

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

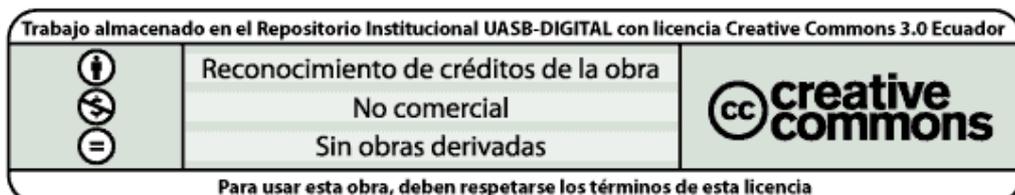
Programa de Maestría en Derecho Procesal

**El interés superior del niño en los procesos de niñez y
adolescencia en la ciudad de Ambato**

Autor: Lucila Cristina Yanes Sevilla

Tutor: Roberth Puertas Ruiz

Quito, 2016



Cláusula de cesión de derechos de publicación

Yo, Lucila Cristina Yanes Sevilla, autora de la tesis intitulada El interés superior del niño en los procesos de niñez y adolescencia en la ciudad de Ambato, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

Fecha: 04 de enero de 2016

Firma:

Resumen

El interés superior del niño en los procesos de niñez y adolescencia en la ciudad de Ambato, constituye un trabajo de carácter teórico exploratorio, tiene como finalidad conocer las percepciones y aplicación del principio del interés superior del niño por parte de los jueces de la Familia, Niñez y Adolescencia de Ambato y de los abogados en libre ejercicio inscritos en el Foro de Abogados del Tungurahua. En la primera parte se realizó un análisis jurídico-doctrinario del concepto del interés superior del niño, este principio rector, fuente de producción normativa sustantiva como adjetiva, cuya finalidad es la satisfacción de todos y cada uno de los derechos de los niños, entendiéndolos como sujetos de derechos, actores sociales y creadores de la solución de sus problemas; citado en forma recurrente en las resoluciones sobre asuntos de niñez y adolescencia, cuyo alcance y aplicación se encuentran aun difusos; vaguedad que ha permitido que en sustento de él, por discrecionalidad abusiva de quienes lo aplican, se violen otros principios y derechos.

En la segunda parte se encuestó a jueces y abogados mediante un cuestionario sobre las percepciones, conocimiento y uso del principio en su práctica diaria, además, se investigó si las decisiones de los jueces de la niñez se encuentran debidamente motivadas, en atención a este principio.

El Estudio preveía una percepción de indeterminación del principio por parte de los operadores y abogados y una falta de ponderación al momento de confrontarse con otros principios. Los hallazgos revelan que para los encuestados el principio está determinado y que no se motiva adecuadamente el uso del principio, ni la ponderación que realizan cuando se contraponen a otros principios; por lo que, lo correcto sería el análisis profundo del caso concreto a fin de lograr su correcta aplicación.

Principios; Interés superior del niño; concepciones; aplicación; debido proceso.

Dedicatoria:

A Juan Esteban y Andrea Cristina, mis hijos...

Tabla de Contenido

Capítulo Uno	El interés superior del niño.....	10
1.	El niño sujeto de derechos.....	10
2.	El interés superior del niño, generalidades y conceptualizaciones.....	18
3.	El interés superior del Niño: Erróneas concepciones.	25
4.	El interés superior del niño en la legislación internacional.	29
5.	El interés superior del niño en la legislación ecuatoriana.....	36
6.	El interés superior del niño una cuestión sustantiva o adjetiva.	40
7.	El interés superior del niño y debido proceso (principios complementarios o contradictorios).....	44
Capítulo Dos	Percepciones sobre la aplicación del principio del interés superior del niño en las resoluciones tomadas por los jueces de la niñez y adolescencia de la ciudad de Ambato.	51
1.	Planteamiento del Problema y Metodología.....	51
2.	Procedimientos.....	52
2.1.	Variables del estudio.....	52
2.2.	Objetivos del estudio.....	52
2.3.	Universo de estudio y marco muestral.....	52
2.4.	Selección muestral.....	52
2.5.	Selección de la muestra y sus Características.	53
3.	Recolección de datos.....	55
3.1.	Tipo de estudio.....	55
3.2.	Técnicas de investigación.....	55
3.3.	Capacitación a la encuestadora.	55
3.4.	Validación del instrumento.....	56
3.5.	Trabajo de campo.....	56
4.	Resultados.....	56
4.1.	Encuesta abogados.....	56

4.2. Encuesta jueces	65
Capítulo Tres Conclusiones y Recomendaciones	73
1. Conclusiones.....	73
2. Recomendaciones.....	77

Índice de Tablas

Gráfico 1: Características generales de encuesta a abogados.....	54
Gráfico 2: Características generales de encuesta a jueces.....	54
Gráfico 3: Pregunta 6 de encuesta a abogados	56
Gráfico 4: Pregunta 7 de encuesta a abogados	57
Gráfico 5: Pregunta 8 de encuesta a abogados	57
Gráfico 6: Pregunta 9 de encuesta a abogados	58
Gráfico 7: Pregunta 10 de encuesta a abogados	58
Gráfico 8: Pregunta 11 de encuesta a abogados	59
Gráfico 9: Pregunta 12 de encuesta a abogados	59
Gráfico 10: Pregunta 13 de encuesta a abogados	60
Gráfico 11: Pregunta 14 de encuesta a abogados	60
Gráfico 12: Pregunta 15 de encuesta a abogados	61
Gráfico 13: Pregunta 16 de encuesta a abogados	62
Gráfico 14: Pregunta 17 de encuesta a abogados	62
Gráfico 15: Pregunta 18 de encuesta a abogados	63
Gráfico 16: Pregunta 19 de encuesta a abogados	64
Gráfico 17: Pregunta 20 de encuesta a abogados	64
Gráfico 18: Pregunta 5 de encuesta a jueces	65
Gráfico 19: Pregunta 6 de encuesta a jueces	66
Gráfico 20: Pregunta 7 de encuesta a jueces	66
Gráfico 21: Pregunta 8 de encuesta a jueces	67
Gráfico 22: Pregunta 9 de encuesta a jueces	67
Gráfico 23: Pregunta 10 de encuesta a jueces	68
Gráfico 24: Pregunta 11 de encuesta a jueces	68
Gráfico 25: Pregunta 12 de encuesta a jueces	69
Gráfico 26: Pregunta 14 de encuesta a jueces	70
Gráfico 27: Pregunta 13 de encuesta a jueces	70
Gráfico 28: Pregunta 15 de encuesta a jueces	71
Gráfico 29: Pregunta 17 de encuesta a jueces	72

Introducción

Desde mi práctica de juez, los procesos de niñez y adolescencia a menudo se ven desprovistos de conexión constitucional e incluso de aplicación de principios de derechos humanos contenidos en declaraciones e instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador. Generalmente, se citan disposiciones de la Constitución o de tratados internacionales solo en las resoluciones judiciales, y paradójicamente, como si ello estuviese vedado, en el resto del proceso prácticamente no se lo hace; lo que, por experiencia —se puede decir—, conlleva al cometimiento de errores por desconocimiento o por excesiva practicidad. Uno de los principios citados con gran recurrencia es el del interés superior del niño, para justificar atropellos al debido proceso o su uso discrecional.

Los tratados internacionales sobre derechos de niñez y adolescencia suscritos por nuestro país e inclusive nuestras normas internas contienen una gran cantidad de elementos protectores del interés superior del niño; principio ese interés superior del niño mencionado muchas veces en las resoluciones como una frase cliché, sin una correcta motivación que exprese conexión entre el hecho fáctico y el principio; y menos un ejercicio de ponderación, por lo que no siempre se torna en una realidad palpable.

La Convención sobre los Derechos del Niño, constituye un logro en la unificación de criterios sobre los deberes de los padres, de la sociedad y del Estado frente al desarrollo de los niños; en particular la protección frente a todo tipo de amenaza o vulneración de derechos. Uno de sus mayores alcances es la evolución de la condición irregular a la protección integral y la estandarización de protección de derechos humanos, entendiendo al niño como un ser humano sujeto de derechos. También, encontramos el derecho de los niños a ser escuchado en los asuntos que les afecten, lo que permite empoderar al sujeto niño como actor principal de las soluciones a sus problemas.

Esta investigación revela la concepción general que sobre el principio del interés superior del niño tienen los jueces y abogados de la ciudad de Ambato. También da cuenta de la forma cómo lo aplican los jueces de la niñez y cómo los abogados perciben ese uso. Más allá de una crítica, plantea elementos de solución para una correcta aplicación de este elemental principio rector de todas las decisiones judiciales sobre niñez y garantía constitucional internacionalmente reconocida y desarrollada por las naciones a través de los tratados internacionales. Constituye

además, un termómetro en la evolución normativa interna y de modernización de criterios judiciales sobre el tema, en la ciudad de Ambato.

Capítulo Uno

El interés superior del niño

1. El niño sujeto de derechos

Es innegable que el niño, hoy es un sujeto de derechos, pero esto no siempre fue así, históricamente su condición fue dolorosamente inferior que la de los adultos, ausente de derechos y aun de reconocimiento individual, pues eran parte de la familia y propiedad del padre, que podía hacer con ellos cuanto quería, llegando inclusive a tratos crueles e inhumanos, o simplemente a su desaparición.

En Roma su existencia estaba supeditada a la aceptación del padre de familia; en la época de Constantino, el Cristianismo trajo consigo la idea de protección a los niños, por estar hechos a imagen y semejanza de Dios; en la Edad Media, se dio la explotación laboral a los niños, aunque el castigo físico excesivo fue criticado; el Renacimiento sí incorporó “beneficios” para los niños, pues a partir allí gana terreno la figura humana, la sociedad empieza a preocuparse por la educación y aparecen las primeras escuelas primarias, empieza una protección paternalista del niño por ser frágil, inferior, reemplazable e intrascendente. La Revolución Francesa incorporó, el derecho a la igualdad, el que repercutió notablemente en la condición de los niños en la sociedad, aunque no estaba reglado nada en específico sobre éstos. El primer documento que se tiene en la Historia sobre el reconocimiento de los derechos humanos del niño es el “Cuerpo de Libertades de la Bahía de Massachusetts”, en el que se señalaba que si sus padres o responsables trataban de manera excesivamente severa a los niños, éstos podían acudir a la justicia y quejarse. La evolución de la familia como un espacio de desarrollo y afectividad y la creación de las escuelas en fomento de la educación, constituyeron pilares fundamentales en el cambio de concepción de la niñez.¹

En el siglo XVII aparece la familia nuclear, el individualismo, la educación a través del educador, fomentado por el Estado y la Iglesia. Los hijos no son garantía de perpetuidad de la especie, sino oportunidad de amar y ser amados, el Estado invade la vida familiar considerando que los niños pertenecen a la república y no a

¹ Farith Simon Campaña, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales. Vol. I.* (Cevallos: Editora Jurídica, 2008), 31-8

sus padres, criterio que se adoptó para garantizar su bienestar. En el siglo XIX aparece la figura de un niño que representa lo más noble de la condición humana, aquí sin embargo, toma relevancia otra vez el poder del padre, que puede castigar al niño, aún con el apoyo del Estado. Con la Revolución Industrial, frente a la explotación laboral infantil, surgen las primeras normas de protección infantil; hasta más de la mitad del siglo XX, los hijos no tenían vida privada, aún existía el poder de los progenitores. Y no es sino a partir de allí, que se dan cambios verdaderamente sustanciales en la adquisición de derechos de los niños, que son considerados individualmente, en forma igualitaria, íntegra, centrandó la familia en el niño, aquí aparece el interés superior del niño para orientar las relaciones familiares.²

Pero, ¿Qué es ser sujeto de derechos?

Desde el derecho Romano, proviene una concepción de lo que es sujeto; y se consideraba sujeto de derechos a quien los tenía y podía ejercerlos; es decir capacidad jurídica, goce de derechos y ejercicio de los mismos; los demás eran personas (excepto los esclavos que eran cosas), pero no sujetos de derechos. Para ser sujeto de derechos se requería ser libre, ciudadano romano y ser pater familias, por lo que los hijos (niños entre ellos) eran denominados "alieni juris" y estaban sometidos al "Sui Juris" o pater familias.

Clásicamente, sujeto del derecho es todo ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, mientras que el objeto del derecho es aquel sobre el que el sujeto del derecho ejerce su poder, es decir las cosas; se dividen en materiales como por ejemplo, un auto, una casa un semoviente; e inmateriales como la energía eléctrica, el gas, los derechos de autor. Sólo los sujetos pueden poseer derechos, los objetos no pueden ser titulares de derechos como tampoco pueden ejercerlos.

Nuestro Código Civil Ecuatoriano en el Art. 41 señala: "Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición...", no obstante el Art. 60 *ibídem* dice que, se es persona únicamente desde el nacimiento, lo que limitaría esta condición al ser humano y únicamente desde que nace; sin embargo, actualmente la Constitución de la República en sus artículos 10³ y 45⁴ reconocen la condición de sujetos de derechos a la naturaleza y al

² Farith Simon Campaña, Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales, Vol. I, (Cevallos: Editora Jurídica, 2008), 31-38.

³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 10: "...La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución...".

nasciturus; y el Código de la Niñez y Adolescencia, en sus artículos 2 y 20⁵; señalan que el niño es sujeto de derechos desde su concepción; también la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 4 numeral 1 se reconoce que la persona tiene derecho a que se respete su vida desde la concepción (aunque el alcance e interpretación de esta norma internacional plantea ciertas reservas, analizadas en la sentencia *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶); lo que resalta el hecho de que la definición del Código Civil se ha vuelto insuficiente para comprender la dimensión de ser sujeto de derechos y se encuentra desactualizada; lo ideal sería orientarse por las normas de nueva data, que traen una concepción proteccionista de derechos humanos; y así las cosas, sin importar lo que seamos, es decir, sin discriminación alguna, somos sujetos de derechos, calificación genérica que desde luego incluye a los niños, aún desde su concepción.⁷

⁴ Artículo 45: Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas”

⁵ Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 2: “Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código”

artículo 20: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo [...]”

