardey, 2022)

Cuando hablamos de los derechos de los administrados, encargada a la tutela del Estado y sus instituciones se debe analizar la discrecionalidad y la forma en la que se realiza el manejo de la potestad pública investida y las obligaciones que lo mismo trae a los derechos individuales y colectivos de los miembros de la sociedad.

En este contexto debemos definir que la cualidad de discrecional se atribuye a actos administrativos los cuales son reglados (en un inicio) ya que hablamos de la administración pública y en el presente caso el Ministerio de Inclusión Económica y Social (en adelante llamado MIES) y sus actuaciones más allá de las que se encuentran determinadas por ley. Aludimos a situaciones en las cuales existe este margen de poder de decisión propiamente dicho, el cual a primera vista es

positivo, no obstante, en la aplicación no resulta eficaz en la defensa de los derechos del grupo al cual debe ofrecer resguardo.

En este sentido “Parece notorio, pues, que el fundamento de la facultad discrecional en cuanto tal radica, de hecho, en la misma legislación y no connota ausencia de legalidad; de ahí que el significado lexical del adjetivo ‘discrecional’ describa el acto libre pero también prudencial, dando ello idea de la existencia del ejercicio de una potestad y de una facultad cuya competencia se basa en que no puede estar reglada sin más”.

Es necesario establecer que la discrecionalidad de la administración pública distribuida de manera adecuada representa uno de los principales factores en lo que a protección de los derechos de los niños y niñas refiere, no obstante, cuando se excede en la aplicación de esta en búsqueda de “protección” a un determinado principio o derecho se debe evaluar el colocar límites prácticos al manejo de esta.

Cuando se analiza el trabajo que se realiza al establecerse los criterios de discrecionalidad, se debe siempre anteponer la aplicación del principio de legalidad, el cual resulta principal al referir a cesión de potestades a determinada entidad, para lo cual poseemos a la ley como primer condicionante y limitante, es decir que la administración pública podrá proceder hasta el punto que la ley se lo permita.

De la forma mencionada, el determinante en los procesos de declaratoria de adoptabilidad va a ser los servidores judiciales y administrativos (técnicos). Dentro del funcionamiento de la discrecionalidad administrativa se debe considerar la libertad de acto de la forma en la cual se mencionó sumado al componente limitante al cual denominaremos “prudencia” en el proceder y la decisión administrativa. Ante ello se debe anclar la importancia de la labor de las entidades

públicas en la defensa de los y las menores dentro de los procesos en los cuales se requiera realizar la calificación de la calidad de adoptable.

*“Visto así, el componente prudencial puede entenderse en el Derecho Administrativo a la luz del motivacional, puesto que la potestad y facultad discrecional debe poder expresar los motivos de su decisión, algo imposible de exigir bajo el supuesto de la arbitrariedad: carente de motivación por definición al mantenerse al margen de la ley, y a la que suele tenerse también por un sinónimo del término que aquí nos ocupa, más en los casos en que se produce el abuso de la discrecionalidad”.* (Navarro, 2012)

### **El principio de legalidad y su relevancia en el manejo de la discrecionalidad administrativa.**

Al analizar el principio de legalidad, a razón de las potestades y delegaciones discrecionales, se debe resaltar que hablamos de una evidente relación de dependencia, ya sea de superioridad o subordinación entre representantes que ocupan cargos con importancia estatal que son dependientes entre sí y de igual manera tienen influencia directa en la eficaz protección a los derechos de los administrados (en el presente caso de manera específica de los niños y niñas).

Nuevamente entra en juego la condición de garante que posee el Estado con los derechos del grupo de atención prioritaria, considerando que los derechos “[...]son básicos para su subsistencia, porque el Estado legisla, dicta y emite actos que trascienden el estatus de cada uno, o que carecen de respaldo legal o del respaldo legal adecuado o suficiente”. (Islas. R, 2009)

El vínculo que existe entre cada uno de los poderes del Estado con el principio de legalidad marca la delgada línea o un limitante entre las decisiones y procedimientos que se manejan en el “libre proceder” que se da a cada una de las entidades u organismos que confirman la administración pública.

Cuando hablamos de la discrecionalidad investida a los órganos del Estado; es necesario resaltar, que es una de las funciones de derecho público de mayor trascendencia, en virtud de la protección de los derechos de los niños y niñas, surgiendo la necesidad de visualizar y entender cómo proteger a los derechos mencionados más allá de la simple comprensión y aplicación de las normas específicas para el hecho o la etapa de procedimiento en la cual se encuentre.

Cuando referimos a la aplicación de la discrecionalidad, tenemos una serie de actos que pueden manejar los servidores de la administración, lo que conduce más allá de “una única solución”, sino una pluralidad de opciones posibles que se pueden adaptar a cada uno de los casos que se presenten.

### **Potestades regladas y su relevancia en el proceder de las instituciones públicas.**

Cuando nos referimos a las potestades regladas hablamos de una forma de generar un límite al ejercicio de la acción pública que ejercen las distintas entidades administrativas. El mismo consiste en el análisis<sup>9</sup> y administración, bajo una serie de baremos normativos predefinidos por la norma y el cómo proceder (ya sea debido a sanción o indagación).

*“[...]en consecuencia, es la misma ley la que determina cuál es la autoridad que debe actuar, en qué momento y la forma como ha de proceder, por lo tanto, no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva. Dentro de las actividades regladas podemos citar por ejemplo la jubilación de empleados una vez cumplida determinada edad; ascensos en función de la antigüedad; pago de un tributo determinado, etc. Como se puede apreciar en estos casos, una vez*

---

<sup>9</sup>El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

*que se cumplan las condiciones señaladas en la ley, la autoridad procederá a conceder el derecho o ejercer su potestad de modo irrestricto [...]. (Pozo, 2021)*

En este sentido, referimos a que la norma tiene la obligación y la capacidad de limitar y definir la forma en que se ejercerán las facultades administrativas otorgadas a determinada institución perteneciente a la administración pública. De igual manera se pueden generar

condiciones para el ejercicio de las potestades en concreto “[...]se supone que la acción administrativa está prefigurada estrictamente y que se circunscribe a la ejecución de la norma o aplicación de ella mediante la subsunción del caso concreto en el supuesto legal que define” (M. Ivanega, s.f.)

### **¿En qué consisten las potestades discrecionales?**

Las facultades discrecionales se refieren a la necesidad de búsqueda de “eficacia y eficiencia” dentro de las actividades que desempeña la administración pública y la búsqueda de protección y garantía de los derechos de los ciudadanos. Existen dos factores que deben ser observados dentro del Ecuador, los cuales son la Rigidez en cuanto a la tramitación y exceso de trámites burocráticos.

En este contexto, la discrecionalidad administrativa busca permitir que la administración pública tome decisiones de forma autónoma, pero fundamentadas en un procedimiento previamente reglado (haciendo referencia al principio de legalidad). Actuando bajo el supuesto que es casi imposible reglar totalmente un procedimiento de la naturaleza de la evaluación previa que se realiza en los procesos en los cuales se busca la declaratoria de adoptabilidad (considerando las distintas variables y razones por las cuales puede ser un menor separado de su familia).

Al referirnos a las potestades discrecionales resulta importante analizar los componentes de esta y la forma en la que se ejercitan por el medio de la entidad pública a la cual se hubieran

encomendado. Se debe analizar la existencia de la delegación per-sé, la extensión de la delegación, la competencia para ejercer la misma y la finalidad que persigue.

Es debido destacar que “[...] *La Ley otorga, y a la vez limita, la autoridad de los agentes, que, como tajes, son sólo servidores de la Ley, lex loqueas, aunque en el sentido precisamente opuesto al que se dio a esta expresión en la Edad Media cuando se refería al Rey. Parafraseando a DUGUIT podríamos decir, con conceptos caros a la mentalidad administrativista, que se trata de la conversión del hecho bruto del poder político en Ja idea técnica de la competencia legal*”. (E. García, 2010)

En el presente caso, al hablar de la declaratoria de adoptabilidad, existe la unión de dos tipos de servidores (judiciales y administrativos) que poseen un amplio margen de discrecionalidad ya que en ellos descansa el definir o no si se ha indagado de forma basta (aún si nos encontramos fuera del término preestablecido por la norma para la calificación de la situación de adoptable).

De la forma previamente mencionada, comprendiendo la existencia de un procedimiento preestablecido (el cual será posteriormente explicado y analizado), pero a ello sumado el componente prudencial que debe accionarse en todo acto de la administración pública al darse actos que dependen de decisiones tanto judiciales como de los miembros de los órganos que se encargan de realizar la indagación de estado y análisis de cada uno de los casos presentados.

Debiendo referirse tanto a la forma en que se toma la decisión como a la motivación de la misma, de la forma mencionada por María G. Navarro en su artículo “Discrecionalidad administrativa”, mencionando “puesto que la potestad y facultad discrecional debe poder expresar los motivos de su decisión, algo imposible de exigir bajo el supuesto de la arbitrariedad: carente de motivación por definición al mantenerse al margen de la ley, y a la que suele tenerse también por un sinónimo

del término que aquí nos ocupa, más en los casos en que se produce el abuso de la discrecionalidad.”

Siendo el componente motivacional importante, sin ser el principal componente en la dimensión prudencial, pero si parte importante de ella. Considerándose la generalidad y abstracción que poseen las leyes, pese a existir reglamentos que teóricamente marcan una línea base de cómo debe ser el proceder de la administración pública. Es necesario considerar que no se habla de casos de actuación bajo una óptica de mera subjetividad, sino un acto de apreciación y análisis, razón para lo cual se analiza la discrecionalidad investida a los órganos públicos.

### **Conclusiones del capítulo.**

El Ecuador como Estado Constitucional de derechos y justicia posee la firme obligación de brindar efectivo resguardo y protección a los derechos de los niños y niñas ubicados como sujetos de atención prioritaria. Dentro de la carta magna y el catálogo normativo ecuatoriano se puede identificar la intención de adecuar el ordenamiento a los tratados y reglas que se han establecido en base a los avances de entendimiento de Derecho y la progresividad de los Derechos.

En este sentido, se debe analizar los derechos de los niños y niñas en base al amplio catálogo de derechos establecidos en la norma, por ende se debe considerar que los niños y niñas poseen derecho a una familia, más allá de la visión proteccionista que se establece en la norma, la cual garantiza que en todas las circunstancias se protegerá al círculo familiar aunque la misma situación resulte contraproducente al establecerse una serie de trámites burocráticos cuando referimos a la adopción como una de las formas de otorgar una familia a los menores cuando los mismos se encontraran en una situación de riesgo.