⁶ “C.5) Conclusión de la interpretación del artículo 4.1. [...] 264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”. Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 28 de Noviembre 2012, 77

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>

⁷ Sonia Merlyn Sacoto, “Consideraciones Acerca del Inicio de la Persona Natural en el Derecho Ecuatoriano”, *Revista Electrónica Mensual de Derechos existenciales*, Número 34, Octubre de 2004, <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona34/34Persona1.htm>>. Consulta: 30 de octubre de 2015

Ricardo Couto, en un análisis del derecho Civil Mexicano dice:

El hombre no es objeto de amparo y protección en la ley sino porque existe, y no puede decirse científicamente que exista, sino cuando desprendido del seno materno, entra a la vida extrauterina; antes no tiene una vida propia; forma parte de la madre; el nacimiento es, pues, el punto de partida de su capacidad jurídica. Sin embargo, por una ficción de derecho, se considera como nacido al hombre desde el momento de su procreación, siempre que se trate de su interés.[...] El principio no puede ser más humanitario y justo, pues si los hombres tienen la protección de la ley por ser miembros de la sociedad, no hay motivo para que dejen de tenerla aquellos seres que, existentes ya en el seno materno, habrán de entrar en esa misma sociedad en un tiempo nada remoto.⁸

El Código de la Niñez y Adolescencia reconoce en sus artículos 2 y 20 a los niños (menores a 18 años), como sujetos de derechos desde su concepción, derechos que pueden ser patrimoniales, y personales, sobre los segundos, el Código Civil prevé que puedan ejercerlos a través de sus representantes legales.

Pero una cosa es que esos derechos se ejerzan paulatinamente, atendiendo a la madurez del sujeto (niño), en forma directa o a través de sus representantes; y otra muy distinta, es que, cual objeto disponible, esté supeditado a la decisión de los padres o representantes legales, éstos sí, sujetos de derechos en ejercicio del poder sobre el objeto (niño), lo cual es inaceptable, porque reservaría la dignidad humana solamente para los adultos, negándosele esta condición a otras personas (entre ellos los niños), en forma injustificada; y es precisamente eso lo que pretende eliminar la Convención de los Derechos del Niño, cuando plantea la doctrina de protección integral, en sustitución de la de condición irregular.

En la actualidad, se ha dejado de pensar que el niño es una carga o un riesgo; ahora, goza de nuestra atención central y permanente, por ser el futuro, la esperanza, el reflejo de nosotros mismos y la posibilidad de realizarnos a través de ellos; no obstante, aún existen prácticas arcaicas de maltrato, pues su condición de ser humano en proceso de formación, hace que a las sociedades les cueste asumir el nuevo rol que ellos desempeñan.

El derecho ha evolucionado a partir del siglo XX, en que se han creado los siguientes Instrumentos de protección de derechos de los niños:

- 1924: la declaración de Ginebra.
- 1948: la Declaración de los derechos del Hombre.

⁸ Ricardo Couto, "Derecho Civil Personas", Volumen 3, *Colección Grandes Maestros del Derecho Civil* (México: Iure Editores, 2002), 43.

- 1959: la Declaración de los derechos del Niño.
- 1989: la Convención de las Naciones Unidas relativa a los derechos del niño,
- 2000: Código de la Niñez y Adolescencia del Perú.
- 2002: El Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador).
- 2009: Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas (en Ecuador).
- 2014: Código Niño, Niña y Adolescente (En Bolivia), entre otros.

La Convención de los Derechos del niño, sintetiza la protección del niño como sujeto de derechos, que constituye un cambio de paradigma, a través del cual se dan modificaciones en las legislaciones internas, entre ellas la nuestra; los Estados ya no se preocupan de los niños; sino de lograr el interés superior del niño, criterios sustancialmente diversos, pues se pasó de la concepción paternalista ⁹ al potenciamiento de las cualidades del niño, capaz de construir decisiones.¹⁰

Desde el punto de vista de los Derechos Humanos, el niño es un sujeto de derechos considerado como individuo humano, es decir con exclusividad de valores morales básicos, por su condición de humano individual y no en su colectividad (calidad de niños); pero con el aditivo de derechos específicos, ahora sí por su situación de niño.¹¹

Antiguas concepciones de los derechos de los niños, como: la capacidad adquisitiva, pero no dispositiva; latente discriminación por su edad, en su rol dentro de la familia; o proteccionismo tuitivo del Estado por falta de familiares, a lo que se suma la consideración de medidas socioeducativas (para los adolescentes en conflicto con la ley penal) como instrumentos de carácter educativo, sin duración y

⁹ El Artículo 44 del derogado Código de Menores señalaba: “Los hijos menores no pueden dejar la casa de sus progenitores, o aquella que éstos le hubieran asignado, sin licencia de los mismos. Si un menor ha dejado el hogar, el Tribunal tendrá la obligación de investigar el caso y escuchar al menor, antes de tomar la medida que considere más adecuada en beneficio del mismo...”. Artículo que sugiere que si bien se escuchaba al niño, la decisión era de los jueces únicamente desde su concepción adultocentrista; el cambio de paradigma, implica que sea el niño quien colabore en la construcción de la solución. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Opinión Consultiva Oc-17/2002, de 28 de Agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.” *Anuario de Justicia de Menores* (Editorial Astigi, 2002), 460

¹⁰Jean Zermatten, *El interés Superior del Niño: Del Análisis literal al Alcance Filosófico*, Institute Internationale des droits de le’ enfants, 2003, <http://www.childsrighs.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf>, 2-5. Por ejemplo, luego del divorcio de los padres, se decide sobre la custodia del niño, no desde lo que el juzgador considera como lo más favorable, sino desde como el niño plantea que es lo más favorable para él (atendiendo naturalmente más que a su edad, a su madurez), ratificando con esto su derecho a ser escuchado.

¹¹ Liborio L. Hierro, *Los Derechos Humanos del Niño*, (Zaragoza–España: Cometa S.A., 1999), 18-19.

sin garantía alguna del debido proceso, son ahora sustituidas por criterios modernos compendiados en la Convención de los Derechos del Niño, instrumento que vincula a los Estados a establecer políticas de protección integral, que realicen un desarrollo normativo en su ordenamiento interno; y que ha traído consigo una serie de reformas como la consideración del niño como sujeto en desarrollo, ya no pasivo, sino activo de derechos como la libertad, la igualdad y la seguridad.¹²

Con la Convención sobre los Derechos del Niño apareció en Latinoamérica la doctrina de protección Integral, que: “[...]reconoce al niño su condición de sujeto de derecho y le confiere un papel principal en la construcción de su propio destino[...]”.¹³

Constituye un desafío la sustitución del concepto tradicional de patria potestad por el de responsabilidad parental. No obstante, nuestro derecho interno Civil aún contiene normas arcaicas¹⁴, francamente contradictorias a la Convención, lo que constituye una dicotomía, a veces de difícil solución para los jueces. El problema también se visibiliza en el área correccionalista, en que se evidencia en ciertos momentos un derecho especial, a veces no tan garantista como el de los adultos.

Otro problema que se encuentra en el disfrute de los derechos de los niños, es la edad, al respecto Liborio L Hierro señala: “La solución parece requerir la sustitución de la dicotomía mayoría –minoría por un sistema de tramos – como sugería Diez-Picazo-limitando la incapacidad de obrar genérica para los infantes y desarrollando, a continuación un sistema que, en lugar de partir de la incapacidad genérica y regular excepcionalmente los actos que el menor puede realizar (lo que actualmente ocurre), parta de la capacidad de obrar genérica y regule los actos que, en cada tramo de edad, el niño (el adolescente, el joven...) no puede realizar por sí mismo, o bien en que su consentimiento decisión requieren complementos (esto es intervenciones paternalistas)”.¹⁵

¹² Opinión Consultiva

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Opinión Consultiva Oc-17/2002, de 28 de Agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.” *Anuario de Justicia de Menores* (Editorial Astigi, 2002), 460.

¹⁴ El Artículo 283 Código Civil que conceptualiza la patria potestad como un conjunto de derechos de los padres sobre sus hijos no emancipados; mientras que los Artículos 2, 18.1 y 27. 2 de La Convención de los Derechos del Niño señalan que quienes están al cuidado de los niños tienen además responsabilidades.

¹⁵ Hierro, *Los Derechos Humanos del Niño*, 29.

Las relaciones interpersonales entre los distintos grupos, han sido un tema de permanente discusión; por ejemplo, entre hombres y mujeres, entre niños y adultos. Históricamente los niños han sido personajes invisibles, sutilmente olvidados, la historia ha sido contada desde la visión de los grupos de poder, y claro, dentro de esos grupos los niños no están.

Quienes tienen poder pueden calificar, adjetivar, objetivar, a los que no lo tienen, los niños han permanecido siempre en el grupo de los adjetivados, de los calificados, de los objetivados, de los que no pueden siquiera reclamar, peor subiendo la voz. Los adultos somos manipuladores por excelencia, particularmente cuando ejercemos poder sobre nuestros subordinados, nuestros alumnos e incluso nuestros hijos. Se les ha privado de esa autonomía básica de la voluntad, de decir “no”, porque si dicen no, son tomados como atrevidos, mal educados, desobedientes; ese no, que a veces resulta vital, en un momento de defenderse del atropello de un adulto.

El adultocentrismo es una relación discriminatoria, antidialógica, porque marca una línea de trato diferente inmotivado, “El adultocentrismo es la relación de poder que ejercemos los adultos frente a los niños, niñas y adolescentes”.¹⁶ Los adultos solamente entendemos a través de explicaciones racionales, le hemos cerrado las puertas y las ventanas a las emociones y en eso los niños son expertos; tal vez por eso no los entendamos con facilidad. Lo interesante para quienes trabajamos con niños, o para quienes tenemos contacto con ellos, es comprender que siempre podrán enseñarnos algo, y que el mundo no tiene como único centro a los adultos.

Cuando queramos entender a un niño, deberíamos volver a nuestra infancia, y rescatar los recuerdos; quienes nos han provocado recuerdos agradables, seguramente serán quienes nos trataron como personas; y los recuerdos desagradables vendrán de quienes nos trataron como objetos, solo allí comprenderemos qué esperan los niños y adolescentes de nosotros; y por qué es importante verlos, palparlos, enrolos en el diario vivir, escucharlos, en fin... Recordemos el secreto que el zorro le contó al principito en la obra de Antonie de

¹⁶ Ramiro Avila Santamaría, *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia*, (Quito: V&M Gráficas, 2010), 207.

Saint-Exupéry El principito: “sólo se ve bien con el corazón, lo esencial es invisible a los ojos”.¹⁷

Lograr su visibilización y un espacio en la sociedad no ha sido una tarea fácil; lo cual en principio puede sonar extraño, pues todos haríamos cualquier cosa por proteger a los niños, por sus derechos; pero, solemos creer que la lucha por sus derechos es una tarea exclusiva de adultos, desde nuestra visión, con nuestras condiciones; y planteándonos como objetivos los resultados que creemos adecuados.

En América Latina ha existido un cambio en la concepción de los niños frente a sus derechos.

Tal transformación se conoce, en el debate actual, como la sustitución de la doctrina de la “situación irregular” por la doctrina de la “protección integral”, y ha sido caracterizada como el pasaje de la consideración de los menores como objetos de tutela y represión a la consideración de niños y jóvenes como sujetos plenos de derechos.¹⁸

La evolución implica, ver a los niños como sujetos plenos de derechos, porque a diferencia del pasado, en que eran objeto de decisión de adultos, por encontrarse en una situación inestable, ya por su edad, ya por su inmadurez; ahora son entes con derechos y poder para ejercerlos.

Nose puede analizar y diseñar estrategias para la Niñez y Adolescencia al margen de un enfoque de derechos humanos que significa: Situar al niño como núcleo, reconociéndolo como sujeto de derechos y actor social[...] Usar enfoques participativos y de empoderamiento visibilizando y valorando a la niñez y adolescencia[...] De manera general se trata de que los niños, niñas y adolescentes pasen a ser considerados de objeto a sujetos de derecho, lo cual no tiene nada que ver con el acceso a servicios; ni con la “cantidad” de atenciones que recibe la niñez, ni con coberturas; tiene que ver con el reconocimiento que el Estado y la sociedad hacen del niño, niña y adolescente, como ciudadanos; como actores sociales, que tienen la facultad de exigir el cumplimiento de sus derechos, de opinar, proponer y participar de las decisiones que les atañen, según su edad. No se trata de recibir “cosas” o “atenciones” de parte del Estado y la sociedad, como sujetos pasivos, sujetos a la voluntad paternalista del Estado; sino al contrario se trata de reconocer en ellos a “actores sociales” que ejercen y exigen derechos, que son partícipes de su propio destino y que son reconocidos como tales (Rojas:2006).¹⁹

Este concepto evidencia la tendencia actual sobre la consideración de los niños como sujetos de derechos, verdaderos actores sociales, constructores de

¹⁷ Antonie de Saint-Exupéry, *El principito*, (El Quinde Editores, 2005). 59

¹⁸ Hernando Devis Echandía, *Estudios de Derecho Procesal*, (Bogotá: Editorial ABC, 1980)), 560-562.

¹⁹ Enrique Sánchez Bringas, *Los Derechos Humanos en la Constitución y en los Tratados Internacionales*, (México: Editorial Porrúa, 2001).

soluciones, visibles, empoderados, capaces de discernir, superando el abrigo paternalista Estatal, reclamando para sí sus legítimos derechos, no como una dádiva, sino como verdadero ejercicio de poder, consecuencia del paso de objeto disponible de los adultos, a ente con capacidad jurídica para ejercer derechos.

2. El interés superior del niño, generalidades y conceptualizaciones.

Interés superior del niño, suena simple, interesante, básico y generalmente está citado en todo tema o resolución que se refiera a niñez y adolescencia; pero ¿qué es en realidad ese interés superior?, más allá de las posiciones líricas y desconectadas de toda lógica, que hacen que esta “bonita” frase (otros le dicen slogan), se convierta en el recurso favorito de todos, incluidos aquellos que desconocen su real sentido o de quienes le adjudican uno propio.

La Convención sobre los Derechos del Niño, trajo consigo un gran salto en el reconocimiento y unificación de criterios sobre los derechos de los niños, tan es así que ha logrado que las culturas de las naciones adscritas cedan terreno de sus concepciones culturales, en pro de una uniformidad que proteja a los niños por su condición de tales, más allá de las prácticas locales. Habiendo comprometido a los Estados parte, para incluir dentro de su política el reconocimiento progresivo de los derechos de la niñez. Se propicia a la igualdad, el niño es un ser humano más, pero con mayores derechos, es decir que gozan de una protección complementaria.²⁰

El interés superior del niño no es un concepto muy nuevo, este proviene del antiguo derecho de niñez; sin embargo, el paradigma de su concepción ha evolucionado notablemente, a partir de la citada Convención sobre los Derechos del Niño. Éste quizá es el más importante de sus cambios, pues la protección deriva no de soluciones adultocentristas, sino desde la óptica de aquel a quien la decisión afectará: el niño.