La adopción representa un método de resguardo para las garantías de los menores que hubieran pasado situaciones las cuales los hubieran situado en vulnerabilidad, considerando afecciones físicas o psicológicas que no permitan al o la menor tener un estilo de vida óptimo y en las condiciones establecidas por la ley. Dentro de los procesos de adopción el Estado posee una posición especial de garante y que se debe efectivizar por medio de sus servidores (entre ellos los jueces y demás funcionarios públicos).

Cuando referimos a la labor de las instituciones que forman parte de la administración pública y que llevan a cabo las distintas etapas del procedimiento de adopciones, es necesario hablar de la capacidad de decisión y actuar, a la cual al tenor de lo expuesto denominamos discrecionalidad administrativa. Siendo principal el comprender la forma en la que se ejercen las potestades discrecionales en aras de protección a los derechos.

## **Capítulo II.**

### **Respecto del procedimiento administrativo que antecede a la declaratoria de adoptabilidad.**

Al hablar de la adopción, es necesario analizar lo que sucede previo a la misma, los niños en la sociedad se encuentran sujetos a una serie de situaciones que representan un riesgo o pueden afectar al proceso de desarrollo considerado como óptimo para los mismos.

Ante las posibles que puedan resultar en la afección al desarrollo integral del niño y niña se ha establecido un proceso para garantizar las condiciones necesarias para la protección y el resguardo de los derechos. Para analizar lo previamente mencionado, es necesario entender que son las medidas de protección y el tratamiento que se da a las mismas de acuerdo con la norma.

El CONA, en su título VI, establece las medidas de protección que se pueden aplicar en situaciones de riesgo para los niños y niñas acuerdo al Artículo. 215<sup>10</sup>, puede otorgarse una o más medidas de protección dependiendo del caso (ya sea al mismo tiempo o de forma sucesiva). Las mismas se otorgan cuando se determina la existencia de riesgo inminente de vulneración de los derechos y pueden otorgarse por autoridad judicial o administrativa.

La etapa administrativa posee un marco definido y claro, mediante el cual se establece cuál será el inicio y fin de la etapa en cuestión, así como las instituciones con las cuáles se colabora, las medidas de protección (previamente mencionadas) y las formas en las que puede concluir la etapa.

En referencia a la declaratoria de adoptabilidad, de la manera en que ya se habló, es precedida de la fase administrativa en la cual se busca generar un estudio mediante el cual se determine la condición física, social, legal y el estado familiar del niño o niña que se encuentra en condición de riesgo, de tal manera que el juez se encuentre en la obligación de determinar la medida más adecuada para cada caso. Siendo medidas judiciales el acogimiento institucional, el acogimiento familiar y la adopción.

---

<sup>10</sup> **Artículo. 215.- Concepto.** - Las medidas de protección son acciones que adopta la autoridad competente, mediante resolución judicial o administrativa, en favor del niño, niña o adolescente, cuando se ha producido o existe el riesgo inminente de que se produzca una violación de sus derechos por acción u omisión del Estado, la sociedad, sus progenitores o responsables o del propio niño o adolescente. En la aplicación de las medidas se deben preferir aquellas que protejan y desarrollen los vínculos familiares y comunitarios.

Las medidas de protección imponen al Estado, sus funcionarios o empleados o cualquier particular, incluidos los progenitores, parientes, personas responsables de su cuidado, maestros, educadores y el propio niño, niña o adolescentes, determinadas acciones con el objeto de hacer cesar el acto de amenaza, restituir el derecho que ha sido vulnerado y asegurar el respeto permanente de sus derechos.

Es debido destacar lo mencionado en la sentencia N° 239-17-EP/22, refiriendo a que el análisis de corte deriva en que con base en los estándares de razonamiento nacionales e internacionales de protección de derechos humanos, la evaluación del ISNNA y el grado de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes, deberán valorarse de forma individual y concreta en cada caso que involucre una posible afectación de sus derechos, con especial atención en las condiciones de vulnerabilidad y los hechos que se desarrollen en cada caso.

Para el presente caso de estudio, es necesario establecer que el procedimiento administrativo comienza cuando existe la denuncia sobre la afcción a los derechos del niño o niña. En este punto se inicia con la etapa de esclarecimiento de la situación personal, social, familiar y legal, al cual se encuentra temporal o permanentemente alejado de su círculo familiar. La presente etapa concluye con el pronunciamiento de autoridad competente respecto de su situación y la de su medio familiar.

#### **Análisis de las medidas de protección existentes en la normativa ecuatoriana.**

Las medidas de protección que se pueden interponer se establecen en el Artículo. 217:

*“1. Las acciones de carácter educativo, terapéutico, psicológico o material de apoyo al núcleo familiar, para preservar, fortalecer o restablecer sus vínculos en beneficio del interés del niño, niña o adolescente;*

*2. La orden de cuidado del niño, niña o adolescente en su hogar;*

*3. La reinserción familiar o retorno del niño, niña y adolescente a su familia biológica;*

**4. La orden de inserción del niño, niña o adolescente o de la persona comprometidos en la amenaza o violación del derecho; en alguno de los programas de protección que contempla el sistema y que, a juicio de la autoridad competente, sea el más adecuado según el tipo de acto violatorio, como por ejemplo, la orden de realizar las investigaciones necesarias para la**

*identificación y ubicación del niño, niña, adolescente o de sus familiares y el esclarecimiento de la situación social, familiar y legal del niño, niña o adolescente, la orden de ejecutar una acción determinada para la restitución del derecho conculcado, tal como: imponer a los progenitores la inscripción del niño, niña o adolescente en el Registro Civil o disponer que un establecimiento de salud le brinde la atención de urgencia o que un establecimiento educativo proceda a matricularlo, etc.;*

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

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

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

(CONA, 2022) (Las subrayas y negrillas no pertenecen al texto original).

Entre las medidas a las cuáles se les agregó negrillas y subrayas se ubican las que se consideran principales para estudio en base a la protección de los derechos de los de los niños y niñas analizada en el presente trabajo.

### **Acogimiento familiar como medida de protección.**

Cuando referimos al acogimiento familiar, se debe aclarar que es una medida temporal en búsqueda de protección a una vulneración de los derechos de las niñas, niños, adolescentes y demás miembros de los grupos de atención prioritaria, que debe ser establecida mediante autoridad competente (Juez), el cuál mediante la medida antes mencionada, busca brindar el amparo necesario al niño o niña privado de su medio familiar.

En este sentido, es necesario resaltar que de acuerdo a la guía de estándares para el acogimiento familiar que elaboró el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (en adelante denominada UNICEF) conjunto a la Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (en adelante denominada RELAF), al referir a que el proceso de convocatoria de familiar para obtener la calidad de acogientes es sumamente complejo a la vez de importante ya que se requiere un perfil específico para las familias, las cuáles deben poseer la capacidad de ayudar al infante tanto en los aspectos psicológicos como físicos, pudiendo satisfacer y cada una de las necesidades del niño o niña.

Se resalta que de cada diez familias que solicitan ser calificadas como acogientes, sólo una logra obtener tal calidad. (p.f. UNICEF, 2013)<sup>11</sup>. En virtud de lo previamente expresado, la medida de protección de la cual se está hablando posee un funcionamiento se considera una de las más adecuadas en lo que a resguardo de los infantes refiere, aportando al desarrollo infantil ya que brinda sensación y trato similar al de la familia biológica.

De la forma mencionada generando integración a la vez de velar por él, brindar compañía, alimentarlo, colaborar en su proceso de educación formación y desarrollo integral. Puede darse dos tipos de acogimiento familiar, el primero que se evalúa en una familia completamente ajena al

---

<sup>11</sup> Con la convocatoria de familias comienza el proceso del acogimiento familiar propiamente dicho. Es una etapa clave, ya que una buena convocatoria, con un mensaje claro, hará que las familias que tengan el perfil para alojar a un niño o niña en cuidado transitorio se acerquen al programa. Se debe tener en cuenta que, según estimaciones y por la especificidad del cuidado requerido, de cada diez familias que se presentan para ser evaluadas sólo una se constituye como familia acogedora.<sup>3</sup> Este dato implica la importancia de una actitud activa en la convocatoria, ya que un “banco de familias” nutrido es la base para el buen desempeño del programa.

medio del niño y el segundo con su familia extensa<sup>12</sup> (lo cual se considera ideal al atender al interés superior del niño y la protección que brinda la norma a la familia).

*“Según la Cruz Roja, el acogimiento familiar es definido como una alternativa social que ofrece un ambiente familiar para los niños o jóvenes que no pueden ser atendidos adecuadamente en sus hogares y, simultáneamente, prevé una intervención con su familia para ayudarla a resolver las situaciones o dificultades que ha ocasionado la separación, manteniendo contacto el menor con su familia [...]”* (CHIGUANO, 2018)

### **Acogimiento institucional como medida de protección.**

El Acogimiento Institucional, representa una medida de carácter transitorio, con la intención de mientras se resuelve por medio de todos los medios posibles la situación, brindar las condiciones de guarda necesarias para precautelar la integridad y el desarrollo integral del infante. La medida en cuestión siempre irá acompañada del trabajo de psicólogos y trabajadores sociales. De acuerdo con lo mencionado por Albán Escobar existe un orden de trabajo, iniciando con la búsqueda de la reinserción (por regla general)<sup>13</sup>.

Es importante hablar del carácter excepcional de esta medida ya que el fin de la misma es brindar la protección adecuada para los niños y niñas, acciones que se acompañarán de terapia educativa

---

<sup>12</sup> Familia extensa: Aquella que se compone de padres, hijos, parientes por consanguinidad (en línea horizontal y vertical) y parientes por afinidad.

<sup>13</sup> “El acogimiento familiar y el acogimiento institucional son medidas de protección de duración determinada. El primero es temporal y el segundo es transitorio. Pero las dos persiguen la reinserción del menor de edad en la familia biológica. Agotando este propósito, el otro fin es procurar la adopción. En estas dos instituciones jurídicas tanto la familia como la institución acogedora están compelidas a preservar, mejorar, fortalecer y restituir los lazos familiares.” (ALBÁN ESCOBAR, 2010)

y social, proceso en el cual se debe incluir a los miembros de la familia, con la necesidad de generar los valores de cuidado y resguardo necesarios en aras de protección al desarrollo integral de los infante en el caso que autoridad judicial hubiera determinado como medida más adecuada la reinserción familiar, en caso de no poder resolver la reinserción familiar, se abrirá un nuevo proceso en búsqueda de que se dicte la declaratoria de adoptabilidad.

En este sentido, es necesario que el acogimiento institucional debe ser considerado como una medida de ultima ratio, ya que la misma ocasiona que el menor sea separado completamente de su entorno familiar y lo coloca en una situación que puede producir afecciones de tipo psicológico.

#### **Respecto del esclarecimiento de situación del niño o niña:**

Conforme a lo anteriormente desarrollado, cuando hablamos de la declaratoria de adoptabilidad; la fase administrativa representa la etapa en la cual se busca generar un estudio para determinar la condición física, social, legal y el estado familiar del niño o niña que se encuentra en condición de riesgo, de tal manera que el juez encargado se encuentra en la obligación de determinar la medida más adecuada para cada caso. Siendo medidas judiciales el acogimiento institucional, el acogimiento familiar y la adopción.

El Artículo. 218<sup>14</sup> del CNA establece a jueces, Juntas Cantonales de Protección de Derechos como autorizados para disponer medidas de protección, siendo necesario recalcar que las medidas

---

<sup>14</sup> Artículo. 218.- **Autoridad competente y entidades autorizadas.** - Son competentes para disponer las medidas de protección de que trata este artículo, los Jueces de la Niñez y Adolescencia, las Juntas Cantonales de Protección de Derechos y las entidades de atención en los casos contemplados en este Código.

Las medidas judiciales de protección sólo pueden ser ordenadas por los Jueces de la Niñez y Adolescencia.

judiciales poseen la duración que la autoridad considere necesaria, mientras que las administrativas poseen una duración máxima de 72 horas.

De acuerdo con la Opinión Consultiva OC-17/2002, resuelta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos resalta que la Convención Americana en su artículo 19:

“[...]obliga a los Estados a desarrollar **la normativa para garantizar las medidas de protección que los niños requieran en su condición de indefensión**, de manera que cualquier desarrollo normativo que los Estados elaboren en torno a las medidas de protección para la niñez debe reconocer que los niños son sujetos de derechos propios, que deben realizarse dentro del concepto de protección integral. **Estas medidas positivas no consagran una potestad discrecional del Estado con respecto a esta población**”. (CIDH, 2002) (Las negrillas y subrayas no pertenecen al original)

En la misma línea de lo expuesto previamente, se procede a realizar el esclarecimiento de la situación legal, social y familiar, etapa que debe garantizar la seguridad del niño, conociendo la verdad sobre la situación que motiva a la necesidad de la medida de protección y que encamina las acciones a ser tomadas, de este modo siempre se debe proteger la continuidad y estabilidad tanto

---

Las medidas administrativas pueden ser dispuestas indistintamente, por los Jueces de la Niñez y Adolescencia y las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, según quien haya prevenido en el conocimiento de los hechos que las justifican.

Las entidades de atención sólo podrán ordenar medidas administrativas de protección, en los casos expresamente previstos en el presente Código.

De las medidas dispuestas por las Juntas Cantonales de Protección de Derechos y las entidades de atención puede recurrirse ante los Jueces de la Niñez y Adolescencia, contra cuya resolución en esta materia no cabrá recurso alguno.

del niño como su círculo familiar, de tal forma que siempre se debe evitar la institucionalización, a menos que la situación lo amerite (en el último de los casos).

El esclarecimiento, de acuerdo al Artículo. 9 del Reglamento Para Esclarecimiento de Situación Personal de Niños se contará con la intervención de “Policía Especializada de la Niñez y adolescencia, las entidades de atención, los jueces de la niñez y adolescencia y sus equipos técnicos, fiscales especializados, las juntas cantonales de protección, y cualquier autoridad que tenga competencia en la garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, conforme a lo previsto en el Código de la Niñez y Adolescencia [...]”. (MIES, 2018)

Una vez que se han realizado las indagaciones necesarias en todos los aspectos que fueron ya mencionados, se realiza un informe que contiene la determinación de la situación jurídica de la niña o niño que fue analizado por el MIES, cabe destacar que este proceso durará hasta que el juez dicte su resolución en aras de protección al interés superior del niño, pudiendo darse la reinserción adecuada a su familia, la declaratoria de adoptabilidad en los casos que no fuera viable la reinserción familiar.

De esta forma, se debe siempre escuchar al infante y entender sus intereses, considerando lo mencionado por la CRE y siempre cuidando la permanencia de la familia y garantizando su estabilidad. Cuando se realiza la indagación, de acuerdo con el CONA se debe realizar un análisis hasta el tercer grado de consanguinidad, no obstante, los funcionarios del MIES se extralimitan y realizan la indagación hasta el cuarto grado, de acuerdo con la entrevista a la Lcda. Norma Silva, parte del MIES en servicios de protección especial, lo cual influye tanto en lo económico como en el tiempo de toma de la decisión (pudiendo declararse el adoptabilidad).

Posterior a finalizarse la etapa de esclarecimiento, el juez debe decidir la medida más adecuada para el niño o niña, de esta forma pudiendo otorgar la reinserción familiar, proceso que debe ser debidamente acompañado profesionales del área psicológica y técnicos que evalúen el aspecto social. También se puede otorgar la declaratoria de adoptabilidad, para la cual la norma otorga un término de 90 días, posteriormente a determinarse lo que establece el Artículo 158 del CNA en sus causales 1, 3 y 4, sumado a los informes de la investigación realizada. Sentencia que deberá ser notificada a la Unidad Técnica de Adopciones dentro del plazo de 10 días.

### **Derecho comparado.**

#### **Procedimiento administrativo que antecede a la adopción en Perú.**

Cuando hablamos de la legislación y la forma en que el vecino pueblo peruano actúa en la intención de proteger o salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se consideren en situación de riesgo. En este sentido, el ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables describe a la adopción como:

*“[...] un encuentro entre el niño, en su necesidad y los padres en su deseo. No es un derecho de los adultos de conseguir que se les confíe un niño porque lo desean. La adopción es una medida de protección, un derecho, que posibilita la convivencia familiar a niñas, niños y adolescentes que han sido declarados judicialmente en abandono y se encuentran, por tanto, en situación de desprotección familiar”.* (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2013)

Una de las legislaciones que atienden con mayor celeridad la problemática en cuestión es la peruana, la cual establece por medio de la “Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono”, el procedimiento y la forma en la que

se realizará el análisis de procedibilidad de la declaratoria de adoptabilidad. Considerando la existencia de situaciones en las cuáles se debe tomar decisiones de forma breve y eficaz con la finalidad de resguardar la integridad, seguridad y bienestar general de los niños y niñas.

La mencionada norma define que se declarará el estado de adoptable mediante resolución judicial, en función de su edad, madurez y además siendo requisito sustancial para aprobarse la calidad de adoptable el contar con el consentimiento del niño o niña. Por ende, se realiza un procedimiento de Investigación Tutelar, el cual se compone de la Investigación Tutelar per-sé que la realiza el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (de manera similar al proceso de investigación que se realiza en el Ecuador) y finaliza con la declaración del Estado de abandono debidamente justificada por el Juez.

Las situaciones bajo las cuáles se brinda la declaratoria de estado de adoptabilidad consideradas de atención urgente dentro de la legislación peruana encontramos:

“[...]

*b) Carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a la ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación;*

*c) Sea objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran; [...]*

*f) Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción; [...]*

*i) Se encuentre en total desamparo. La falta o carencia de recursos materiales en ningún caso da lugar a la declaración del estado de abandono” (Código de los Niños y Adolescentes, 2000) (Las negrillas y subrayas no pertenecen al texto original).*

En relación con las subrayas realizadas al Artículo. 248 del Código de Niños y Adolescentes, es necesario mencionar que, si bien Perú en su legislación al igual que el Ecuador posee intenciones de resguardo de la familia y sienta la intención de protección de los Derechos, su legislación resulta más adecuada y menos apegada al concepto de defensa de la familia, ante todo. Se crean límites claros y se define que en caso de existir situaciones de descuido de parte de quienes se encuentran encargados de la crianza, o incumplimiento de las obligaciones y además se analiza el carecer calidad moral o mental para el adecuado desarrollo.

De igual manera se alude a que cuando los niños y niñas hubieran sido víctimas de maltrato, ya sea directamente por quienes tiene la obligación de cuidado o hubieran permitido que otros afectaran física o psicológicamente a los infantes. Además de ello, se incluye la posibilidad de que los padres que no pudieran ejercer el cuidado adecuado entreguen de manera libre y voluntaria a los infantes para que se promueva su adopción.

Se debe mencionar que las medidas de protección aplican de la misma manera que en el Ecuador, a ello adicionando la figura del acogimiento de hecho o voluntad. Respecto de los términos, resulta un procedimiento más adecuado al momento de hablarse de las citaciones ya que al no poderse realizar la citación a los padres o representantes legales, se procederá a citar por prensa en dos ocasiones. De no hallarse a los representantes del niño inmediatamente se remitirá expediente al juez para que realice la respectiva declaratoria judicial del estado de abandono en un plazo máximo de 5 días luego de haber recibido los respectivos informes.

De igual manera se integra el concepto de adopciones prioritarias, en lo cual se incluye a niñas y niños mayores a nueve años, adolescentes, grupos de hermanos, niñas y niños con problemas de salud e infantes con necesidades especiales.

### **Procedimiento administrativo que antecede a la adopción en España.**

La declaratoria de ausencia infantil es un procedimiento legal que se lleva a cabo en España para determinar si un niño o niña se encuentra en situación de desamparo y si es procedente su adopción. Este procedimiento se inicia cuando una persona o entidad se dirige al juez de primera instancia del lugar donde el menor fue visto por última vez para solicitar la declaración de ausencia.

La declaración de ausencia es un acto legal que tiene como finalidad proteger los derechos de los infantes y garantizar su bienestar. Este procedimiento se lleva a cabo cuando se presume la existencia de una situación de desamparo y no se tiene conocimiento certero sobre los daños o afecciones que pudiera sufrir el niño. La finalidad de la declaración es otorgar la protección que necesita y permitir que se adopten las medidas necesarias para su bienestar.

La declaración de ausencia infantil se rige por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Esta ley establece que la declaración de ausencia se puede solicitar cuando se presume que el menor se encuentra en una situación de desamparo y no se tiene conocimiento de su paradero.