²⁰ Miguel Cillero Bruñol, “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Serie Justicia y Derechos Humanos; Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma Editores, (Quito, 2010).

Uno de los problemas que se observa con habitualidad, es esa percepción del interés superior del niño como concepto indeterminado, vago, etéreo²¹; aquella dimana buena parte del arbitrio de quien tiene que interpretarlo, muchas veces, fuera del contexto de los derechos que garantiza la misma Convención; y otras contrariando otros derechos humanos y aun contra normativa interna vigente. Si bien esa peligrosa indeterminación puede llevarnos a una abusiva discrecionalidad (inseguridad jurídica), debemos reconocer que, de otro lado su amplitud nos facilita un vasto campo hermenéutico, dentro del cual podemos movernos con holgura a fin de satisfacer derechos.

Este interés superior del niño, norma fundamental y principio rector guía, (según La Convención sobre los derechos del Niño), debe ser considerado a partir de ésta y los derechos que garantiza, a fin de estandarizar su conceptualización y aplicación.

Para procurar entender su significado nos permitiremos citar varios conceptos de diversos autores y entidades relacionadas con la protección de derechos humanos.

Principio del interés superior del niño: Entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello un límite hacia la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de las decisiones relacionadas con los niños, el menor de edad como sujeto de derecho, de manera que se reconocen a éste tanto los derechos humanos básicos como los que sean propios de su condición de niño; y el ejercicio de los derechos fundamentales y su vínculo a la autoridad parental: siendo que la autoridad parental tiene como único fin procurar al niño la protección y los cuidados indispensables para garantizar su desarrollo integral [...].²²

La opinión Consultiva No. 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos indica que es un “principio regulador de la normativa de los derechos del niño, se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”.²³

²¹ Miguel Cillero Bruñol, “Instituto Interamericano del niño, la niña y adolescentes, Organización de los Estados Americanos”, *El interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*, 05 de noviembre de 2002, <http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf (último acceso: 17 de Octubre de 2015).>

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva Oc-17/2002, de 28 de Agosto de 2002”, 461- 462.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva Oc-17/2002, de 28 de Agosto de 2002”, 61.

En el Ecuador, el interés superior del niño se encuentra previsto en el Art. 44 de la Constitución de la República y en el Art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, si bien no está completamente desarrollado conceptualmente, se dice que toda resolución sobre niñez y adolescencia deberá atender al interés superior del niño, al que se lo concibe como principio, que se orienta a la satisfacción y ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al que todas las autoridades administrativas y judiciales se encuentran compelidas al tomar sus decisiones.

Farith Simon dice que: [...]el interés superior es un principio constitucionalmente regulado en el Ecuador. La parte Final del Art. 44, al tratar los derechos de niños, niñas y adolescentes establece que: "se atenderá al principio de su interés superior...", la norma suprema únicamente señala que se "atenderá" al principio, se entiende en el contexto del artículo que se refiere al Estado, la sociedad y la familia y su responsabilidad de promover el desarrollo integral y asegurar el ejercicio de los derechos. En mi opinión la Norma Constitucional, no se refiere únicamente a los casos de conflicto de derechos, ya que se incluye todas las circunstancias en que una decisión pueda afectar a una persona menor de edad".²⁴

Coincido con este criterio, pues no puede considerarse al interés superior del niño como simple principio de interpretación, pues va más allá, y se proyecta al correcto abordaje de los asuntos de niñez, en que el interés superior, constituye un pilar en la formulación de soluciones.

"...El interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha

²⁴ Simon Campaña, *Derechos de la Niñez y Adolescencia*, 309 y 310.

tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”.²⁵

Creo que esta definición es bastante completa, en tanto observa al interés superior del niño desde tres ángulos diversos, como derecho sustantivo, es decir prioridad y fin último; principio de interpretación de normas, pues de existir dos sentidos a una misma ley y aun en solución de antinomias, deberá aplicarse aquella que más favorezca al desarrollo del interés superior del niño; y como norma de procedimiento; es decir que cada decisión que se tome en asuntos de niñez, debe ser adecuadamente motivada en atención a su interés superior, esta motivación ha de ser sin embargo, no una simple cita de normas, sino la explicación pormenorizada del caso concreto que se resuelve, si es un solo niño, si son varios niños, si es un conglomerado, es decir analizando las posibilidades de afectación y protección de derechos para arribar a una decisión favorable.

El interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo serán tenidos en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia.²⁶

Este criterio evidencia la obligación de las autoridades de motivar adecuadamente sus resoluciones, cuando van a resolver sobre asuntos en los que intervengan niños, niñas o adolescentes; a fin de que se garantice su bienestar bajo la aplicación del interés superior del niño; al que debe tomarse como unidad de medida.

Miguel Cillero Bruñol, dice:

[...]en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista (...). En este sentido, debe abandonarse cualquier interpretación paternalista-autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que le permiten oponerse a los abusos de poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia” “el principio es una garantía ya que toda decisión que concierne al niño, debe considerar primordialmente sus derechos, es de

²⁵ Organización de las Naciones Unidas, “Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, *Comité de los Derechos del Niño*, 29 de mayo de 2013, 4.

²⁶ Zermatten. *El interés Superior del Niño: Del Análisis literal al Alcance Filosófico*, 15.

gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas, y a los padres [...] ²⁷

Alonso Pérez Manrique, citado por Farith Simon:

Considera que el interés del menor, sin duda, debe "...referirse al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad (art. 10 CE; art. 5 Ley Cataluña 8/1995), a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural. La salud corporal y mental, su perfeccionamiento educativo, el sentido de la convivencia, la tolerancia y la solidaridad con los demás sin discriminación de sexo, raza, etc., la tutela frente a situaciones que degraden la dignidad humana (droga, alcoholismo, fundamentalismos, sectas, etc.; son otras tantos aspectos que configuran el concepto más vivencial que racional del interés del menor. Por encima de todo, el interés del menor se respeta en la medida en que las funciones familiares o parafamiliares fomentan equilibradamente la libertad del menor y el sentido de la responsabilidad, la armonía inescindible entre derecho y deber.²⁸

El numeral 1 del Art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño señala:

"1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".²⁹

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Proclamación de la Declaración de los Derechos del Niño señaló 10 principios de protección a los que insta a los padres, autoridades, personas particulares, gobiernos nacionales, entre otros, a su reconocimiento, observancia y cumplimiento progresivo, por ser que éstos propenden al bien de los niños y la sociedad, dos de ellos hacen referencia específica al interés superior del niño: Principio 2: " El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño" .Principio 7: "El interés superior del niño debe ser el

²⁷ Simon Campaña, *Derechos de la Niñez y Adolescencia*, 311 y 317.

²⁸ Farith Simon Campaña, "Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva". (Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2013).

²⁹ Convención sobre los derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.

principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”.³⁰

El concepto del interés superior del niño es indeterminado, subjetivo, valorativo, el ejercicio que debe realizar quien lo aplica debe ser profundo, se deben analizar las opciones, probables resultados y beneficios, más allá de escuchar las preferencias de los niños, hay que permitirles que aquellos expresen sus criterios. Pero estos criterios serán acertados, cuando sean resultado del desarrollo de sus potencialidades, madurez y autonomía; una madurez que solo se alcanza cuando los niños han tenido la oportunidad de rodearse de un ambiente de respeto y protección de sus derechos, a saber, buen trato, educación, alimentación, opinión escuchada; eso nos dará una medida de que sus decisiones obedecen a una libertad practicada y ejercida; pero no en todo momento quienes aplicamos este principio contamos con tanta suerte como para tropezar solamente con niños que estén listos para decidir madura y asertivamente, siempre encontraremos otros a quienes les cuesta mucho hilar sus ideas sin romper a llorar, o que hayan sido astuta y cruelmente manipulados por un adulto, el riesgo es elevado, lo reconozco, pero creo que día con día los jueces y quienes aplicamos el derecho de niñez, vamos construyendo soluciones en pro de aquellos para quienes trabajamos, los niños.

He de reconocer con franqueza, que en mis inicios como jueza de niñez y adolescencia (y aun ahora) lo de escucharles a los niños se me dificultaba, particularmente tratándose de adolescentes en conflicto con la Ley Penal, porque en un proceso en que las garantías no eran tantas, se les advertía que tienen el derecho a hablar, pero timoratos, asustados y poco expresivos, solo algunos atinaban a decir “que no fueron ellos”, “que se disculpaban por lo que hicieron”; o simplemente se sumían en el derecho del silencio, silencio cómplice que nos convertía a los adultos en dueños de su destino y de la “solución al problema”, sin que ellos expresen, qué consideraban mejor para sí. Para apaciguar mi conciencia, y como un punto a mi favor, puedo decir que cada vez que tomaba una decisión “para mi criterio difícil”, procuraba darle seguimiento cercano, a fin de averiguar si lo decidido, le es favorable o desfavorable a aquel *ser humano*.

El autor John Ekelaar sostiene que existen dos formas de determinar el interés superior del niño, el objetivo y “autodeterminismo dinámico”, el primero que parte

³⁰ Organización de las Naciones Unidas, “Declaración de los Derechos del Niño”, *Asamblea General de las Naciones Unidas*, 20 de Noviembre 1959.

de los principios o lo que las sociedades aceptan como lo más adecuado para los niños; y el segundo, “el auto determinismo dinámico” que consiste en que el niño tome sus propias decisiones, resultado de un empoderamiento evolutivo, a través de animarle permanentemente a que participe en la construcción de la solución a sus problemas, esta participación, según el autor, determina que la decisión adoptada obedezca al interés superior de ese niño, pues su criterio fue parte de la solución.³¹

La garantía a ser escuchado también se encuentra prevista en la Convención de los Derechos del Niño, en el Art. 12, considero que aquella es parte del interés superior del niño, pues están los dos derechos íntimamente ligados. Ahora bien, siempre existe la posibilidad de que éste criterio emitido por el niño, sea contrario a lo que socialmente se toma como aceptable para el beneficio de la niñez; o que en su defecto, sea interpretado en forma errónea por quien debe decidir, volviendo nuevamente a caer en la protección paternalista, que tanto se desea evitar.

Autores como Rivero Hernández, proponen salir de la indeterminación conceptual, asignándole al concepto características básicas de protección de derechos de los niños que deben ser cumplidas, en atención al niño en particular; Gilles Lebreton, critica la aplicación de este interés en el Derecho Francés, en que por sus características, estaría vedado de imponerse a otras normas, no obstante plantea que puede llegarse a un equilibrio.

Miguel Cillero Bruñol define al interés superior del niño con una hermosa simplicidad y dice que: “el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos”.³²

Farith Simon considera que el interés superior del niño, sirve como pauta de solución cuando colisionan los derechos de los niños con los de otras personas y señala que debe aplicarse como “cláusula de prioridad”; yo le añadiría, que sí debe ser, pero no en abstracto, siempre a la decisión ha de precederla un análisis pormenorizado del caso concreto que evidencie ponderación de principios.

El doctor Pablo Valverde, profesor de la Escuela Judicial del Ecuador decía que “el interés superior del niño es como la divina providencia, todos hablan de él, pero nadie le conoce”, lo que me da una medida para convencerme de la percepción generalizada de su indeterminación, que a mi juicio no es peligrosa, en tanto su

³¹ Simon Campaña, *Interés superior del menor*,

³² Marisa Revilla, *Una Mirada para la Cooperación Internacional*, (Madrid: Fundación Carolina, 2011). 42.

aplicación no raye en abusiva discrecionalidad; para ello, sin embargo, se requiere que quien lo aplique conozca de técnicas de argumentación jurídica, de la importancia del principio frente al sistema jurídico y del conocimiento de la existencia de seres humanos denominados niños.

3. El Interés superior del niño: Erróneas concepciones.

Existen varias y erradas ideas de lo que es el interés superior del niño, que inclusive se lo confunde con el trato prioritario, para ello, es importante, establecer previamente una diferencia entre el principio de trato prioritario y el principio del interés superior, si bien ambos se encuentran correlacionados y se complementan, conceptualmente son diversos e independientes.

Sobre el principio del trato prioritario, podemos decir, que en el año 1990 en New York se llevó a cabo la Cumbre Mundial de la Infancia, en que los Estados asistentes se comprometieron a atribuir alta prioridad a los derechos del niño, en procura de sus supervivencia, protección y desarrollo, y en repercusión de las sociedades. Nuestra Constitución en el Art. 44, trata sobre el principio del trato prioritario, en cuanto señala que los derechos de los niños prevalecerán sobre el de otras personas, que se les dará prioridad respecto de los demás, así también lo mencionan los Art. 35, 42 *ibídem*, entre otros de la Carta Magna, el Art. 12 del Código de la Niñez, lo prevé. Esta prioridad consiste en que, al realizar un ejercicio de ponderación, sólo, y si no existe otra vía de solución, se le otorgue más peso al derecho del niño que se encuentre en riesgo.

Su énfasis se centra en la atención prioritaria que deben brindar las instituciones públicas y privadas a la niñez; y la creación de políticas públicas orientadas a la protección de los niños en forma primordial. Varios autores, entre ellos Miguel Cillero Bruñol, García Méndez, Silvina Alegre, Ximena Hernández, Camille Roger y Farith Simon; coinciden en la prudencia que debe asignársele a su aplicación, pues no significa negación de derechos a otras personas; y los excesos podrían devenir en vergonzosas violaciones a los derechos humanos.

El principio de trato prioritario, se diferencia del interés superior del niño, en que el primero determina la necesidad de considerar la condición de niños cuando sus derechos se encuentran frente a los de otras personas; mientras que el interés

superior del niño, consiste en atender a su condición de niños cuando se va a resolver sobre asuntos que les afecten.

Cuando se habla del interés superior del niño, se tiende a pensar (primero y erradamente) en el trato prioritario y en abstracto, es decir, solamente por su condición de niños, sin analizar el caso en concreto ni los demás derechos involucrados, lo cual es inconcebible en un sistema Constitucional de Derechos y Justicia en que todos los derechos son jerárquicamente iguales y justiciables; es decir, que para arribar a una decisión previamente se debería pasar por un test de proporcionalidad, que justifique el por qué debe sacrificarse tal o cual derecho, en pro del derecho de un niño; no sea que la consideración sea tan superflua, que sacrificar aquel derecho sea mucho más lesivo a la sociedad (o a otra persona), que el beneficio que se ocasione al niño que se pretende proteger.

Robert Alexi realiza un ejercicio anatómico del principio de proporcionalidad, en los siguientes términos: “ Ese principio general es el principio de proporcionalidad, que consta de tres sub principios: los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”...Carlos Bernal Pulido, en el mismo sentido manifiesta: “(...) En el Estado constitucional no puede valer cualquier restricción a los derechos fundamentales sino solo aquellas restricciones que sean: idóneas para contribuir a la obtención de cierto fin legítimo; necesarias, es decir las más benignas entre todos los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcionales en sentido estricto , es decir aquellas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implantación representa y los perjuicios que ella produce” 33

Otras erradas concepciones:

La justicia, de acuerdo a GOLDSTEIN et Altri, considera que ser niño es estar en riesgo, ser dependiente y no tener la capacidad o autoridad para decidir lo que considere mejor para sí mismo; al contrario los adultos son mirados como competentes para decidir que es lo “mejor” para su interés. Además a estos se les atribuye la “capacidad, autoridad y la responsabilidad para determinar y para hacer lo que es ‘bueno’ para sus niños y lo que es ‘mejor’ para su familia entera”³⁴

Este criterio aunque respetable, parece corresponder a una posición adulto centrista, en tanto considera al niño un ser inferior en cuanto a su capacidad de decisión, concediendo a sus padres todo el poder de diferenciar entre lo que es bueno o malo para sus hijos, si bien, es lógico que los padres se encuentren moral y legalmente obligados a propender lo mejor para sus hijos, en la práctica muchas veces esto no ocurre, por lo que la misma Ley ha previsto otros medios de

³³ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 048-13-SCN-C”, *Gaceta Constitucional No.004*, 2013, 28.

³⁴ Simon Campaña, *Interés superior del menor*.

protección, mediante la intervención Estatal en las resoluciones judiciales, cuando éstos (los padres) no están de acuerdo al tomar las decisiones, o actuando en lugar de ellos frente a una manifiesta negligencia, decisiones que deben estar siempre apoyadas en el derecho del niño a ser escuchado.

Goldstein , señala: “[...] desde una perspectiva favorable al niño—el derecho a decidir sobre el cuidado y los deseos del niño debe ser conferido a alguien. El sentido común y las nociones psicoanalíticas sobre el desarrollo del niño le confieren tal derecho con mayor preferencia al padre conviviente que al no conviviente. Por mucho que la conveniencia paterna esté definida, los padres separados que están en desacuerdo sobre la custodia conjunta o el contacto se convierten en padres no aptos para sus hijos cuando son obligados a ‘cooperar’, incluso si cada uno individualmente pudiera ser un padre apto para aquel niño. El cambio en las circunstancias y en las necesidades de la vida de un niño son tratadas mejor por una familia en funcionamiento, por la decisión de la familia en el momento. La imposición de la justicia o incluso la amenaza de imposición de un acuerdo previo sobre custodia conjunta o contacto se convierte en un obstáculo a la integridad de la nueva familia, a la vez que una invitación a invadir su privacidad y una violación a la autonomía paterna. Los tribunales y las legislaturas no deben permitir que sus buenas intenciones oculten el daño que éstas producen a los niños”.

Es necesario reconocer que una parte importante que esta teoría plantea es la “menor o ninguna intervención posible en las decisiones familiares por parte del Estado”, por el temor al resquebrajamiento de las delicadísimas relaciones emocionales entre sus miembros; es bueno que las familias construyan las soluciones a sus conflictos, en esto creo que la teoría acierta, nada mejor que el seno de la familia para hallar una solución a sus problemas, más, si todos sus miembros aportan en lo decidido; luego y si ello no funciona, están los métodos alternativos de solución de conflictos, que bien manejados pueden traer resultados satisfactorios; y solo si ello no resulta, recurrir a la justicia.

Recordemos la rotunda afirmación de GARCÍA MÉNDEZ, quien llama la atención sobre la centralidad del interés superior del niño, el que usado de manera descontextualizada de la CDN permite— dice-, «a ingenuos o malintencionados intentar nuevamente la relegitimación del tratamiento discrecional de la infancia por los adultos en general y por las instituciones protectoras - represoras de los “menores” en particular».³⁵

El Instituto Interamericano del Niño señaló que: “...la llamada doctrina de la situación irregular considera que son “niños” quienes tengan sus necesidades básicas satisfechas, y “menores”, quienes se encuentren marginados socialmente y no puedan satisfacer sus necesidades básicas. Para tratar a estos últimos se desarrollan

³⁵ Simon Campaña, *Interés superior del menor*, 137.

legislaciones que consideran a los niños como “objetos de protección y control”, y se establecen jurisdicciones especiales, las cuales resultan excluyentes y discriminatorias, niegan a los niños la condición de sujetos de derecho y vulneran sus garantías fundamentales. Asimismo, “judicializan” los problemas psicosociales de la niñez y crean la figura del juez de niños, quien, con amplias facultades discrecionales, tiene la función de resolver los problemas de este grupo social, ante la falta de políticas sociales de protección por parte del Estado. Dichas jurisdicciones desatienden el principio de legalidad, la distinción entre las capacidades de ejercicio y goce de derechos, la proporcionalidad de la pena y el debido proceso. Asimismo, el sistema no respeta las edades para los diversos tipos de intervención, no se inspira en políticas resocializantes o reeducativas y propicia que niños no infractores sean internados, indiferenciadamente, con menores de edad que han infringido la ley”.³⁶

Esta concepción es anticuada, en primer lugar porque llama “doctrina de situación irregular”, a una serie de normas dispersas y estigmatizantes, creadas para proteger a la sociedad de los delincuentes adolescentes o potenciales delincuentes³⁷, que en forma alguna puede ser llamada doctrina; ésta, esbozaba una figura paternal del juez de niñez, capaz de coartar la libertad de un niño en estado de abandono, o peligro moral o material, en afán de protección, a través de internamientos institucionales, idea que está siendo superada por la doctrina de protección integral, que propende al ser humano niño dotado de facultades en la producción de soluciones.

Se creía que los niños huérfanos estaban en situación de irregularidad, lo que los volvía peligrosos para la sociedad. El debido proceso en temas de adolescentes infractores no estaba previsto, la asignación del tipo de castigo correspondía al juez. La Convención de los Derechos del Niño, propuso la consideración del niño sujeto de derechos, y permitió que se les estime protegidos dentro del paraguas de derechos humanos.

La niñez deja de ser transición para ser desarrollo del ser humano, es simplemente otra etapa.³⁸

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva oct-17/2002”.

³⁷ Mary Beloff, *Justicia y Derechos del Niño*, Vol. 1, (UNICEF, 1999).

³⁸ Silvina Alegre, Ximena Hernández, y Camille Roger. “Sistema de información sobre la primera infancia en América Latina”, *El Interés Superior del Niño: Interpretaciones y Experiencias*. 12 de marzo de 2014. <http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf (último acceso: 26 de octubre de 2015).>

Desde una visión psicológica, los niños han sido excluidos pues la condición de grado de humanidad es proporcional a las cualidades del pensamiento, y su “inmadurez” y limitado razonamiento les sustraen de la cualificación.

Desde el punto de vista sociológico, han sido considerados como entes pasivos, su actividad se subsume al consumismo; es decir, la sociedad se preocupa de ellos en cuanto produzcan beneficio económico.

Estos dos ámbitos le han restado importancia a la niñez como actores sociales; su participación se ha visto limitada a imitaciones de actividades adultas, como Alcaldes de la niñez, Parlamento de la Niñez, como jugar a ser adulto, una suerte de ficción de satisfacción a su derecho de participación, cuando lo que actualmente se propende es participación desde su cosmovisión, pero valorada dentro en la realidad.

El paradigma de la situación irregular permitía una exagerada y discrecional intervención estatal, para controlar a los niños abandonados, considerados potenciales delincuentes, a quienes se les recluía en centros de acogimiento, cual si hubiesen delinquido, con el pretexto de tutela frente al estado de pobreza y falta de recursos de éstos, en un afán de “tutela represiva”.³⁹

4. El interés superior del niño en el ámbito internacional

Son varios los instrumentos internacionales que rescatan el principio del interés superior del niño dentro de su normativa, pero solo algunos de ellos están suscritos por nuestro país, entre ellos y quizá el más importante es la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue aprobada el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por nuestro país en marzo de 1990. Esta nace frente a la idea de crear una comunidad internacional con normativa lo suficientemente fuerte, cuya jerarquía no permitiera la superposición de las normas internas de los Estados miembros.

En nuestro país el Art. 424 de la Constitución de la República señala que:

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

³⁹ Gisela Campos, *Derechos: Niñez y Adolescencia, Ensayos Sobre Derechos Humanos Una Reflexión desde el aula universitaria*, (Bolivia: Observatorio DESC, 2006), 38-39.

El Art. 425 íbidem, por su parte señala: “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos[...]” . De lo que se colige que la Convención Sobre los Derechos del Niño es fuente del derecho interno, forma parte del bloque de constitucionalidad; y por tanto, tiene jerarquía constitucional; es decir que prevalecerá sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico interno.

Al respecto el Tribunal Constitucional en la Resolución No. 001-2004-DI, citada por el Dr. Juan Carlos Riofrío Martínez en la Revista FORO señala: “Bloque de Constitucionalidad. En esencia significa que los Estados no están obligados solamente al cumplimiento del contenido de sus constituciones, sino también al de los tratados internacionales que han suscrito y ratificado, puesto que existen disposiciones concretas de respetar sus preceptos, y por lo tanto pasan a insertarse dentro de la normativa con máxima jerarquía ”.⁴⁰

El principio de progresividad y la conexión íntima que se ha creado entre los derechos de los niños y los derechos humanos, han permitido un avance notable en su visibilización y mecanismos de protección, asumiendo que los niños tienen los derechos garantizados a cualquier ser humano, más todos aquellos que por su edad y condición les atañen. Es así que, la protección a los derechos de los niños resulta complementaria y no sustitutiva; pues se funda en la protección general a los derechos humanos. La doctrina universal de los derechos humanos es la simiente de los derechos del niño, pues este derecho no es autónomo sino que está ligado a los derechos humanos y en esa medida los mecanismos de protección son más efectivos.

En el artículo tercero de la Convención sobre los Derechos del Niño se ha incorporado el “interés superior del niño”; y a partir de allí es cuando deja de ser “una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como social, que constituía una especie de excusa para tomar

⁴⁰Juan Carlos Riofrío Martínez, “El bloque de constitucionalidad pergeñado por El Tribunal Constitucional”, *Revista Foro*, (Quito: UASB-Ecuador, 2006), 230.

decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico”.⁴¹

Esta indeterminación conceptual y discrecionalidad en su aplicación por parte de los juzgadores, ha provocado inseguridad jurídica inclusive en el cumplimiento de la normativa de la Convención de los derechos del niño; por lo que resulta necesario homogenizar su acepción; de suerte que se comprenda en la tutela de los derechos establecidos en la misma Convención.

El interés superior del niño es considerado por el Comité de los Derechos del Niño como principio rector guía de la Convención de los Derechos del Niño; por lo que las decisiones tomadas en base al interés superior del niño, deberán tener estricta relación con una interpretación integral de la normativa de la Convención.

Interés superior del niño = protección efectiva de sus derechos; es decir, que el citado principio se traduce en la satisfacción inmediata de cada uno de sus derechos y en el desarrollo holístico de los niños.

La Convención ha superado las diferentes culturas y sistemas jurídicos en el mundo, en ella se ha llegado a un consenso sobre derechos y deberes tanto de los padres como del Estado en el desarrollo de los niños y en la garantía efectiva de sus derechos. Esa uniformidad que hace falta para la comprensión de los derechos, que le corresponden a todo ser humano por el simple hecho de ser tal. Para lograr esta necesaria uniformidad en la concepción de los derechos humanos, dentro de una diversidad inminente de culturas; lo cual puede parecer una dicotomía, en tratándose de derechos de los niños, puede solucionarse respetando su medio cultural en pro del interés superior del niño; y en casos complejos las culturas tendrán que ceder en pro de los derechos humanos.

Existen otros tratados e instrumentos internacionales suscritos por nuestro país cuya normativa se orienta a exigir a los Estados parte produzcan leyes, adopten políticas, adquieran compromisos de garantizar el cumplimiento del interés superior del niño (su bienestar, desde su propia óptica); es decir se involucren en el principio de progresividad y desarrollo de sus múltiples derechos; entre ellos están:

- Convención Sobre los Derechos Del Niño.

⁴¹ Miguel Cillero Bruñol, *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia*, (Quito: V&M Gráficas, 2010), 88.

- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
- Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes.
- Opinión Consultiva Nro 17 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño de La Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas De Tokio).
- Reglas de las Naciones Unidas Para la Protección de los Menores Privados de Libertad.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas De Beijing).
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad).
- Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo De Palermo).
- Convenio 182 OIT, Referente A las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Recomendación 190 Sobre La Prohibición de Las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación.

Además, las altas cortes de distintos países como por ejemplo el Tribunal Supremo de Justicia en España⁴², y otros organismos protectores de los Derechos Humanos han realizado pronunciamientos sobre el interés superior del niño, que han

⁴² Tribunal Supremo de Justicia de España, Sentencia No. 565/2009, de 31-07-2009, <http://www.prodeni.org/Documentos%20pdf/SENTENCIA-ACOGIMIENTO%20T.S.%20caso%20Toledo.pdf>

permitido el desarrollo conceptual, aplicación y alcance del mismo, entre ellos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴³ y La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ésta última, entre otras formas, a través de sus sentencias, las que constituyen jurisprudencia vinculante para nuestro país, entre las que destaco las siguientes:

4.1. Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Interés Superior del Niño.

4.1.1. Caso Walter David Bulacio vs Argentina.

Walter David Bulacio fue un adolescente argentino de 17 años, detenido por la Policía Federal Argentina, en una redada, fue golpeado y retenido en forma inadecuada al ser menor de edad, sin que se de aviso a sus padres. Por las lesiones provocadas, fue trasladado a un hospital, sin que de ello tampoco se informara a sus padres; seis días después, falleció producto de las lesiones provocadas; y diez años más tarde, después de un tortuoso trámite judicial, la acción penal incoada en contra del principal acusado, fue declarada prescrita, decisión que fue apelada y que hasta la fecha de conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no fue resuelta.⁴⁴

En esta causa, la Corte consideró que se violaron los derechos de libertad, integridad, vida, garantías judiciales y medidas especiales por ser menor de edad, en contra de David Bulacio, con ella se ratifica que los niños son considerados seres humanos que gozan de todos los derechos de los demás y otros adicionales por su condición de personas en etapa de formación.