El procedimiento de declaratoria de ausencia infantil consta de varias fases. La primera fase es la solicitud de la declaratoria, que se realiza ante el juez de primera instancia. Para ello, se debe presentar un escrito en el que se detalle la situación del menor y se explique por qué se presume que se encuentra en una situación de desamparo.

Una vez que se ha presentado la solicitud de declaratoria de ausencia, el juez de primera instancia procede a la apertura del procedimiento y a la designación de un tutor provisional para el menor. Este tutor provisional tiene como función proteger los derechos e intereses del menor mientras se lleva a cabo el procedimiento.

En la siguiente fase del procedimiento, el juez de primera instancia debe llevar a cabo una serie de diligencias para tratar de localizar al menor y determinar su paradero. Para ello, se pueden realizar investigaciones policiales, solicitar información a instituciones y organismos públicos, publicar anuncios en prensa y medios de comunicación, etc.

Una vez que el juez ha declarado la ausencia del menor, se procede a abrir un periodo de tiempo para que los familiares o personas cercanas al menor puedan presentar sus reclamaciones sobre la custodia y protección del menor. Si ninguna de estas personas se presenta en el plazo establecido, se procede a iniciar el proceso de adopción del menor.

Dentro de la legislación española, en el Artículo 170 del Código Civil español<sup>15</sup> se establece las formas en las que puede darse la privación de la patria potestad, estableciéndose como base el interés superior del niño, al cual se denomina interés del hijo, pudiendo establecerse la privación de forma temporal (hasta que hubiere cesado la causa de la misma).

Al igual que en la legislación ecuatoriana, al determinarse que un menor se encuentra en situación de desamparo, el Ministerio de la Ley se encuentra en la obligación de otorgar las medidas de protección que fueran necesarias, de esta forma deben poner las medias en conocimiento del

---

**15 Artículo 170.** – “Cualquiera de los progenitores podrá ser privado total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.

ministerio fiscal y del juez que inicialmente otorgó la tutela. En el plazo de 48 horas se debe notificar con la resolución administrativa que declara la situación de desamparo a los padres, tutores o quien posea la guardia, adicionando al menor si es mayor de 12 años.

*“[...]Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material [...].”* (Código Civil español, 1889) (Las subrayas no pertenecen al texto original)

De este modo, se puede relacionar a la declaratoria de situación de desamparo con el acto administrativo que se emite en el Ecuador, en el cual bajo motivación se establece la necesidad de reinserción familiar, o adopción (siendo ambos fines del proceso, teniendo como intermediario el acogimiento institucional/residencial). En el caso de la acogida residencial, que será llevado por el director del centro donde se acoja al niño.

Una de las diferencias sustanciales en el trato de la adopción se encuentra en la posibilidad de solicitar que el Ministerio Público asuma la guarda del menor cuando fuera imposible cuidar del mismo, no obstante, los tutores reciben por escrito la notificación de las responsabilidades que siguen manteniendo con el infante.

También resulta importante referir que dentro de la normativa española se realiza constante referencia al interés superior del niño, considerándose que en el caso de ser necesario acogimiento residencial se debe mantener el contacto y el vínculo entre los tutores y el niño, organizándose horarios de visitas, en el Artículo 172 ter, en su numeral 3, expresado de la siguiente forma:

*“2. Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos. La situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses.” (Código Civil español, 1889)*

### **De la generalidad a la excepcionalidad.**

Ahora bien, comprendiendo que entre los distintos sistemas que se han desarrollado tanto en el Ecuador, Perú y España se centran en la efectiva protección de los derechos de los niños y niñas, no obstante, se puede observar que los ordenamientos jurídicos español y peruano generan condiciones para simplificar o permitir la adecuada defensa de los derechos del grupo de atención prioritaria en cuestión, simplificando los procedimientos de esclarecimiento o determinación de la situación.

Dentro de la normativa ecuatoriana se ha generado condiciones que resultan poco acorde entorno a la defensa y garantía de los derechos de los niños y niñas, creando procedimientos largos y complejos que resultan inadecuados para el fin considerado, disponiendo desde un principio de términos irreales en aras de protección a los NNA, de la siguiente manera:

Se coloca a todos los casos bajo una óptica general, sin considerar la existencia de excepciones o casos en los cuales se requiere actuar de forma distinta dadas las condiciones de cada situación en concreto, generando retrasos que pueden darse por condiciones administrativas (extensión de la indagación en grados innecesarios, llegando inclusive hasta el cuarto grado de consanguinidad cuando la norma solicita hasta el tercero) o judiciales (solicitar

diligencias cuando las condiciones ya son claramente imposibles, retardando los procesos por años o generando que los niños sean innecesariamente ubicados en casas de acogida cuando podrían ser adoptados).

Resulta importante el comprender que la normativa posee una razón y es desarrollada dentro del contexto nacional, por lo cual se resalta que la temporalidad que se otorga para el esclarecimiento resulta excesivamente corta y nada eficaz ya que, de acuerdo con la entrevista realizada, el esclarecimiento debería durar cuando mínimo 8 meses, muy alejado de la legislación vigente a la fecha, que establece un máximo de 3 meses.

También se analiza la necesidad de establecer procesos diferenciados o simplificados en las situaciones en las cuáles no sea posible o se torne contrario a los derechos y protección de los intereses de niño o niña, situación que se desarrollará a través de análisis de casos. Lo mismo respetando la celeridad que requieren los procesos llevados por la administración pública en la plena intención de defensa de los Derechos.

De igual manera las decisiones judiciales deben ser analizadas y se debe establecer estándares en cuanto a las exigencias de indagación, ya que de acuerdo a la entrevista, en gran parte de los casos los jueces, posteriormente al haber recibido un informe en el cual no se logra determinar parientes directos aptos para generar el acogimiento a los niños o niñas y se solicita que se siga indagando en el círculo familiar tanto vertical como horizontal, generando indagaciones extensas que en su mayoría resultan infructuosas.

De igual manera, existen situaciones en las cuáles, dadas las condiciones, lo más viable es acudir a la adopción, pero en el Ecuador se otorga un nivel de protección excesivo a la familia en situaciones en las cuáles la misma familia resulta ser la que ocasionó la afeción a los derechos

del infante. Siendo necesario establecer límites de actuación y establecer las condiciones necesarias para la garantía del Interés Superior del Niño y el respeto a su derecho a una familia (que no necesariamente debe interpretarse como la familia biológica) y el derecho que el niño posee a ser adoptado y de esta forma gozar de una convivencia familiar y disponer de condiciones que garanticen su desarrollo integral.

### **Conclusiones del capítulo.**

Cuando analizamos los distintos procedimientos en referencia a la etapa que antecede a la declaratoria de adoptabilidad, podemos observar un marco común de partida que es la intención de salvaguardar y brindar garantía al interés superior del niño como principio base y derechos como la tutela judicial efectiva, el derecho que posee el niño a vivir en familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria.

Los distintos ordenamientos analizados fundamentan su articulado en la urgencia de determinar la medida más eficaz para los niños y niñas, que garantice la protección y sirva de prevención frente a posibles afecciones ya sean al aspecto psicológico o físico.

No obstante, se puede discutir la teórica protección a los nna, así como la eficacia ya que, si bien se necesita un proceso rápido, también se necesita un proceso que brinde un nivel adecuado de validación y cuidado para las condiciones de desarrollo integral que requiere el diario vivir de los infantes.

En cuanto a la aplicación y uso del procedimiento de indagación, puede decirse que Perú lleva el procedimiento más prolijo, y España el más abierto a las distintas situaciones que pueden presentarse, además de brindar una aplicabilidad real a acogimiento familiar, situación que resulta

poco común o inaplicable en el Ecuador debido al complejo proceso de calificación y la extralimitación en la evaluación.

Sin embargo, el Ecuador en el aspecto teórico posee un proceso que en papeles brinda un nivel adecuado de celeridad a la vez de establecer una amplia gama de medidas de protección, de las cuáles únicamente resulta eficaz el acogimiento institucional.

Además de ser necesario trabajar en la temporalidad que la norma brinda a la etapa de, ya que de acuerdo con la opinión de técnicos especializados del MIES, debería ser de mínimo 3 meses (tiempo máximo para la etapa de esclarecimiento en la actualidad) y un máximo de un año, de acuerdo con la complejidad del caso presentado, de esta forma tratando de garantizar el efectivo resguardo a la tutela judicial efectiva y principio del interés superior del niño.

### **Capítulo III**

#### **Necesidad de adecuación normativa en el Ecuador.**

Como se manifestó en el capítulo anterior, el Ecuador posee una noción bastante acertada del concepto de defensa de los derechos para los grupos de atención prioritaria; no obstante, en la práctica se coloca a todos los casos presentados bajo una óptica de generalidad; siendo necesario, considerar que se han presentado casos que deben ser evaluados bajo una óptica distinta, puesto que al hablarse de derechos de los niños, niñas y adolescentes se requiere generar celeridad para determinar los casos en los que es procedente la reinserción familiar; así como, los casos en los cuales se debe dictar la declaratoria de adoptabilidad.

Para comprender lo anteriormente mencionado, se procederá a detallar y analizar un caso en el cual se puede determinar una serie de variables que generen cuestionamiento a la normativa referente a etapa referente al esclarecimiento.

### **Síntesis caso.**

La menor ingresa a la unidad de atención con la edad de 7 meses y lleva en acogimiento institucional cinco años con nueve meses. El acogimiento se da cuando el Hospital General Docente de Riobamba, solicita la medida de protección, partiendo de la alerta emitida por el cuerpo médico, quienes observan que la madre que posee VIH da de lactar a su hija, colocándola en constante riesgo de contagio pese que el personal de salud le indicó que no debe amamantar a la menor.

Cabe agregar que tanto la madre como el padre poseen diagnóstico de esquizofrenia y no cumplen con el tratamiento para la enfermedad. En la búsqueda de familia ampliada se encuentra como referente principal la abuela, la cual la se encuentra a cargo de otros nietos, quien no cumple con las condiciones socioeconómicas y vive en una comunidad lejana. De igual manera se tomó contacto con la persona XXX que refirió el poder cumplir con un PGF, persona que desistió del proceso.

### **Análisis caso.**

En el presente caso se deben analizar varios puntos de vista para la efectiva defensa y garantía de los derechos de la menor en cuestión, a quien conoceremos como Bekie xxxx; la menor adquiere la medida de protección tras aviso del personal médico, quienes aducen a la necesidad de brindar cuidados para la niña, debido a que las condiciones de los padres tanto a nivel económico como de salud física y mental no son óptimas ni adecuadas para brindar el cuidado y garantizar el desarrollo integral de la menor.