4.1.2. Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.

Los hermanos Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri eran niños de 14 y 17 años, fueron detenidos en forma ilegal, torturados y ejecutados por agentes de la Policía Nacional del Perú, el autor intelectual fue identificado, pero por haberse dado a la fuga no fue sentenciado ni sancionado; no así los autores

⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Caso Koudelka C. República Checa, Demanda n° 1633/05 de 20 de julio de 2006”, <<https://www.facebook.com/api.pagina/posts/371834142933351>>

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Bulacio Vs. Argentina: Sentencia de 18 de septiembre de 2003: Excepciones preliminares, fondo y reparaciones”, 2003

materiales a quienes se les impuso una indemnización civil, la que no fue pagada a los familiares de las víctimas.

163[...] cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”⁴⁵

En esta sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ratifica el interés superior del niño como medio de realce de su dignidad de ser humano y necesidad de propiciar el desarrollo de sus potencialidades, sanciona la violación por parte del Estado de su derecho a tener medidas especiales de protección, por su condición de vulnerabilidad; falencia que repercutió en la violación de otros derechos entre ellos a la vida y la integridad; en esta sentencia se resalta la cláusula abierta de los Estados en cuanto al principio de progresividad de los Derechos Humanos, e interpretación evolutiva de los Tratados Internacionales.

4.1.3. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.

Las niñas las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, nacieron en territorio de la República Dominicana; sin embargo, el Estado Dominicano, no les otorgó sus actas de nacimiento, sustentados en su origen Haitiano, siendo privadas por muchos años de su derecho a la nacionalidad, permaneciendo por ello en estado de vulnerabilidad, por las consecuencias sociales, educativas y de otra índole, que acarrea la violación a este derecho como parte de la identidad de ellas.

134. Este Tribunal ha señalado que revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños⁸⁶. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad⁸⁷. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable.⁴⁶

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú: Sentencia de 8 de julio de 2004: Excepciones preliminares, fondo, y reparaciones”, 2004

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso de las niñas Yean y Bosico VS .República Dominicana: Sentencia de 8 de septiembre de 2005: Excepciones preliminares, fondo y reparaciones”, 2005.

La Corte Interamericana, en este caso, destaca la irradiación del interés superior del niño en los efectos de la interpretación de otros derechos, en los casos en los que intervengan o sean víctimas menores de edad, particularmente en la causa en estudio, en que se violaron el derecho a la igualdad y no discriminación, a la personalidad, a la educación, al deber de protección del Estado, entre otros, que perjudicaron notablemente la vida de las niñas Yean y Bosico, por parte de la República Dominicana, que no les reconoció la nacionalidad dominicana por tener origen Haitiano.

4.1.4. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala.

Este proceso se planteó por el secuestro, tortura y asesinato de Henry Giovanni Contreras, Federico, Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval y Jovito Josué Juárez Cifuentes; y el asesinato de Anstrum Villagrán Morales; niños de la calle, a los que el Estado Guatemalteco no les dio la importancia que un hecho así merecía, ni se les permitió el acceso a la justicia a las familias de las víctimas.

[...]Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”³³, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida. 194. Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana[...]ARTICULO 20[...] 1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños ⁴⁷

En esta causa, la Corte reitera la importancia del interés superior del niño, que estuvo ausente en las decisiones de las autoridades estatales Guatemaltecas, que permitieron la victimización de menores de edad en estado de doble vulnerabilidad

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala: Sentencia de 19 de noviembre de 1999”, 1999.

por ser “niños de la calle”, en lugar de garantizarles un trato especial y debida protección.

Todo lo anterior, le ha servido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para pronunciarse en el fondo, sobre el contenido del principio de interés superior del niño, niña o adolescente, el cual, como ya se ha dicho, debe primar por sobre cualquier otra consideración normativa y guiar definitivamente el análisis fáctico. En esta línea, Zermatten señala que es necesario vincular la noción de interés superior del niño con la noción de predictibilidad.⁴⁸

5. El interés superior del niño en la legislación ecuatoriana.

En el Ecuador, el interés superior del niño se encuentra establecido en el artículo 44 de la Constitución de la República:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.⁴⁹

Así también el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, prevé el interés superior desde varias aristas; así, desde la finalidad del mismo código, que propende

⁴⁸ “La toma de conciencia del interés superior del niño no solamente en el momento en el que la decisión debe ser tomada, sino también en la perspectiva de una evaluación previsible de la situación de las partes concernidas. Esto parece particularmente importante en un dominio, la infancia, donde las situaciones por definición evolucionan rápidamente y donde parece ciertamente necesario actuar en el momento, aunque preservando, tanto como sea posible, el porvenir”, esto es, atendiendo de manera fundamental al proyecto de vida del niño, lo que implica apuntar o sentar las bases para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad y previsible exitosa contribución del niño o adolescente a la comunidad.”. Gonzalo Aguilar Carvallo, *Estudios Constitucionales*, 2008, Edición Electrónica, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82060110>.

⁴⁹ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít.II, “Derechos”, cap. Tercero, “Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria”, art. 44, ([Quito]: Asamblea Nacional. Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.).

a la regulación de todos los derechos de los niños, de conformidad al principio de su interés superior.

Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral

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. 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 expresarla⁵⁰.

El artículo 11 se ocupa de vincular a todas las autoridades públicas y privadas, administrativas y judiciales a la consecución de este interés superior a través de sus decisiones, lo plantea además como principio de interpretación del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Destaca la importancia de escuchar a los niños en la solución de los problemas que les atañen, con esto se fomenta la doctrina de protección integral y al niño como actor social y sujeto de derechos. El que se amplía con lo señalado en el artículo 60 *ibídem*: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez. Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión”

Prohíbe su invocación contra norma expresa, sobre esto, cabe resaltar la aparente contradicción que existe con la doctrina internacional, la normativa supranacional que sugiere que se lo deberá aplicar aun contra norma expresa, y aun con el principio de prioridad absoluta del que trata el artículo 12 *ibídem*; de todos modos, esta consideración me parece prudente, habida cuenta que las normas

⁵⁰ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador*, (Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2003), artículos 1 y 11.

preestablecidas se basan en principios constitucionales y se entiende por ello, que están vigentes porque fueron aprobadas en atención a una interpretación integral de la Constitución; y por el principio pro legislatore; por lo que para superponer *excepcionalmente* el interés superior del niño a una norma vigente, debería ponderarse entre el principio del cual esta norma dimana y el principio del interés superior del niño, y solamente si el ejercicio se decanta a favor del interés superior o del principio de prioridad absoluta, aplicarlo de esa manera.

Art. 12 del Código de la Niñez y Adolescencia: [...] En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás.

Esta norma sugiere la predilección del derecho de los niños frente al de los demás; no obstante y como hemos analizado en líneas anteriores, ello no ocurre en abstracto; más sí debe considerarse su condición de sujetos vulnerables, lo que puede agregarle peso al lado de la balanza en que el niño se encuentre.

El Art. 14 señala:

Aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente. Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño⁵¹.

Este artículo inclusive, vincula a la actividad legislativa, cuya producción debe orientarse a la garantía del interés superior; proscribire la violación de sus derechos, los que deberán estar garantizados aun a falta de norma o procedimiento expreso.

Art. 314. CONA: “Derecho a ser oído e interrogar.-[...]En todas las etapas del proceso el adolescente sometido a juzgamiento tiene derecho: 1. Al libre y completo acceso a documentos y piezas del proceso; 2. A ser escuchado en cualquier instancia del proceso; y, 3. A interrogar directamente o por medio de su defensor y de manera oral, a los testigos y peritos, que estarán obligados a comparecer ante el Juez para este efecto”

El Art. 175 de la Constitución de la República señala que: “Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que

⁵¹ Ibid.

aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores”.

Esta justicia especializada a la que hace relación el artículo que antecede, busca en el juez de Niñez, un vasto conocimiento de los derechos de los niños, naturalmente del principio del interés superior, y de la comprensión de los problemas de la niñez como problemas humanos, con una visión que abarque los principios sobre los cuales se inspira el Código de la Niñez y Adolescencia que son: humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia (Art. 256 CONA⁵², Art. 77 numeral 13 de la Constitución de la República)⁵³.

Además de la normativa interna citada, son parte de nuestro ordenamiento jurídico por efecto del bloque de Constitucionalidad, los Tratados Internacionales que ha suscrito nuestro país; y aún, aquellos que no habiéndolos suscrito garanticen de mejor manera el cumplimiento de los derechos humanos, esto en atención a la cláusula abierta que consta en nuestra Constitución (Arts. 11 numeral 7, 424 y 425 CRE). Así también la jurisprudencia vinculante que emana de las Altas Cortes Internacionales.

La Corte Constitucional del Ecuador ha emitido varios criterios sobre el interés superior del niño, entre los que se citan:

Al respecto, la Corte Constitucional, para el período de transición, analiza el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, indicando en lo principal lo siguiente: “[...]interpretada en su integralidad e interconexión en un principio rector –guía, en los términos que ha desarrollado esta Corte, una garantía social que obliga al Estado a una actuación concreta y efectiva para garantizar los

⁵² Artículo 256 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia: “Principios rectores.- La Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia guiará sus actuaciones y resoluciones con estricto apego a los principios, derechos, deberes y responsabilidades que se establecen en el presente Código. Su gestión se inspira, además, en los principios de humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia”, Código de la Niñez y Adolescencia, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2003.

⁵³ Artículo 77 de la Constitución de la República: “En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:[...] 13. Para los adolescentes y los adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida. El Estado determinará mediante ley sanciones privativas y no privativas de libertad. La privación de la libertad será establecida como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y se llevará a cabo en establecimientos diferentes a los de personas adultas[...].

derechos de niñas, niños y adolescente, y a la vez, es un principio constitucional, directamente aplicable y justiciable, pero en igualdad con otros principios y derechos de acuerdo a lo que establece el artículo 11 numeral 6 de la Constitución vigente (...) En definitiva, toda vez que el Estado y, particularmente el sistema de justicia, tiene una obligación positiva de tomar las medidas idóneas, necesarias y proporcionadas con el fin de garantizar materialmente los derechos constitucionales, de acuerdo a una interpretación integral de la normativa constitucional e internacional, los jueces están obligados a tomar medidas específicas, aun cuando la normativa no lo establezca formalmente, para poder garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia. Específicamente, esta obligación respecto de las/os niñas/os consta en el Art. 46 numeral 4 de la Constitución vigente y 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, no solo como medidas positivas sino como especiales de protección⁵⁴

La Corte plantea al interés superior del niño como un principio rector guía, justiciable, pero de igual jerarquía a los otros; y su interconexión con los demás principios; además, indica la obligación de los Estados de crear normas para su cumplimiento y garantía material, remarcando la tutela complementaria por ser un grupo vulnerable.

La Corte Constitucional ha señalado sobre el interés superior del niño y las decisiones que en atención a él se tome, lo siguiente:

Decidir en razón del principio de interés superior del niño, implica dar un peso específico e importante en el proceso de toma de decisiones a la condición de niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derecho, cuya personalidad se halla en desarrollo, implica también el orientar la decisión a lograr el mayor estatus de protección de sus derechos en el corto, mediano y largo plazo, tenida en cuenta la situación en la que se encuentran. Por último, requiere de quien adopte la decisión el considerar en conjunto los derechos y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes, sin hacer por ello, que los primeros estén condicionados al cumplimiento de las segundas, sino que más bien, éstas sirvan para construir una personalidad equilibrada y una ciudadanía responsable.⁵⁵

Este es un criterio muy interesante, pues recoge varios elementos sobre la interpretación del interés superior del niño; primero, el hecho de otorgar un peso específico a la condición de grupo vulnerable en un ejercicio de ponderación; segundo, el que la decisión debe tomarse con proyecciones temporales diversas, tercero, aclara que los derechos de los niños no dependen del cumplimiento de sus responsabilidades (que las tienen), sino que éstas, las obligaciones, se creen para convertirlos en entes propositivos.

6. El interés superior del niño una cuestión sustantiva o adjetiva

⁵⁴ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No. 108-14-SEP-CC”, 23 de julio de 2014.

⁵⁵ Ecuador: Corte Constitucional.”Sentencia 048-13-SCN-CC”, 30.

Dentro una clasificación amplia de las normas jurídicas, pueden ser divididas en sustantivas o de derecho material y adjetivas o de derecho procesal. Las primeras que establecen derechos y obligaciones, y las segundas que establecen las vías a través de las cuales hacer exigibles esos derechos y obligaciones, o como dice Devis Echandía, estas últimas reglamentan "las exigencias sociales, principalmente por el aspecto de la forma, o porque sirve de instrumento para aplicar la ley".⁵⁶

Las normas sustantivas o materiales, regulan el deber ser, son las que tienen un fin propio, crean reglas de conducta, son estáticas, regulan situaciones de fondo, mientras que las normas adjetivas o formales, son dinámicas, dependientes y subordinadas, pues se crean para facilitar el cumplimiento de las reglas establecidas por las normas sustantivas, trazan el camino procesal para la consecución de las reglas de conducta, como, los requisitos de la demanda, competencia judicial, contestación, prueba, etc.

El derecho adjetivo rige lo procesal, es decir la jurisdicción contenciosa o voluntaria, las formas y no lo material del derecho. El derecho sustantivo es el qué pedir, y el derecho adjetivo es la forma de pedir ese qué. El derecho sustantivo consagra en abstracto los derechos, el adjetivo la forma de realización de esos derechos.

Las formas procesales son importantes, garantizan el derecho a la igualdad, en un Estado de derecho no hay justicia sin respeto a las formas procesales.

Si el Derecho sustantivo, material o sustancial es el fin, el derecho adjetivo o procesal es el medio.

Así pues, el interés superior del niño es derecho sustantivo porque existen normas que protegen derechos en abstracto inspiradas en el interés superior del niño, por ejemplo el derecho a ser escuchado; y también el interés superior del niño es norma adjetiva, porque hay leyes que prevén cómo ejecutar ese derecho.

A la inversa, se han creado leyes sustantivas que han inspirado la concepción interés superior del niño; y así también, otras procesales para llegar a la consecución de ese interés superior del niño.

Es así que este principio rector, constituye la columna vertebral de la normativa sustantiva y adjetiva en el derecho de la infancia y adolescencia, que

⁵⁶ Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997), 40.

induce a la producción legislativa; o al contrario, pues de esa producción dimana el mismo.

Como señalamos anteriormente, el Comité de los Derechos del Niño, de la Organización de las Naciones Unidas en su Observación General N° 14 ha conceptualizado al interés superior del niño desde tres distintos ángulos, lo ha visto como **derecho sustantivo**, por la obligación que tienen los Estados en el desarrollo y cumplimiento del principio, que debe considerarse en forma prioritaria, directa e inmediata cuando se decida algo que afecte o pueda afectar a un niño o niños.

Como cuestión **adjetiva** o norma de procedimiento, porque siempre se debe tener en cuenta el interés superior del niño en cada momento de los procesos que les incumban, sean administrativos o judiciales, y se deberán estimar permanentemente las consecuencias positivas o negativas de las decisiones que aquellos planteen como solución al problema, ello debe estar determinado de manera explícita, en la que deberá indicarse además que el derecho a plantear la solución le fue concedido al niño.

Además el citado Organismo ve al interés superior del niño como un principio jurídico interpretativo, que es la acepción que más se acerca al conocimiento generalizado de las personas, lo que se puede observar de la muestra estadística que más adelante analizaremos.

En ratificación de lo dicho, el interés superior del niño es un principio inspirador en la creación de normas tanto sustantivas como adjetivas; por ejemplo, en el Código de la Niñez y Adolescencia, existen normas que disponen derechos orientados al interés superior del niño, una de ellas, el confiar la tenencia a uno de los padres cuando se encuentran separados, (artículos 118⁵⁷ y 106⁵⁸ inciso final), cuando señala que la opinión de los niños menores a doce años será valorada pero la de los

⁵⁷ Código de la Niñez y Adolescencia, Artículo 118: “Procedencia.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106[...].” Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2003.

⁵⁸ Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 106: “Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:[...] La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral”. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2003.

adolescentes es vinculante para los jueces, salvo si lo decidido fuere manifiestamente negativo para él, este artículo ratifica el interés superior del niño, porque le faculta ser un ente generador de la solución de su problema, al permitirle decidir bajo la tenencia de quién de sus padres desea estar, al vincular esta decisión a lo que el juez resolverá y lo más importante ratifica su derecho a ser escuchado; así también lo hace el artículo 153 numeral 5 que señala que la opinión del niño a ser adoptado deberá ser escuchada y que el consentimiento del adolescente es obligatorio.

Como ejemplo de norma de procedimiento en cambio, podemos citar del mismo cuerpo legal, el artículos 272 y siguientes sobre el trámite en el procedimiento contencioso general; así también los artículos 35 y siguientes de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia que tratan sobre el juicio de alimentos; los artículos 342 y siguientes que hablan sobre el procedimiento para el juzgamiento de adolescentes infractores, todas estas normas se orientan la consecución del interés superior del niño, a través de trámites, rápidos, garantistas y con criterios de priorización.

El interés superior del niño, es un principio del que dimanan normas sustantivas, que dan vida a una determinada figura jurídica, por ejemplo patria potestad, tenencia, custodia, etc, impone los comportamientos que deben seguir los individuos en la sociedad, regula el deber ser, establece derechos a favor de los niños e impone obligaciones a las entidades públicas y privadas, a la administración de justicia, a la legislatura, de cumplimiento de objetivos orientados a la consecución de todos y cada uno de los derechos de los niños.

El principio del interés superior del niño, también es simiente de normas adjetivas porque se han creado cuerpos legales internos como el mismo Código de la Niñez, que al ser orgánico tiene normas sustantivas como adjetivas; así también externos como por ejemplo la Convención de New York para la Obtención de alimentos en el Extranjero, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, entre otros, que prevén trámites destinados a garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones consagradas por el derecho sustantivo.

Como vemos, el principio del interés superior del niño es una cuestión sustantiva como adjetiva, pues se crean y se han creado normas tanto sustantivas como adjetivas a partir de él; es importante que se vayan fraguando criterios

uniformes, para que su delicada indeterminación no siga creando abusiva discrecionalidad y consiguiente desconfianza.

7. El interés superior del niño y debido proceso (principios complementarios o contradictorios)

De conformidad con el artículo 11.6 de la Constitución, todos los principios y derechos son, entre otras cosas, interdependientes y de igual jerarquía. Esto implica, por un lado, abandonar la clasificación de los derechos por generaciones, lo cual daba la idea equivocada de que entre ellos había rangos y lleva a considerar de mayor importancia los de primera generación, que los de segunda o de tercera generación; y por otra, resaltar que cada derecho reconocido en la Constitución está en directa relación con los demás, de modo que la afectación o desconocimiento de uno cualquiera, implica la afectación a los demás. Así, el derecho a la vida está íntimamente ligado al derecho a la salud, al agua, incluso con el derecho a la educación; en el caso de las mujeres, a la protección del embarazo y del período de lactancia., etc.

El sistema garantista en que nos encontramos en la actualidad, establece conexión entre toda la normativa vigente y la Constitución; así, el debido proceso debe respetarse en todas las áreas; pero particularmente en los procesos de Niñez y Adolescencia, en donde se encuentra enmarcado este grupo frágil y de alta trascendencia social.

La concepción del Estado garantista es la del Estado constitucional de derecho, es decir, aquel que se construye sobre los derechos fundamentales de la persona y en el rechazo al ejercicio del poder arbitrario. Es aquel en el que el legalismo no es suficiente para considerar limitado o frenado al poder legislativo que, libérrimo en cuanto a dotar de cualquier contenido a las leyes, puede ejercerse, junto a su aplicación automática por parte de los jueces, en forma autoritaria y despótica. El Estado que asume el garantismo en cambio, es el que vincula los derechos fundamentales consagrados en la Constitución con todos los poderes públicos⁵⁹

Ya tenemos una idea más o menos clara de lo que es el interés superior del niño; y podemos decir que: Es un principio rector que propende a la satisfacción de todos los derechos de los niños, garantizados en la Convención de los Derechos del

⁵⁹ Zavala Egas, *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*, 276.

Niño, que se enriquece a través del empoderamiento de éstos, en la toma de decisiones en asuntos que les afecten y de las resoluciones de quienes lo aplican, realizando un análisis individual de cada caso.

Con este antecedente, cabe ahora analizar qué es el debido proceso; Couture, citado por Luis Marcelo de Bernardis señala que “el debido proceso consiste en no ser privado de la vida, la libertad o la propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso, desenvuelto en la forma que establece la Ley”.⁶⁰

La Corte Constitucional del Ecuador, sobre el derecho al debido proceso ha señalado:

El debido proceso constituye un mínimo de presupuestos y condiciones que deben ser observados y fielmente cumplidos durante la tramitación de un procedimiento, para así asegurar las condiciones mínimas para la defensa y seguridad jurídica de las partes durante todo el transcurso del proceso hasta la obtención de una decisión adecuadamente motivada y fundada en derecho. La Corte Constitucional, de modo expreso, ha señalado en fallos anteriores que “el debido proceso es un derecho constitucional consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República, dentro del cual se incluye un conjunto de garantías básicas tendientes a tutelar un proceso justo, libre de arbitrariedades en todas las instancias judiciales.⁶¹

Así las cosas, nadie puede ser privado de ningún derecho a pretexto de la protección de otro, sin que exista un motivo suficiente y debidamente justificado para sacrificar ese otro derecho.

La extrema discrecionalidad o el uso inadecuado el interés superior del niño por parte quienes lo aplican, ha provocado una suerte de desconfianza en el principio, lo que ocurre quizá merced a su indeterminación; pero es claro que esta condición no es ni puede ser una justificación para la restricción o afectación arbitraria de derechos, ni del niño ni de terceros.

El mismo interés superior del niño puede servir como sustento de decisiones justas y ponderadas que garanticen el desarrollo holístico de los niños; así como también puede ser utilizado como pretexto, cliché, slogan, para disfrazar de justicia decisiones arbitrarias, y superficiales; todo depende de la habilidad argumentativa de quien lo aplica, pudiendo convertir una falacia en una verdad.

⁶⁰ Luis Marcelo de Bernardis, *La Garantía Procesal del Debido Proceso*, (Lima-Perú: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1995), 390.

⁶¹ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia Num.131-15-SEP-CC, CASO N.º 0561-12-EP”, en *Gaceta Constitucional No. 12*, 8

Entre esos derechos primordiales, está el debido proceso, que debe respetarse en todos los trámites, lo que incluye aquellos referentes a niñez, y adolescencia, entre los que podemos citar, el trámite especial de alimentos, el contencioso general (patria potestad, visitas, tenencia, etc), adolescentes infractores entre otros.

El Código de la Niñez y Adolescencia prevé en su artículo 257, las garantías del debido proceso; y nótese que claramente, las asegura para todas las personas, entiéndase actores y demandados, se garantiza la inviolabilidad de la defensa, contradicción, impugnación, intermediación, derecho a ser oído, y las demás garantías del debido proceso.

De esto, se colige, que deben respetarse las formas, el principio de preclusión y la legítima defensa en cada proceso; que no se pueden violar livianamente los derechos ni de adultos ni de niños en sustento del interés superior del niño o del principio de prioridad. Más adelante explicaremos, qué acciones debe tomar un juez, cuando se encuentra frente a un caso de difícil solución entre debido proceso e interés superior del niño.

Todos los procesos de niñez y adolescencia tienen relación con la Constitución de la República; los orales, como el de fijación de alimentos, contencioso generales, como el de tenencia; pero principalmente, uno tiene estricta dependencia y conexión ineludible; este es, el de procesamiento de menores infractores, mal llamado de esta manera, pues debería denominarse “procedimiento de adolescentes en conflicto con las leyes penales. No puede haber excesiva discrecionalidad en las decisiones judiciales y mucho menos obviar un proceso justo, el adolescente es sujeto de derechos que debe participar activa y conscientemente en él; y contar con todas las garantías como defensa letrada⁶², celeridad, intermediación, respeto irrestricto de las formas procesales, etc.⁶³

En opinión Consultiva 17/2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que: “El aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la

⁶² Mary Beloff, *Constitución y Derechos del Niño, Estudios Sobre Justicia Penal*, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005)

⁶³ Llorenç M. Bujosa Vadel, *Proceso Penal Europeo y Enjuiciamiento de Menores, Constitucionalismo y Proceso Hoy*, Editado por Rodrigo Rivera M., (Librería J. Rincón, 2008), 49.

determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso (párrafo 102)⁶⁴.

Dentro de estas consideraciones obviamente se encuentra el debido proceso, al respecto Llorenç M. Bujosa Vadell, señala:

Desde el punto de vista jurídico- procesal nos interesa sobre todo la alusión a las medidas o respuesta judiciales y de represión”, sobre las que se propone un pequeño código de garantías fundamentales: “principios de legalidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, juicio con todas las garantías, respeto a su vida privada, proporcionalidad y flexibilidad”. Todo ello como ocurre en nuestro derecho interno, combinado con la especial relevancia del principio del interés superior del menor tanto en el desarrollo del proceso como en la elección de la medida y su posterior ejecución.⁶⁵

La incorporación de las garantías procesales en los procesos de adolescentes infractores, constituye evolución de sus derechos y en nada afectan al fin educativo de aquellos.

De otro lado, es importante establecer si por el interés superior del niño, y a pretexto de trato prioritario, es posible el franco atropello del debido proceso; yo considero que no es factible, al menos no en abstracto o indiscriminadamente. Como se ha dicho, todos los principios son jerárquicamente iguales y para prescindir de uno, deberá hacerse una ponderación en la que se explique la proporcionalidad de aquel perjuicio versus el beneficio que se conseguiría.

Por ejemplo, muy a mi pesar he observado, como algunos jueces bajo el criterio del interés superior del niño, (el que invocan en forma genérica y mediante transcripción de conceptos), violan el derecho al debido proceso; permitiendo: la incorporación de prueba precluido el término para su presentación, concediendo demandas sin prueba, otorgando más de lo solicitado en la demanda; e inclusive yéndose contra el principio non reformatio in pejus, entre otras cosas.⁶⁶

El juez no debe asumir, en forma errónea, que está frente a un concepto tan indeterminado que le permita actuar con discrecionalidad abusiva, de acuerdo a sus propios criterios, huérfanos de confrontaciones. El interés superior del niño es un principio que debe aplicarse en cada caso y para cada niño, a fin de efectivizar sus

⁶⁴ Ricardo Pérez Manrique, *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia*, (Quito: V&M Gráficas, 2010), 579.

⁶⁵ Bujosa Vadell, *Proceso Penal Europeo y Enjuiciamiento de Menores*, 21-22.

⁶⁶ Ver procesos en el Sistema SATJE, Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, Ecuador: Causas No. 18202-2014-3860; y 18202-2014-11301.

derechos, valorando para ello las circunstancias particulares, a saber, la edad, relaciones familiares, entorno, entre otros, a fin de decidir, aún contra los derechos de otro, (por ejemplo el derecho de los padres) .

No obstante, esa decisión judicial no se agota en la sola enunciación del principio, ni puede tomarse como bandera de arbitrariedad, sino que a ella debe preceder un itinerario reflexivo, consecuencia lógica de la valoración de toda la prueba aportada al proceso, luego de lo cual se arribará a una decisión razonada de lo que es mejor para el niño, ahora y a futuro.

Por tanto, aquellas decisiones en las que únicamente se menciona el Principio del Interés Superior del Niño como frase “cliché” o “plantilla”, sin sustento, no resuelven un problema, sino que lo agravan, por cuanto al constituir un vicio procesal que afecta el deber de motivación de resoluciones judiciales, acarrea la nulidad del fallo. En ese sentido, corresponde a los operadores de justicia garantizar el respeto y observancia del Principio del Debido Proceso, de tal forma que los derechos que lo conforman: defensa, producir prueba y que esta sea debidamente valorada, obtener una sentencia motivada y fundada en derecho, doble instancia, igualdad procesal, etc., sean plenamente ejercidos por las partes. ⁶⁷

Si bien la jurisprudencia extranjera y aun la nuestra, plantean que en atención a las facultades tuitivas que tienen los jueces de familia, éstos pueden flexibilizar principios y normas procesales, por ejemplo las diligencias para mejor resolver, la citada preclusión, congruencia, acumulación de pretensiones, siempre deberá ser en atención al caso en concreto y si las circunstancias así lo determinan, es decir si está en grave peligro alguno de los derechos del niño, o si ese derecho pende de la decisión; pero esta flexibilización, no es ni mucho menos, el desconocimiento de la existencia del debido proceso, garantía inmanente a todo juicio, que permite a las personas saber que existen reglas mínimas de juego a las cuales las partes están sujetas, y por ello saben qué esperar y cómo actuar.