Es evidente que los padres no cumplen con deberes y obligaciones que tienen con su hija. En lo que se refiere al procedimiento; este se inicia al buscar la verdad histórica de los hechos, procurando el respeto a los derechos que poseen las partes inmersas en la causa, de tal manera que se pueda definir o negar la existencia de una situación de riesgo y establecer la medida de protección más adecuada.

Para fines del estudio, se debe priorizar la protección de rango constitucional a los derechos inherentes a todos los seres humanos y especialmente a los derechos de los NNA como pertenecientes al grupo de personas que requieren atención prioritaria debido a su situación de vulnerabilidad.

De la revisión de los informes sociales, emitidos por Trabajo Social, se puede constatar que tanto la esquizofrenia y el VIH que posee la madre; así como la esquizofrenia que sufre el padre de la menor les imposibilita cumplir con la función de padres y a la vez no permite el desarrollo Bio-psico-social de la niña, con lo cual se confirma la inminente SITUACIÓN DE RIESGO en la que se encuentra la menor al mantenerla bajo la tutela de sus padres.

En base a los informes de los técnicos, se logra determinar el cumplimiento y efectivo resguardo a los derechos de la niña al ingresarla en la casa hogar San Carlos; sitio en el cuál, se le está brindando el cuidado necesario para su desarrollo, y a su vez el respectivo acompañamiento psicológico y educativo. Y a su vez cabe destacar que se ha denotado una falta de interés para realizar visitas al infante por parte de sus progenitores durante el tiempo de acogida.

En cuanto a la vivienda; los padres de Bekie xxxx residen en una casa prestada, la cual no consta con los servicios básicos que son considerados como mínimos necesarios para brindar un ambiente

de seguridad y bienestar para el desarrollo de una persona, mucho menos para las necesidades del presente caso.

En los estudios realizados por profesionales de la salud, se ha llegado a determinar que no existe orientación en tiempo y espacio, esto siendo consecuencia de la renuencia del tratamiento psicofarmacológico y/o terapéutico para los padres del infante, a lo cual, en casos de crisis o brotes psicóticos, no se podrá garantizar la seguridad de ninguno de los integrantes de la familia, convirtiéndose así un entorno vulnerable para Bekie xxxx.

La complejidad de la situación se centra en el análisis judicial y técnico que se realizó en el esclarecimiento de situación de la menor, ya que desde la opinión técnica se sugiere el Acogimiento Institucional como medida de protección, a lo cual el juez ha llegado a tomar la decisión de ratificar la misma con carácter temporal y realizando un análisis erróneo favoreciendo a los padres, bajo el argumento del tema de la necesidad de reinserción familiar y posteriormente la estabilización de los progenitores.

La normativa ecuatoriana busca brindar efectivo resguardo a los niños, no obstante, es necesario considerar que eliminar la situación de riesgo no es suficiente, sino que se debe buscar garantizar la integralidad de los derechos que se atribuyen a los niños y niñas. Siendo que, en el presente caso la medida de protección “ACOGIMIENTO INSTITUCIONAL” se encuentra vigente en la actualidad, cuando solamente la etapa de esclarecimiento duró un año y medio.

Posteriormente a la finalización de la etapa de esclarecimiento, se ratificó la medida de acogimiento institucional, misma se encuentra vigente y es la medida más adecuada. Es necesario resaltar que, de acuerdo con la doctrina, el acogimiento institucional debe ser otorgado únicamente como una medida de carácter transitorio.

Así mismo, el juez ordenó dar seguimiento al avance del estado de salud de los padres, en un inicio recibiendo informes trimestrales y posteriormente semestrales, en los cuales se establece que no son aptos para dar cuidado a la niña.

En este punto es necesario considerar que los derechos que se deben priorizar son los de la niña, lo cual no abarca únicamente la eliminación del riesgo de la forma dictaminada, sino representa también el devolver o establecer condiciones de garantía del derecho a tener una familia además de la convivencia familiar y comunitaria para la niña, lo cual no es posible dentro de una casa de acogida, razón por la cual el análisis de los derechos mencionados debería centrarse en la necesidad de llegar a bridar la declaratoria de adoptabilidad.

En el Ecuador el esclarecimiento se debe realizar de carácter obligatorio hasta el tercer grado de consanguinidad, lo cual habla de una adaptación más adecuada en cuanto a la temporalidad y celeridad que requiere la situación. En el presente caso, debemos de considerar que Bekie xxxx ingresó al sistema de Acogimiento Institucional con siete meses y medio de edad y al momento de ratificarse al acogimiento institucional como medida de protección ya cumplió dos años.

En el caso que nos atañe, referimos a una excepcionalidad al evidenciarse que la abuela no se encuentra en la posibilidad de acoger a la niña por condiciones económicas, siendo más lógico dar cese al esclarecimiento y proceder con la declaratoria de adoptabilidad con la finalidad de poder restituir los derechos que fueron vulnerados en Bekie xxxx y generar las condiciones necesarias para su desarrollo integral.

En referencia a que la declaratoria de adoptabilidad, permite reestablecer los derechos de los niños y niñas, a diferencia del acogimiento institucional que es una medida que únicamente debe fungir con carácter temporal. En el país se han logrado evidenciar casos en los cuales la medida de

protección se ratifica por años, incluso pasado los 14 años de edad, edad en la cual se inicia un proceso de preparación para la independencia.

De acuerdo con el análisis psicológico y socioeconómico, es evidente la negligencia parental, argumentando que los hijos que viven con padres que poseen un trastorno mental severo se ven involucrados en situaciones de vulnerabilidad e inseguridad de manera constante, desarrollando posibles trastornos a los hijos de los mismos que alteran el desenvolvimiento y adaptación social.

De acuerdo con el estudio realizado por Andrés García Siso y Cristina Albadalejo, la posibilidad de que los hijos de padres que poseen trastornos mentales severos (denominados TMS), entre ellos colocando a la esquizofrenia, son propensos a sufrir distintas afecciones en el plano psicológico que repercuten directamente en el desarrollo social y afectivo, siendo que:

“[...] la prevalencia de TM en estos hijos es de un 37%; 10 casos deberán ser revisados al cabo de un período evolutivo, por presentar valores de riesgo y, por último, 10 casos estarían dentro de parámetros de normalidad. En el Grupo control, la proporción de casos identificados como trastorno psiquiátrico, fue del 22%, tal como corresponde a la prevalencia de trastorno mental en la población general.” (García & Albadejo, 2005).

Es necesario agregar que los padres al poseer la condición mencionada tienen la tendencia a sufrir de brotes psicóticos o crisis nerviosas que involucran delirios y /o alucinaciones que alteran la conciencia y la conexión con la realidad que podría poner en riesgo la integridad e incluso la vida de Bekie xxxx.

De esta forma, dentro de los casos analizados, los hijos de padres que poseen TMS llegaron a sufrir disarmonía psicótica, depresión ligada al trastorno de personalidad y en la mayoría trastornos psicóticos y reactivos, refiriendo a estructuras psicopatológicas que poseen distinta gravedad y

conlleven a fuertes repercusiones dentro de la esfera del desarrollo integral de los hijos que crecen junto a padres con TMS.

Adicionalmente, el Estado y sus funcionarios actúan de forma negligente y atentan en contra de los derechos de los NNA al considerar que la principal medida de remediación y restauración de derechos es la reinserción familiar, aun cuando de acuerdo con los estudios psicológicos y sociales resulta inviable e inclusive peligroso el permitir que la niña crezca en un medio como el mencionado.

Se debe considerar la protección de los derechos de Bekie xxxx, sobre los derechos de la familia que desde su nacimiento representa un riesgo para la seguridad de la menor; así como también, es necesario atender el derecho que posee el infante a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria, yendo más allá del concepto tradicional de familia biológica, considerando que se puede dar la posibilidad de encontrar una familia que supla las necesidades afectivas, de cuidado de salud y de acompañamiento social, creando así un entorno favorable y seguro que merece cada persona.

De acuerdo con el artículo 26 del CONA, el derecho a la vida digna abarca “[...] a aquellas prestaciones que aseguren una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, recreación y juego, acceso a los servicios de salud, a educación de calidad, vestuario adecuado, vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos [...]”. (CONA, 2014)

Se debería actuar acorde a lo dictado en el 113 del CONA, el cual establece las razones por las cuales se dará paso a la pérdida de la patria potestad, acciones que se dan por medio de resolución judicial. En este medio se puede identificar incumplimiento grave de los deberes que imponen la patria potestad, al analizarse que la niña recibió la medida de protección tras haber llegado con

anemia al hospital y además de ello, se desobedece las indicaciones emitidas por los profesionales de la salud (no amamantar a la menor) lo cual se considera una forma de agresión.

El análisis realizado por el juez deriva en la extrema protección al concepto de familia que se ha identificado dentro de la norma ecuatoriana, por lo cual:

Si bien la CRE y el CONA atienden a la búsqueda de la estabilidad y protección a la familia, se debe realizar un ejercicio de ponderación y análisis de la medida más adecuada para la protección de derechos, ya que en esta situación no se atiende únicamente a la protección de la familia, sino se habla de garantía de la seguridad de la infante, que puede devenir en la privación de la patria potestad por grave incumplimiento a las obligaciones de los padres, mas no por no poseer los recursos económicos necesarios (lo cual no puede suceder de acuerdo con el artículo 114 del CONA).

Se debió proceder en base a lo determinado por el artículo 113 ibídem y dictar la declaratoria de adoptabilidad en aras de resguardo y garantía de los derechos de Bekie xxxx quien ha permanecido ya 5 años con 9 meses dentro de casas de acogida.

### **Propuesta normativa**

#### **Inclusión de artículos en el CONA.**

Con fundamento en lo investigado con anterioridad acerca del procedimiento administrativo que antecede a la declaratoria de adoptabilidad o esclarecimiento de estado social, legal y familiar resulta importante el regular la actuación de las instituciones públicas en la situación a la cual denominamos excepciones, de tal forma que se cumpla con las garantías y obligaciones que posee el estado en aras de protección a los derechos de los NNA.

De la forma mencionada, para el fortalecimiento de la protección y efectivo resguardo a los derechos de los NNA como pertenecientes a grupos de atención prioritaria, se debe considerar los siguientes artículos:

**Considerando:**

Que la Constitución de la República en su artículo 44 establece la obligación Estatal, social y familiar de en manera prioritaria promover el desarrollo integral de los NNA, buscando el brindar efectiva garantía a todos y cada uno de los Derechos consagrados en la Carta Magna. Danto prioridad absoluta al principio del Interés Superior del Niño, resaltando que los derechos de los infantes siempre prevalecerán frente a los de las demás personas.