No puede, ni debe el interés superior del niño, ser el argumento para solapar la incuria de los abogados, ni la negligencia de otros funcionarios, ni la arbitrariedad de los sujetos procesales, si bien los procesos de niñez son problemas humanos y merecen especial atención, la flexibilidad que permite el deber de tución, no puede rebasar la imparcialidad a la que el juez está obligado, he ahí la complejidad al resolver en atención al interés superior del niño; pues el juez debe mantener una prudencia extrema en sus valoraciones, a fin de llegar al justo equilibrio.

⁶⁷ María Isabel Sokolich Alva, *La Aplicación del Principio del Interés Superior del niño por el Sistema Judicial Peruano*, (Lima: Universidad San Martín de Porres, s.f.)

[...]la reflexión alude a decisiones jurisdiccionales que sin mayor justificación y con la sola invocación del Principio del Interés Superior del Niño “resuelven” la litis, vulnerándose de esta forma la seguridad jurídica y la tutela procesal efectiva; la seguridad jurídica “(...) es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad (...)”⁶⁸.

Esta afirmación me resulta muy familiar, pues he observado gran cantidad de procesos en los que se cita al interés superior del niño, sin que exista un análisis del caso en concreto, sin darle contenido a la frase, lo que viola el principio a la seguridad jurídica, porque sobre la base de una misma afirmación, no se pueden obtener resultados diferentes, deben existir normas dotadas de conceptos claros y determinados.

El Comité de los Derechos del Niño entiende que la determinación del interés superior del niño:

“se entiende por el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior”; para ello se requiere un conjunto de salvaguardias procesales, que requiere “procesos oficiales, con garantías procesales estrictas concebidas para evaluar y determinar el Interés Superior del Niño”. El Comité recomienda observar ocho salvaguardias específicas: asegurar que el niño exprese su propia opinión; determinación de los hechos mediante profesionales capacitados; considerar la particular percepción del tiempo que tienen los niños; asegurar la participación de profesionales cualificados; contar con representación letrada; particulares exigencias de motivación de las decisiones (argumentación jurídica); contar con mecanismos para examinar o revisar las decisiones; y, evaluación permanente del impacto de la medida, tomando como referencia los derechos”⁶⁹

Es decir, que para aplicar el interés superior del niño, deben existir pautas previas e itinerarios claros que impliquen, el análisis del caso en concreto, contando con la participación del niño en la construcción de su interés superior.

Existen dos formas básicas para aplicar normas: la ponderación y la subsunción. Las reglas se aplican mediante la subsunción, al paso que la ponderación es la manera de aplicar los principios. Es por ello que la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional (...).La ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan “*que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales*”

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ Simón Campaña, *Interés superior del menor*, 131-133.

existentes”.² Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos.⁷⁰

Es prudente aseverar que, en ausencia de los obligados a la satisfacción de los derechos de los niños, el Estado les releva por obligación constitucional; y si un niño nacido o no nato, carece de recursos para su supervivencia, el Estado no delegará esta obligación a otros; no se puede atropellar el derecho a la defensa de una persona, para endilgarle una obligación, cuando su responsabilidad no se encuentra debidamente sustentada a través de la prueba (si no se puede determinar quién es el padre, madre o familiar del niño, el Estado es el llamado a la protección de los derechos de aquel).

Pero, aunque a veces el interés superior del niño y el debido proceso pueden aparecer como principios en colisión, en mi experiencia, por lo contrario, más bien se complementan pues, parte del debido proceso es el respeto a las formas, los tiempos de resolución, el escuchar al niño involucrado en el litigio (una escucha objetiva, atenta y respetuosa), y la adecuada motivación de las resoluciones, entre otros elementos, los cuales, en procesos de niñez y adolescencia merecen especial atención; el principio de celeridad es uno de ellos, habida cuenta que la percepción temporal de los niños es diversa a la de una adulto, para un niño el tiempo puede pasar mucho más lento; por lo que las decisiones deben ser lo más inmediatas posible; y con todo esto obviamente garantizamos el interés superior del niño.

⁷⁰ Carlos Bernal Pulido, *Estructura y Límites de la Ponderación*, (Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005).

Capítulo Dos

Percepciones sobre la aplicación del principio del interés superior del niño en las resoluciones tomadas por los jueces de la niñez y adolescencia de la ciudad de Ambato.

1. Planteamiento del Problema y Metodología

Este trabajo tuvo como finalidad, conocer cómo aplican los jueces de la Familia, Niñez y Adolescencia de Ambato el principio del interés superior del niño, cuándo lo aplican y si lo motivan suficientemente; es una investigación de tipo teórico-exploratorio; teórico, porque parte del análisis del concepto del interés superior del niño, de su origen, ubicación en el sistema jurídico, alcance nacional e internacional; y, exploratorio, porque contiene una investigación de campo, consistente en la elaboración de encuestas a los abogados y jueces del área de Familia, Niñez y Adolescencia de Ambato, sobre la aplicación del interés superior del niño en las resoluciones. Investigación que se hizo a través de la recolección de datos en forma directa, a través de un cuestionario efectuado a un grupo predeterminado de profesionales del derecho; todos los jueces en el área de familia; y abogados en libre ejercicio, a través de un muestreo tomado de entre todos aquellos inscritos en el Foro de abogados de Tungurahua, a quienes se les cuestionó sobre la percepción que éstos tienen, respecto de la aplicación del interés superior del niño en las resoluciones judiciales.

Conviene destacar el aporte de la Convención de los Derechos del Niño en la evolución del concepto y en el cambio de paradigma que propone al niño como sujeto de derechos y no como objeto de protección paternalista adulto centrista, que ha pasado de la condición de situación irregular a la doctrina de protección integral. Es, sin embargo, un problema la determinación conceptual del principio, que, vago e impreciso, puede prestarse para excesos interpretativos, que transgredan otros principios. Uno de ellos, y que tal el que más se ha visto afectado por la abusiva discrecionalidad en la aplicación del interés superior del niño, sea el debido proceso, que merced a un mal entendido principio de prioridad absoluta, ha sido indolentemente atropellado, por quienes aplican o deben aplicar el interés superior

del niño, sin que haya mediado un análisis fáctico profundo, que justifique su sacrificio en pro de la justicia.

2. Procedimientos

2.1. Variables del estudio

Las macro-variables que se han utilizado en el estudio son las siguientes:

- Concepciones y conocimientos sobre el interés superior del niño;
- Aplicación del interés superior del niño.
- Formas de motivar una resolución judicial en atención al interés superior del niño.
- Conocimientos especializados en la materia de niñez y adolescencia.
- Formas de reducir la discrecionalidad en la aplicación del interés superior del niño.

2.2. Objetivos del estudio

Analizar el conocimiento, las percepciones y la aplicación del principio del interés superior del niño por parte de los jueces de niñez y adolescencia en la ciudad de Ambato y de los abogados en libre ejercicio inscritos en el Foro de Abogados del Tungurahua.

2.3. Universo de estudio y marco muestral

El universo de estudio de la presente investigación se conformó, por un lado con todos los jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia de primer y segundo nivel (jueces de primera instancia y jueces de la Sala de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia) de la ciudad de Ambato, en total 14; y por otro, con todos los abogados en libre ejercicio inscritos en el foro de abogados de Tungurahua, hasta el 12 de noviembre de 2015.

2.4. Selección muestral

Por el elevado número de abogados en libre ejercicio inscritos en el foro de Abogados del Tungurahua fue necesario realizar la investigación mediante una muestra. Una vez determinada la muestra se levantaron encuestas entre los abogados que acuden a las dependencias judiciales en la ciudad de Ambato, específicamente a

las ventanillas de atención de la Unidad Judicial de Ambato, ubicada en las calles Cervantes y Antonio Clavijo.

2.4.1. Error muestral y nivel de confiabilidad.

Para la determinación del tamaño muestral se prefijó un coeficiente de confiabilidad del 95% y un error máximo global del 5 %.

2.4.2. Número de profesionales

El tamaño de la muestra de estudio, en el caso de los abogados en libre ejercicio profesional fue de DOS MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO⁷¹, que corresponde a todos los abogados inscritos en foro de abogados de Tungurahua. En el caso de los jueces, se hizo con el 100% de los mismos por ser únicamente 14 jueces.

Para determinar el tamaño de la muestra, se utilizó la fórmula de un muestreo aleatorio simple:

$$n_1 = \frac{z_{\alpha}^2 \cdot N \cdot p \cdot (1 - p)}{(N - 1)e^2 + z_{\alpha}^2 \cdot p \cdot (1 - p)}$$

Donde:

n_1 = tamaño de la muestra

N = tamaño de la población

p = nivel de homogeneidad de la población

e = margen de error

z_{α} = valor del nivel de confianza para la distribución normal.

2.5. Selección de la muestra y sus características.

2.5.1. Encuesta abogados

El resultado de la aplicación de la fórmula fue una muestra de 146 abogados. Cuando se levantó las encuestas se constató que 65% fueron hombres y 35% mujeres.

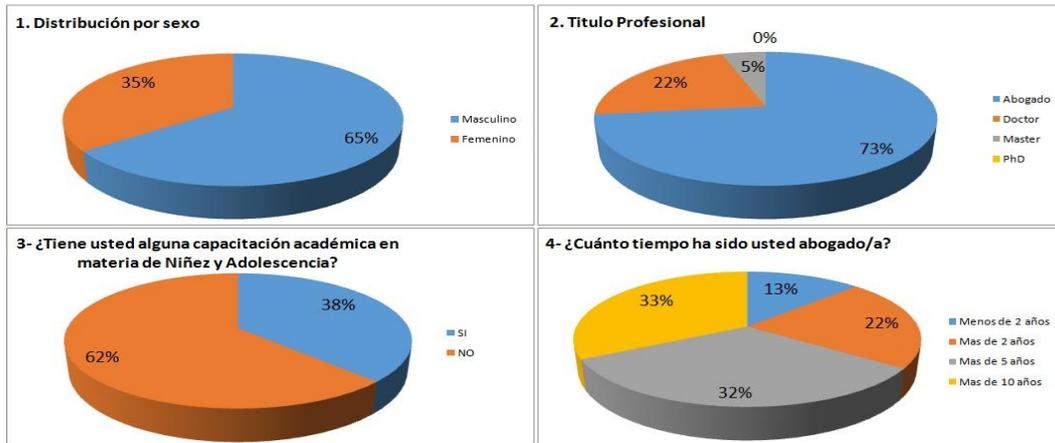
La población que intervino en el presente estudio, en el caso de los abogados en libre ejercicio profesional, está compuesta de 73% abogados, 22% doctores (que en el Ecuador es un título de tercer nivel); y un 5% poseen maestría. El 62 % de los entrevistados no tiene ninguna capacitación académica en niñez y adolescencia; mientras el 38% si lo tiene.

El 33% de los abogados encuestados tiene más de diez años de ser abogado, el 32% más de 5 años, el 22% más de 2 años; y el 13 % menos de dos años. De este

⁷¹ Foro de Abogados de Tungurahua, Consejo de la Judicatura.

conglomerado el 100 % ha tramitado causas sobre familia, niñez y adolescencia, entre ellos, alimentos, patria potestad, adopciones, adolescentes infractores, etc.

Gráfico 1: Características generales de encuesta a abogados



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Auto

2.5.2. Encuesta jueces

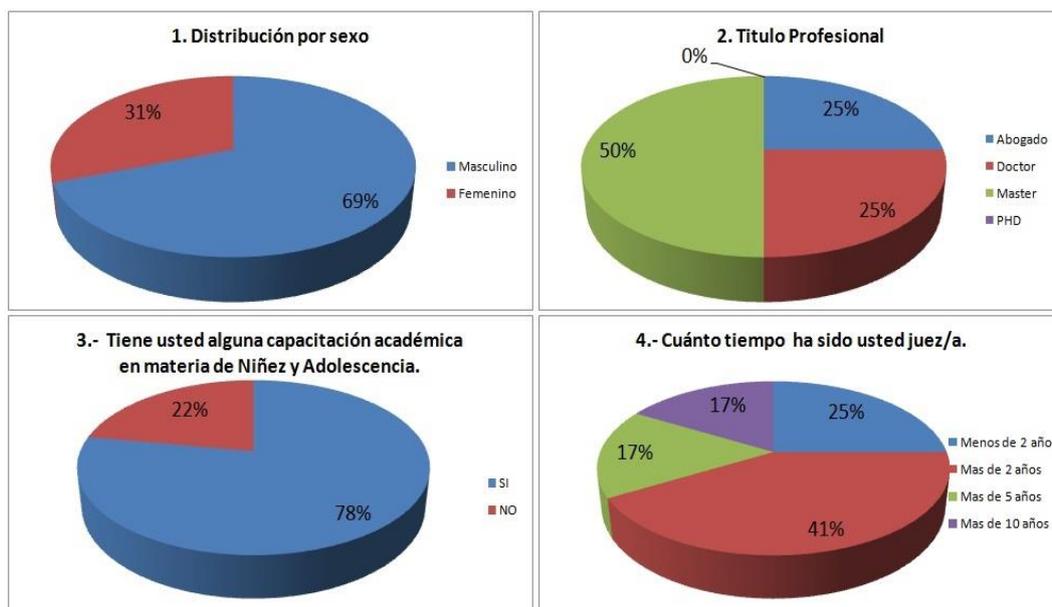
La encuesta se realizó a todos los 14 jueces del área de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Ambato, los cuales 10 fueron hombres y 4 mujeres.

La población que intervino en el presente estudio, en el caso de los jueces, está compuesta de 50% máster, 25% doctores (título de tercer nivel); y un 25% son abogados.

El 78 % de los entrevistados tiene alguna capacitación académica en niñez y adolescencia; mientras el 22% no lo tiene.

El 41% de los encuestados llevan más de dos años como jueces; el 25% menos de dos años; el 17 % han sido jueces por más de cinco años y el otro 17% son jueces por más de 10 años.