Que el CONA en su artículo 12 establece que cuando se hablare de la elaboración, ejecución de políticas públicas y provisión de recursos, se debe dar prioridad absoluta a los niños y adolescentes, asegurando el acceso permanente a los servicios públicos en cualquier atención que sea requerida.

Que el convenio sobre derechos del niño en su artículo 3, literal 2 menciona que “. Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”. Siendo necesario considerar que se debe priorizar los derechos de los NNA sobre los demás.

A continuación, se presenta el articulado como propuesta para ser integrado en el COPINNA, sobre el cuál se ha trabajado con los nuevos términos que se consideran idóneos para el procedimiento administrativo o de esclarecimiento de situación social, familiar, física y económica, versando los

cambios propuestos sobre el manejo de la pérdida de patria potestad y declaratoria de adoptabilidad en casos de Enfermedades Mentales Severas planteado como una excepcionalidad:

Artículo... De las Enfermedades Mentales Severas.

Se considera como enfermedades mentales severas a las afecciones psíquicas que alteran la capacidad de ubicarse en tiempo y espacio, y pérdidas de conciencia que pongan en peligro a su vida o la de otros durante lapsos de brotes maniaco-depresivo o psicóticos, estas deben tener tratamiento psicológico y/o psiquiátrico con acompañamiento de fármacos específicos para cada trastorno. Sumado a ello, deberá evaluarse la viabilidad de la posesión de la patria potestad en el caso que los mismos tuvieran hijos a su cargo.

Artículo... De los casos en los cuáles se determine negligencia a los deberes de cuidado derivada de Enfermedades Mentales Severas.

Dentro de los casos en los cuales los tutores legales adolezcan de Enfermedades Mentales Severas y por tal condición se hubiere producido afecciones evidentes por negligencia en los deberes de cuidado, el esclarecimiento legal, social y familiar tendrá un plazo máximo de 45 días.

Justificación: Cuando se analiza las denominadas enfermedades mentales severas, se debe determinar que las mismas actúan sobre el estado de ánimo, pensamiento y comportamiento de la persona que la adolece, generando problemas en el libre desarrollo de la cotidianeidad, afectando principalmente a las relaciones interpersonales.

Por la situación previamente mencionada es necesario recalcar que cuando las personas poseen las afecciones a las cuales hacemos referencia se encuentran a cargo de sus hijos y se determina la existencia de situaciones que afecten a los NNA derivadas de negligencia en el cuidado de parte

de los padres por incapacidad de cuidado es indispensable garantizar la seguridad de los ya antes mencionados.

Dentro de los posibles riesgos que pueden suscitarse en casos de trastornos mentales graves durante lapsos de brotes maniaco-depresivos o crisis psicóticas, va a llevar al sujeto a desligarse de la realidad o pérdida de consciencia y los cuales involucra:

Delirios.

Alucinaciones.

Pensamiento y discurso desorganizado.

Comportamiento motor desorganizado.

Artículo... De la inexistencia de referentes familiares.

Dentro de los casos en los cuales se determine la inexistencia de referentes familiares dentro del procedimiento de esclarecimiento de situación social, legal y familiar del niño o niña que se encuentre con una medida de protección, en el plazo de 30 días, contabilizado a partir de la fecha en la que se da apertura a la indagación se dictará la declaratoria de adoptabilidad.

Resaltando el hecho que la alternativa de la declaratoria de adoptabilidad nace como una solución ante la inexistencia de recursos familiares caracterizados como protectores, genera una medida efectiva y de carácter definitivo para garantizar la restitución del derecho de los NNA a vivir en familia y salvaguardar su bienestar físico, psicológico y social.

La adopción representa una modalidad subsidiaria de filiación, dentro de la cual se restituye el derecho a vivir en familia, a la convivencia familiar y comunitaria y se garantiza del desarrollo integral.

En este sentido, es necesario destacar que:

“La inexistencia de la familia biológica no solo está dada por una situación física (el menor no tiene filiación determinada, ha sido abandonado; ningún miembro de su familia biológica se opone a la declaración de susceptibilidad de la adopción, entre otros), sino también en la carencia de un vínculo real y permanente en el tiempo respecto del menor, denotando incapacidad para asumir su cuidado.” (Illanes Valdés, 2019)

De esta forma, es necesario mencionar que la norma ecuatoriana prioriza el cuidado y la protección a los derechos de los determinados miembros de grupos de atención prioritaria debido a su vulnerabilidad a la par de la condición de temporal que posee el acogimiento institucional como medida de protección, debiendo tenerse como objetivo en todos los procesos la reinserción familiar o el paso a la declaratoria de adoptabilidad en el caso mencionado.

Artículo... De la resolución de la atención a excepciones en el procedimiento de esclarecimiento de situación legal, social y familiar.

En casos en los cuales se determine lo dispuesto en el artículo previo, se dará en audiencia única la expedición de pérdida de la patria potestad de los tutores legales del niño o niña y se procederá a dictar la declaratoria de adoptabilidad en pro de la tutela judicial efectiva.

Respecto a los principios de celeridad y economía procesal se debe ligar las causas mencionadas ya que por la importancia en cuanto al efectivo resguardo de los derechos a tener una familia, a la convivencia familiar y comunitaria, sumados al principio del interés superior del niño se debe actuar a la brevedad, evitando generar dos audiencias cuando la causa tiene un fin conexo, el llegar a garantizar el desarrollo integral del niño o niña.

## **Conclusiones. -**

Dentro del desarrollo histórico social y normativo ecuatoriano se ha logrado evidenciar que se invisibiliza sujetos de derechos limitándose el ejercicio de los mismos, dentro de lo mencionado se encuentra a los NNA, a los cuáles en virtud de lo argumentado en el presente trabajo de titulación se ha logrado considerar como sujetos de derecho, no obstante, fueron por mucho tiempo considerados propiedad sujeta a protección de los padres.

En este contexto, es necesario destacar que hasta el siglo XX, se consideraba a los infantes como propiedad de sus padres, desatendiendo a la concepción de sujetos de derecho que se les otorga, presupuesto que se presenta ya en la sentencia Blissets, comprendiéndose que si bien al hablar de la familia biológica, se encuentra uno de los puntos más importantes de lo que a Derecho de familia refiere, se debe considerar a los Derechos de los niños como independientes y decidir sobre la misma concepción.

Con el desarrollo del Derecho y la comprensión de la importancia de los derechos de los NNA, tanto a nivel nacional, como internacional, se llega a comprender que no sólo deben ser sujetos de derechos bajo la concepción general de todos los ciudadanos, sino que, se deben establecer derechos propios, exclusivos y característicos, presupuesto por el cual se da nacimiento al concepto de sujetos de atención prioritaria.

En aras de resguardo a la integralidad de los derechos de los niños y en búsqueda de desarrollo integral, se incluye dentro de la norma ecuatoriana, al Principio del Interés superior del niño. Siendo una almohada para la protección e imponiendo ante las autoridades la obligación de actuar bajo la mencionada concepción, misma que ha sido respetada parcialmente ya que se da un trato prioritario al concepto de familia biológica y no al niño como sujeto de derechos propios e inquebrantables.

De la forma mencionada, se establece la aplicación inmediata y directa del principio del interés superior del niño, limitando la acción interpretativa al tomarse decisiones que engloben protección a los derechos de los infantes, no obstante la aplicación de la discrecionalidad a nivel administrativo y judicial, lo que deviene en afecciones a los derechos de los NNA, en muchas ocasiones obviándose que siempre se debe decidir en base a las actuaciones que efectivicen o garanticen el resguardo y realización de los derechos de los niños y niñas.

La base de todo lo mencionado previamente se encuentra en la misma justificación de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia como lo es el ecuatoriano, en el cual se entiende la posición estatal de garante al referirnos a la defensa de los derechos de los NNA y su desarrollo integral, fin que se logra a través del acompañamiento de los derechos conexos establecidos en la norma.

De esta forma debiendo analizarse los derechos a vivir en familia y a la convivencia familiar y comunitaria como derechos propios para los NNA, más no como derechos concernientes al grupo familiar y más aún cuando del grupo mencionado puedan devenir conductas que se consideren lesivas y que estén impidiendo el desarrollo integral o peor aun poniendo el riesgo la integridad o hasta la vida de los infantes.

Es ahí donde el derecho a ser adoptado entra como un punto cardinal y de garantía a los derechos de los niños y niñas ya que se entiende qué, por su condición de vulnerabilidad, el estado se encuentra en la obligación de otorgar a los NNA una familia que cumpla con las condiciones necesarias tanto en lo psicológico, social y económico, sujetos que no necesariamente van a tener un vínculo biológico.

Mediante la adopción se genera un vínculo permanente parento-filial, otorgando una familia con condiciones de idoneidad, que puedan brindar un hogar con un entorno estable y saludable, siendo

necesario para ello la declaratoria de estado de adoptabilidad, situación que en el país no se viabiliza al tener una errónea interpretación de las medidas de protección otorgadas por la norma, al haberse establecido como una base que SIEMPRE se buscará la reinserción familiar, pese a existir situaciones en las cuales es evidente que los padres no son aptos para brindar garantía a sus vidas y menos aún proteger la de los infantes.

Es importante además referir a qué, el acogimiento institucional se incluye dentro de la normativa ecuatoriana como una medida de protección de carácter temporal y qué, en la actualidad ha sido tomada como la primera y única opción de protección ya que siempre se busca la reinserción.

Ejemplo de ello es el caso analizado, en el cual se demuestra la incapacidad de los padres de cuidado propio y para la menor, poniendo inclusive en riesgo su vida y dada la inexistencia de referentes familiares, resulta bastante inadecuado que el juez determine como medida de remediación la institucionalización de la menor en búsqueda de reinserción, ignorándose a los informes psicológicos y sociales de los padres, los cuáles determinan que NO SON APTOS para cuidado de la niña.

En este punto es cuándo se debe analizar la concepción de tutela judicial efectiva, rescatando que los servidores públicos (administrativos y judiciales), destacando que el derecho en cuestión representa una suerte de paraguas al aducir a la naturaleza investigativa y procesal que conlleva el esclarecimiento de estado.