Gráfico 2: Características generales de encuesta a jueces



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

3. Recolección de datos

3.1. Tipo de estudio

El presente es un estudio exploratorio, cuantitativo y descriptivo. De acuerdo con el tiempo de ocurrencia de los hechos es un estudio retrospectivo; y, en función de la secuencia del estudio, es un estudio transversal.

3.2. Técnicas de investigación

A fin de obtener la información necesaria se utilizó la técnica de encuesta, a través de un cuestionario de preguntas en su mayoría cerradas, sencillas, accesibles, teniendo en cuenta el nivel académico general de los profesionales del derecho, tanto jueces, como abogados en libre ejercicio.

Las encuestas constan de 20 preguntas para los abogados y 17 preguntas para los jueces, en su mayoría cerradas y de opción múltiple, y una abierta.

En el encabezado del formulario se indicó, además, los fines exclusivamente académicos de la investigación.

3.3. Capacitación a la encuestadora

Escogí a una estudiante de derecho para la realización de las encuestas, a quien previamente expliqué cada una de las preguntas y el objetivo de la

investigación, a fin de que pueda explicar, de ser el caso, a los encuestados el contexto de las preguntas y el fin de la investigación, para facilitarles la comprensión del mismo y puedan consignar las respuestas.

3.4. Validación del instrumento

Se validó el formulario con varios profesionales abogados quienes junto con el director del trabajo de investigación aportaron observaciones que contribuyeron a obtener un cuestionario final que se utilizó en este trabajo.

El tiempo aproximado para la aplicación de las encuestas fue de 10 minutos, hubo buena predisposición de los encuestados para contestar el cuestionario y no se detectaron dificultades para responder las preguntas, salvo la pregunta abierta, que algunos no respondieron.

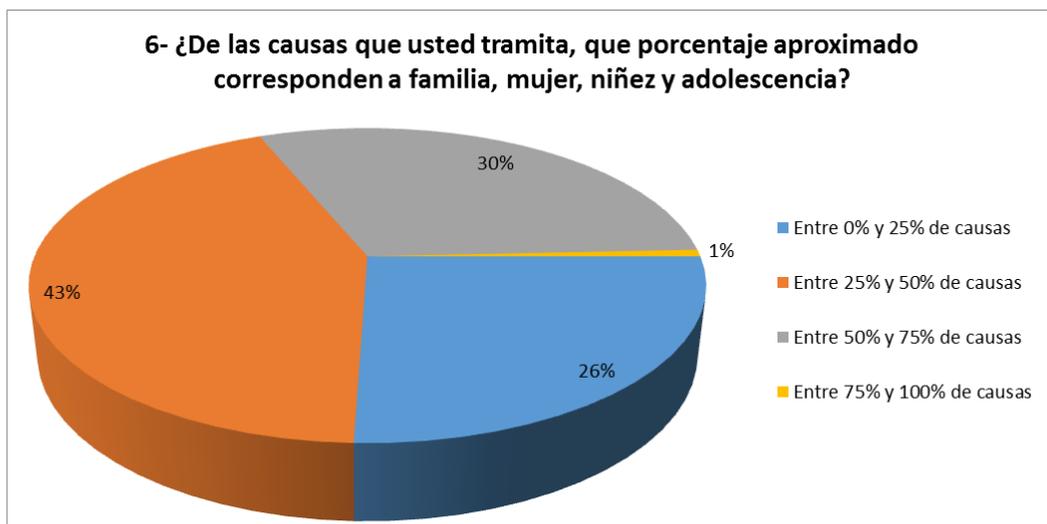
3.5. Trabajo de campo

Para la aplicación de las encuestas, se entregó a cada participante el cuestionario, en el caso de dudas sobre las preguntas planteadas, la encuestadora se acercaba para resolverlas. Se concluía el trabajo agradeciendo la participación de los encuestados; esto en lo referente a los abogados en libre ejercicio profesional; y en cuanto a los jueces y por el nuevo modelo de gestión, que impide el acceso de personas que no laboren en las dependencias, lo hice de manera directa, entregándoles personalmente los cuestionarios.

4. Resultados

4.1. Encuesta abogados

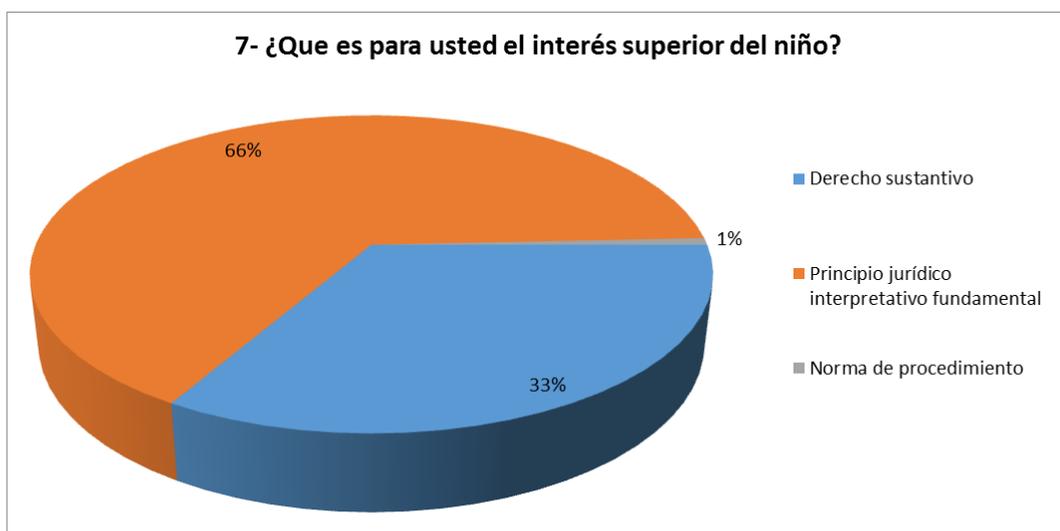
Gráfico 3: Pregunta 6 de encuesta a abogados



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

Este cuadro evidencia, que la mitad de los juicios que tramitan los abogados en libre ejercicio, se refieren a materias de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, (50%)

Gráfico 4: Pregunta 7 de encuesta a abogados



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

Cuando se les interrogó sobre lo que consideraban que es el interés superior del niño, el 85% respondió que era un principio jurídico interpretativo, el 33% que es derecho sustantivo y el 1% norma de procedimiento.

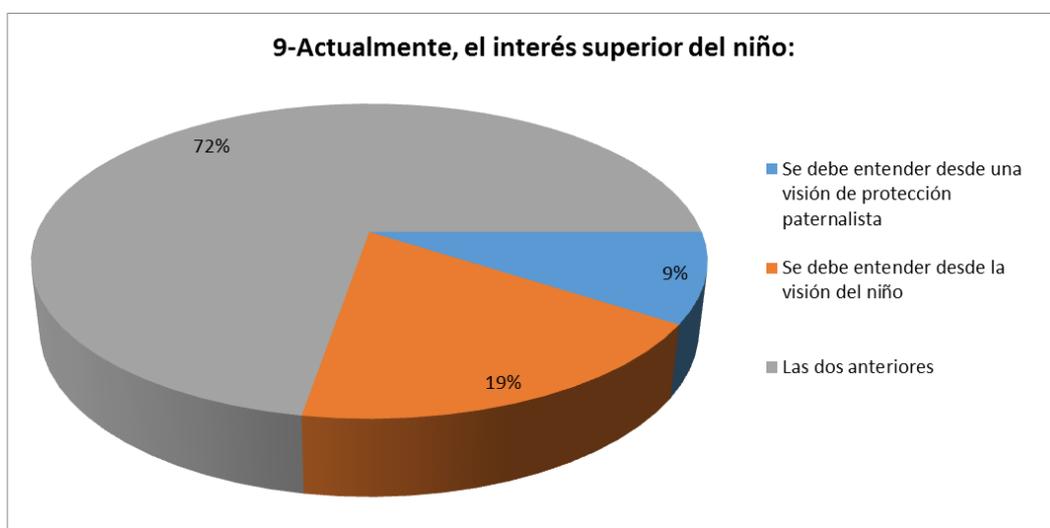
Gráfico 5: Pregunta 8 de encuesta a abogados



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

Sobre la determinación o indeterminación del principio, el 85% considera que es un concepto determinado y solo el 15% plantea su indeterminación.

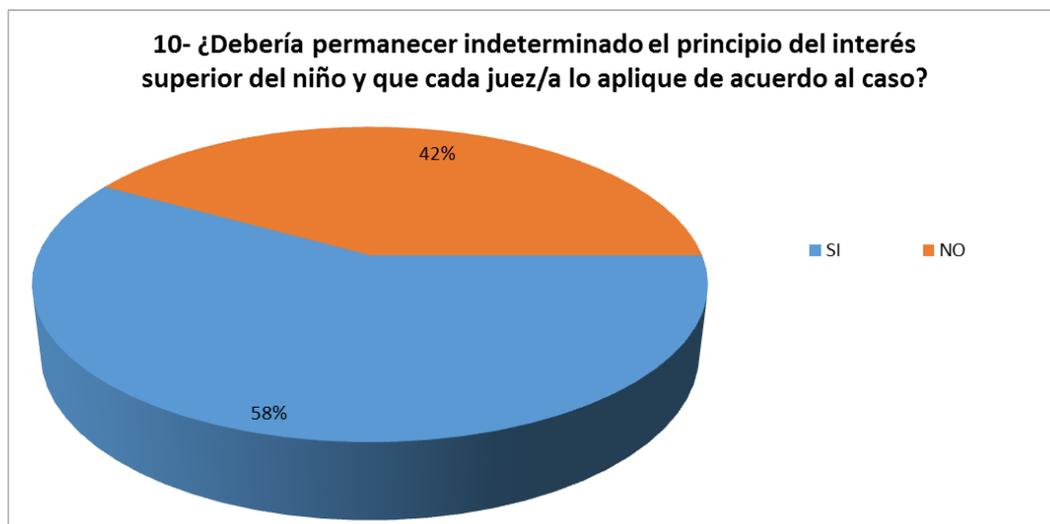
Gráfico 6: Pregunta 9 de encuesta a abogados



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

El 72% considera que el interés superior del niño debe entenderse desde una visión de protección paternalista; solamente el 19 % señalan que debe entenderse desde la visión de los niños; y el 9% indica que de las dos maneras.

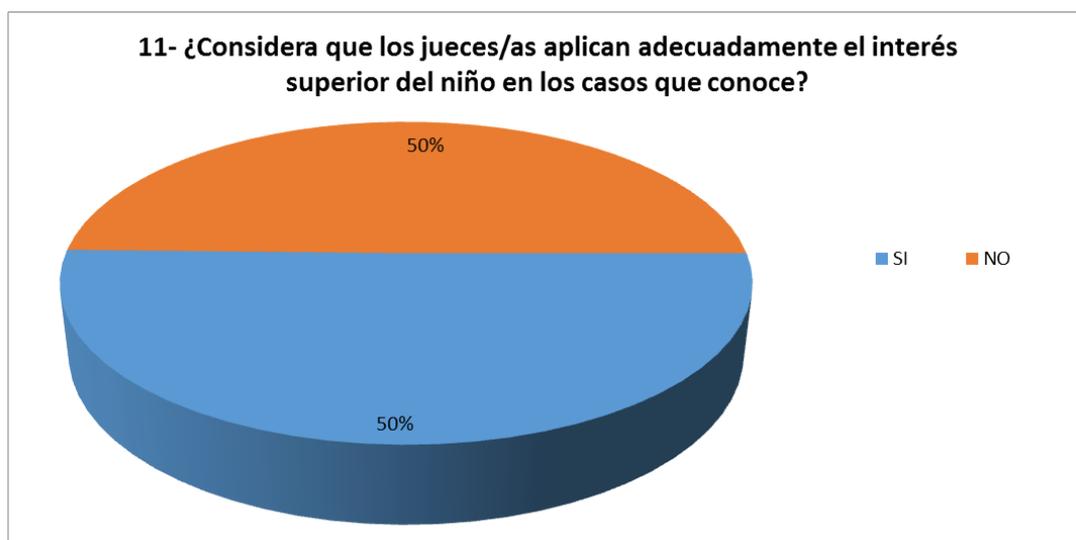
Gráfico 7: Pregunta 10 de encuesta a abogados



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

La mayor parte de los encuestados respondieron que debería permanecer indeterminado el concepto del interés superior del niño (58%), a fin de que se pueda aplicar por cada juez de acuerdo al caso; y el 42% señalaron que no debe ser indeterminado.

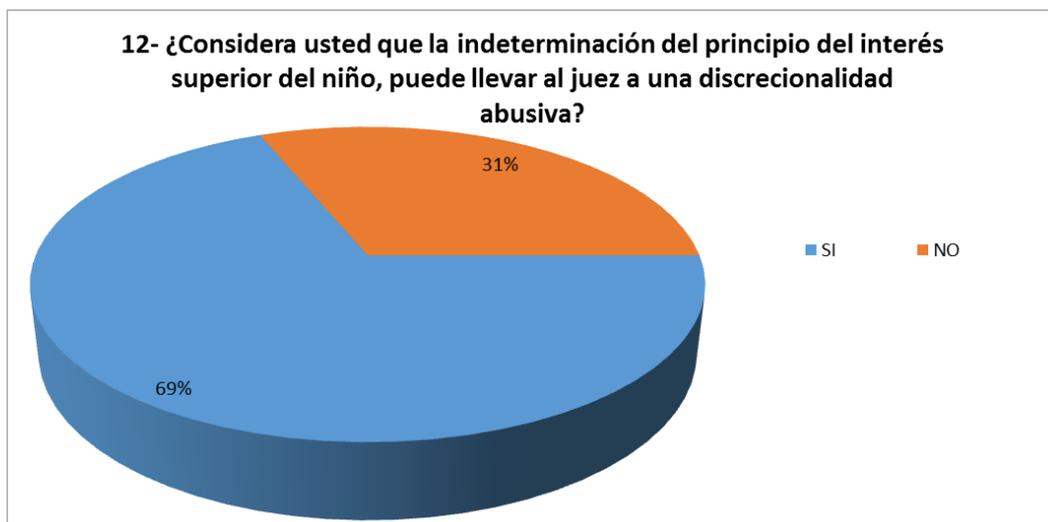
Gráfico 8: Pregunta 11 de encuesta a abogados



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

Las respuestas a esta pregunta fueron divididas, pues el 50% percibe que los jueces aplican adecuadamente el interés superior del niño; y el otro 50% consideran que no lo aplican bien.