Por lo previamente mencionado, en el Ecuador es necesario trabajar en los plazos estipulados en la normativa, la fase debe ser de al menos 3 meses (actualmente el plazo más largo para la fase de aclaración) y hasta un año según las opiniones de los técnicos profesionales del MIES,

dependiendo de la complejidad del caso, este enfoque se esfuerza por garantizar la tutela judicial efectiva y la tutela efectiva del principio del interés superior del niño.

Comprendiendo además que se debe analizar y comprender la existencia de excepcionalidades en las cuáles se debe decidir con aún más celeridad en búsqueda de protección de los derechos de las niñas y niños con la firme intención de restituir y resguardar a futuro el desarrollo integral de los niños y niñas.

Finalmente, la propuesta normativa realizada, que lleva fundamento en la doctrina, análisis realizado conjunto a psicólogos, jurisprudencia, sumados a la comparación normativa española y peruana y mediante la misma se determina la necesidad de establecer términos adecuados para remediación en situaciones de riesgo y considerar la existencia de excepcionalidades considerados como casos en los cuales se debe actuar con mayor celeridad para tutelar los derechos de los NNA como sujetos de atención prioritaria.

### **Recomendaciones.**

Recordando que el proceso de aprobación y aprobación del COPINNA se encuentra aún en proceso, se recomienda a los legisladores el realizar el análisis de la propuesta normativa que se presenta por medio del presente, en virtud que si bien en la propuesta de ley del mencionada se trabaja sobre los plazos establecidos para la etapa de esclarecimiento, pero no se llega a comprender la importancia o establecer excepcionalidades para los casos mas delicados en los que resulta favorable la declaratoria de adoptabilidad en garantía de los derechos de los NNA.

A su vez, se recomienda a los legisladores el trabajar sobre las bases analíticas utilizadas en la administración de justicia, recordando que el análisis central en casos en los cuáles se acude a medidas de protección para la defensa de los derechos de los NNA y estos deben girar en torno a

los derechos de los infantes, analizados independientemente de los existentes de sus padres ya que se debe resguardar la integridad y bienestar de los sujetos de protección especial.

### **Bibliografía.**

Aguirre, V. (2010). El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación a los tribunales ecuatorianos. *Foro. Revista de Derecho No 14*, 5-43.

Alegre, S., Hernández, X., & Roger, C. (2014). El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas. Cuaderno No. 5. [http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)

BAEZA CONCHA, Gloria (2001): “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, núm. 2, p. 359.

Bertone, I. (2009). *Los derechos económicos, culturales y sociales*. Caracas: Cooperativa gráficas

Pérez Porto, J., & Gardey, A. (2022). Definición de discrecionalidad. Retrieved 5 October 2022, from <https://definicion.de/discrecionalidad/>

CHIGUANO, W. A. S. H. I. N. G. T. O. N. Q. U. I. N. G. A. (2018). *El Acogimiento Familiar Y El Interés Superior Del Niño* (thesis). UNIANDES, AMBATO. File: <http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/8666>

CILLERO BRUÑOL, M. (2007). *EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO* [Ebook] (9th ed., pp. 125-140). Santiago: UNICEF. Retrieved from

<https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/system/files/2017/01/doctrina44779.pdf#page=125>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (28AD). OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 DE 28 DE AGOSTO DE 2002. Retrieved March 7, 2023, from <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf>.

Eduardo García de Enterría, La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo, pg. 9, documento tomado de la página web, [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1962038\\_159.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1962038_159.PDF), julio de 2010.

FREEDMAN, Diego: “Funciones normativas del interés superior del niño”, en Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global, en <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm> [visitada el 20 de octubre de 2007].

Galarza, D. E. E. (2021, julio 27). Desarrollo Jurisprudencial de los Derechos de los Grupos de Atención Prioritaria. *File:* <https://revistas.uees.edu.ec/index.php/rjuees/article/download/723/588/4240,5-12>.

García, A., & Albadejo, C. (2005). VULNERABILIDAD AL TRASTORNO MENTAL EN HIJOS DE PADRES QUE PADECEN UN TRASTORNO MENTAL SEVERO. Revista de Psicopatología y Salud Mental del niño y adolescente. <https://www.fundacioorienta.com/wpcontent/uploads/2019/03/Garcia-Andres-M1.pdf>

GÓMEZ BENGOCHEA, B., & PEDRO-VIEJO, A. (2009). Vista de El derecho del niño a vivir en familia. Retrieved 5 September 2022, from <https://revistas.comillas.edu/index.php/miscelaneacomillas/article/view/894/755>

Illanes Valdés, A. (2019, October 31). El Derecho a vivir en familia y la subsidiaridad de la adopción a la luz del interés superior del niño. Quito. Retrieved March 24, 2023, from <https://www.redalyc.org/journal/6002/600263450002/html/#fn15>.

Lagos, E. R. (2015). *LA EVOLUCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: Hacia una evaluación y determinación objetiva* [UNIVERSIDAD DE CHILE]. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135615/La-evoluci%C3%B3n-del-inter%C3%A9s-superior-del-ni%C3%B1o.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Moliner, R. (2012, 3 enero). ADOPCIÓN, FAMILIA Y DERECHO [PDF]. En *Scielo* (1.<sup>a</sup> ed.). Scielo. <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n14/n14a07.pdf>

Navarro, M.G., 2012. Discrecionalidad administrativa. <https://digital.csic.es/handle/10261/57024>

Observatorio Regional, Ecuador. *Observatorio Regional Derecho a Vivir en Familia (OR-DVF)*. Available at: <http://observatorioderechoavivirenfamilia.org/marco-normativo-e-informacion-por-pais/ecuador/> [Accessed September 26, 2022].

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (no date) *Antecedentes de la Convención, OHCHR*. ONU. Available at: <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/background-convention#:~:text=La%20Convenci%C3%B3n%20sobre%20los%20Derechos,Internacional%20del%20Ni%C3%B1o%20de%201979>.

Organización de las Naciones Unidas. (1989). La Convención sobre los Derechos de los niños. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Pozo, J. (2021) *La discrecionalidad administrativa - derecho Ecuador, Derecho Ecuador* .  
Derecho Ecuador . Available at: <https://derechoecuador.com/la-discrecionalidad-administrativa/>  
(Accessed: October 1, 2022).

QUINGA, W. A. S. H. I. N. G. T. O. N. (2018, April). EL ACOGIMIENTO FAMILIAR Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.” Ambato; UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES “UNIANDES.”

RUIZ LÓPEZ, D., & CADÉNAS AYALA, C. (2022). ¿QUÉ ES UNA POLÍTICA PÚBLICA?.  
Retrieved 25 October 2022, from  
<https://ti.unla.edu.mx/iusunla18/reflexion/QUE%20ES%20UNA%20POLITICA%20PUBLICA%20web.htm>

## **PLEXO NORMATIVO**

Colombia. Código de la Infancia y Adolescencia. Ley 1098 de 08 de noviembre de 2006.

Ecuador [CRE] (2008). Constitución de la República del Ecuador. Asamblea Nacional. Registro Oficial 449.

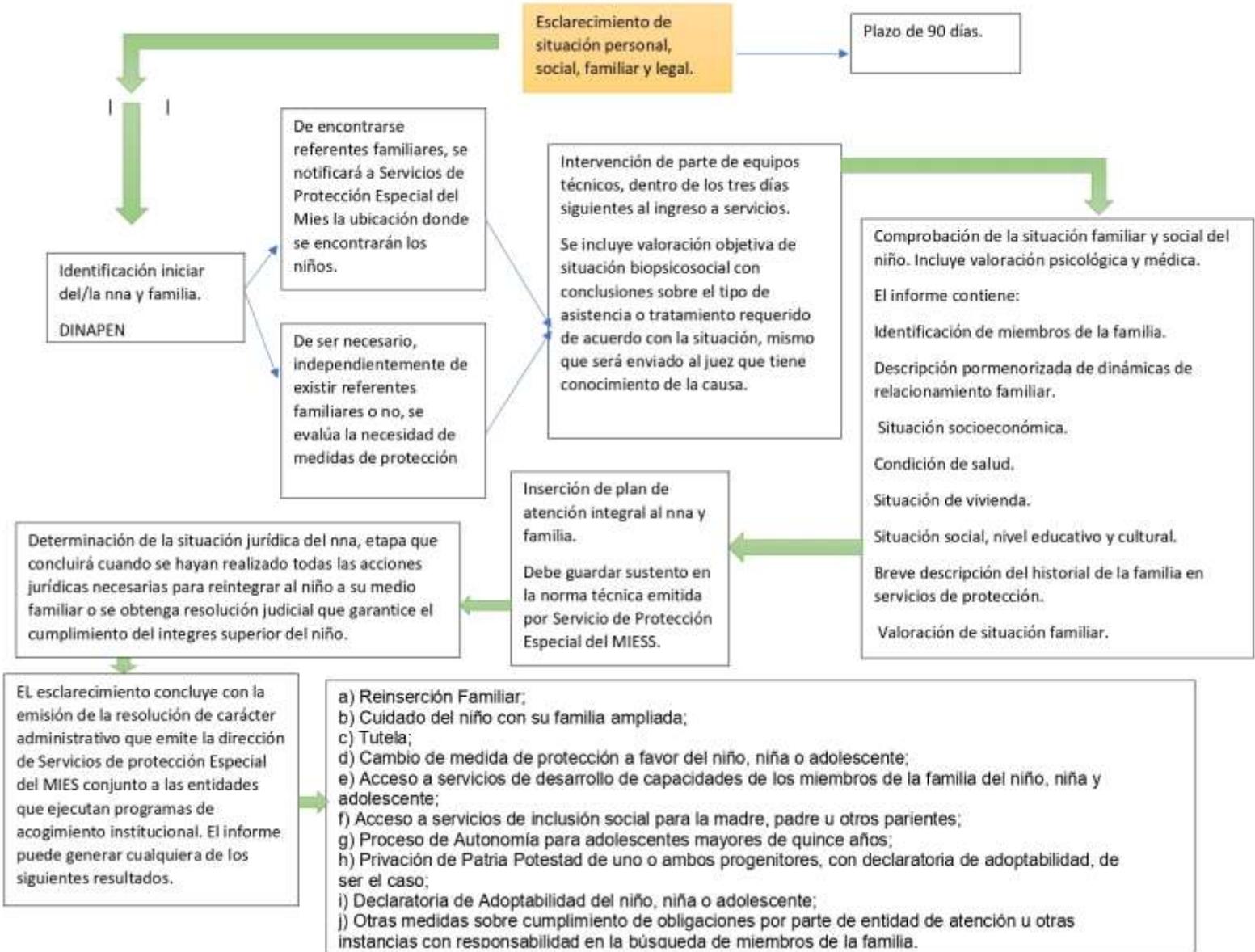
Ecuador [CONA] (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial No. 737.

Organización de Naciones Unidas [ONU] (1989). Convención de los Derechos del Niño.

Perú. Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono. 3 de octubre de 1998.

Perú. Código de los Niños y Adolescentes. Ley 27337 de 7 de agosto de 2000.

## Anexo 1.



## **Anexo 2.**

### **Entrevista Realizada a la Lcda. Norma Silva, Técnico de Servicios de Protección Especial del MIES.**

**Entrevistador:** Muy buenas tardes Lcda., Primero que nada, quisiera iniciar agradeciendo por disponer una fracción de su tiempo para la realización de mi tesis, para lo cual quisiera iniciar estableciendo un breve preámbulo del análisis considerado dentro de mi tesis, la cual se titula “Efectos Jurídicos de la Etapa Previa a la Declaratoria de Adoptabilidad para los niños y niñas, respecto al cumplimiento del Principio del Interés Superior del Niño.

**Entrevistado:** Buena tarde Dann, te agradezco por haber tomado contacto conmigo, A la vez de resaltar la importancia de la discusión académica sobre estos temas, ya que existen varias perspectivas que deben aplicarse y deben ser consideradas al momento de referir a los. Términos adecuados para la defensa de los derechos de los niños y niñas dentro de nuestro país.

Entrevistador: Como es de su conocimiento, en el Ecuador existe una gran cantidad de niños y niñas que se encuentran dentro de casas de acogida, los cuales se encuentran a la espera de una decisión definitiva, en relación a su situación. Varios de ellos. Ingresados por cuestiones de violencia intrafamiliar o por situaciones que han puesto en riesgo su seguridad O su integridad.

Dentro de los lineamientos internacionales se establece que en tema de referentes a menores de edad no se puede aplicar discrecionalidad en El ámbito administrativo, No obstante, en el Ecuador se logra evidenciar un margen de discrecionalidad que evidentemente atenta contra los derechos de los menores. Más aún cuando las decisiones judiciales. Conllevan al alargamiento del proceso de esclarecimiento de situación.

Por ende, en mi trabajo de titulación se busca establecer la aplicación correcta normativa, con la finalidad de garantizar y precautelar el principio del interés superior del niño y de esta manera permitir el desarrollo integral del niño y respetar la protección que les otorga la normativa ecuatoriana.

Es entonces que se debe considerar el cúmulo de derechos que poseen los niñas y niños

. ¿Cuál es la base del proceso investigativo de Esclarecimiento de Situación personal del niño y cuáles son los principales derechos precautelados por la etapa mencionada?

**Entrevistado:** Perfecto, Nos referimos. El proceso de esclarecimiento. De situación social, familiar y legal de los niños y niñas, Referimos a un proceso, a través del cual se obtiene información relevante sobre la institución física psicológica, Social y legal de los niños y niñas. Que hayan perdido temporal o permanentemente su medio familiar y está constituido por el conjunto de normas y procedimientos administrativos. Que deben permitir establecer la Real situación.

Siendo necesario mencionar que el esclarecimiento concluye con la resolución que dictan los jueces. Competentes, En el cual las dos formas de finalizar. El procedimiento. Son. La declaratoria de adaptabilidad o La orden de reinserción familiar.

El proceso se centra en brindar las bases al juez para que el pueda resarcir los derechos que se vieron afectados de los niños, Situación en la cual tenemos que considerar que los niños pueden venir de distintas situaciones, los cuales pueden lesionar o afectar a sus derechos. Por ende, es necesario considerar que existen varios canales mediante los cuales los niños y niñas pueden

ingresar a los canales de atención del MIES Debe comprenderse la forma en la que solo actuar en cada uno de los casos.

Todo el proceso. Los niños niñas se ven protegidos. Pues los principios establecidos en la Constitución de la República y en instrumentos internacionales de Derechos Humanos. No obstante. Se puede mencionar. Que los derechos. Que poseen un rango prioritario en esta situación.

Son:

- Principio de prioridad absoluta.
- Interés superior del niño.
- Qué de humanidad.
- Corresponsabilidad.
- Participación.
- Confidencialidad.
- Tutela judicial efectiva.
- Debido al proceso en los ámbitos administrativo y judicial.

Se puede mencionar que los derechos que te acabo de decir son los que poseen un grado especial de protección en la situación, considerando que los niños pueden ingresar después de situaciones que hayan representado un riesgo para su integridad física o su salud mental y de esta forma se necesita tomar medidas de trabajo conjunto de todo el equipo.

**Entrevistado:** ¿Cómo se precautela el derecho al interés superior del niño durante el proceso de esclarecimiento, considerando la condición de garante que posee el estado ante al menor, frente a situaciones que puedan afectar el desarrollo integral del mismo?

**Entrevistador:** Es necesario mencionar que cuando se encuentra en un proceso de esclarecimiento, existen una serie de derechos que invisten a la niña, niño y adolescente en todo proceso, Además de un conjunto de derechos constitucionales a los cuales. Se debe referir, ya que se debe garantizar:

El derecho a no se ha institucionalizado si no es indispensable.

El derecho a la identidad que comprende su derecho a la identificación, la búsqueda de su madre y de otros parientes.

El derecho a conocer sobre su situación y origen según su edad y desarrollo. Así como sobre la situación que motiva la medida de protección y las futuras acciones a seguir.

El derecho a obtener una decisión pronta y eficaz sobre su situación social, familiar y legal. Del cual es necesario hablar un poco, ya que en el Ecuador el tiempo que actualmente determina la norma no es adecuado considerando. Que 3 meses no son nada en cuanto a la realización de la investigación y determinación del Estado social, familiar y legal del menor. principio que debe ser considerado de mayor relevancia.

Y que únicamente no posee la protección que se da mediante los servicios públicos, sino se debe considerar que también tienen la capacidad de emitir medidas de protección la Junta de Protección de Derechos, la cual tiene un. Ámbito de carácter urgente con medidas únicamente. Acá tables por 72 horas y posteriormente se necesita la decisión de autoridad judicial, en la cual se otorgue una medida de protección adecuada en relación con el caso y las necesidades del niño.

Y es aquí donde encontramos 1 de los mayores problemas, en referencia a la protección a los derechos, ya que existen situaciones en las cuales el equipo del MIES emite ya un informe en el cual se determina la no existencia de referentes familiares o la imposibilidad de reinserción del menor en con los familiares que se logró encontrar.

No obstante, los jueces determinan la necesidad de continuar con un proceso de búsqueda de referente, inclusive superando de manera exagerada el tiempo determinado por la ley. Es en este punto que se deben mencionar que la carga también de los jueces es sumamente grande y por ende desde el principio se afecta al derecho de niños, o sea atendidos con este carácter urgente que determina la ley y no se permite celeridad en los procesos.

Finalmente es necesario considerar que los niños tienen el derecho a expresar su opinión y que la misma sea respetada y escuchada durante todo el trámite de esclarecimiento.

**Entrevistador:** En base al carácter proteccionista y con énfasis en la importancia que la CRE brinda a familia, como se puede hacer una valoración adecuada entre el Derecho del menor a vivir en familia (haciendo énfasis en la familia natural) y el derecho que posee a ser adoptado (considerando como parte de este el derecho a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria).

**Entrevistado:** Justamente en la pregunta que me acabas de plantear, se resalta uno de los mayores problemas que se encuentra en todos los procesos de esclarecimiento de situación. El problema descansa justamente es lo que te expliqué en la pregunta previa, ya que existen situaciones en las cuales nosotros como técnicos, mencionamos al juez que las condiciones no son adecuadas para la relación familiar o que la información que se ha encontrado no permite determinar esto como

una decisión responsable sobre los niños y niñas, no obstante, la decisión de los jueces generalmente versa. Sobre continuar con el proceso investigativo extendiéndolo desde la decisión judicial y de esta forma vulnerando los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

No obstante, debo mencionarte que los casos generales son los que se logran resolver con mayor facilidad en los cuales podemos encontrar agresiones menores o situaciones similares, de hecho, te voy a ayudar con una carpeta en la cual dispones de una serie de casos en los cuales tú puedes evidenciar las inconsistencias dentro del sistema de Justicia.

Tenemos un caso en el cual el juez nos ha enviado ya 3 veces a volver a realizar un proceso de esclarecimiento para determinar si la familia y es apta para ser reinsertada, todo este tiempo, la menor ha pasado en casas de acogida a la espera de volver a su hogar, pese a haberse determinado que su familia ya se encuentra preparada para la reinsertión.

De igual manera, te recomiendo para análisis el caso (B\*\*\*), en el cual se logra evidenciar la Necesidad de normativa, la cual brinda celeridad a los procedimientos en casos de situaciones especiales, como lo son cuando existen padres que poseen enfermedades mentales y sumado a ello se da la inexistencia de referentes familiares con la capacidad de hacerse cargo de los niños y niñas.

Siendo justamente en la etapa de esclarecimiento en la cual debe dotarse las autoridades competentes de elementos técnicos suficientes, mediante los cuales se puede generar una decisión.

Debiendo mencionarte también que nuestra prioridad es prevenir o interrumpir la amenaza en la cual se encuentran los derechos de los niños, niñas o adolescentes.

### Hoja de Consentimiento Informado

Yo, Norma Janeth Silva Murillo con Cédula de ciudadanía N° 1708946676 , he sido debidamente informada de las condiciones de participación en la investigación "Efectos Jurídicos de la Etapa Previa a la Declaratoria de Adoptabilidad para los niños y niñas, respecto al cumplimiento del Principio del Interés Superior del Niño", que forma parte del proceso de titulación del estudiante Dann Davis Cajas Silva, de la carrera de Derecho de la Universidad Internacional del Ecuador, la cual es dirigida por la Dra. María Fernanda Bastidas.

Declaro que acepto participar voluntariamente en esta entrevista y autorizo a que los datos que brinde sean procesados de acuerdo a los objetivos de investigación de los cuales se me ha informado con antelación.

Estoy consciente, que se guardará la debida confidencialidad de acuerdo a lo establecido en el art. 6 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, sobre la información Confidencial.

Deseo que mi identidad: Sea revelada  No sea revelada

Deseo que me sean devueltos los resultados de la Investigación

Firma De la Entrevistada:



Firma del Entrevistador:

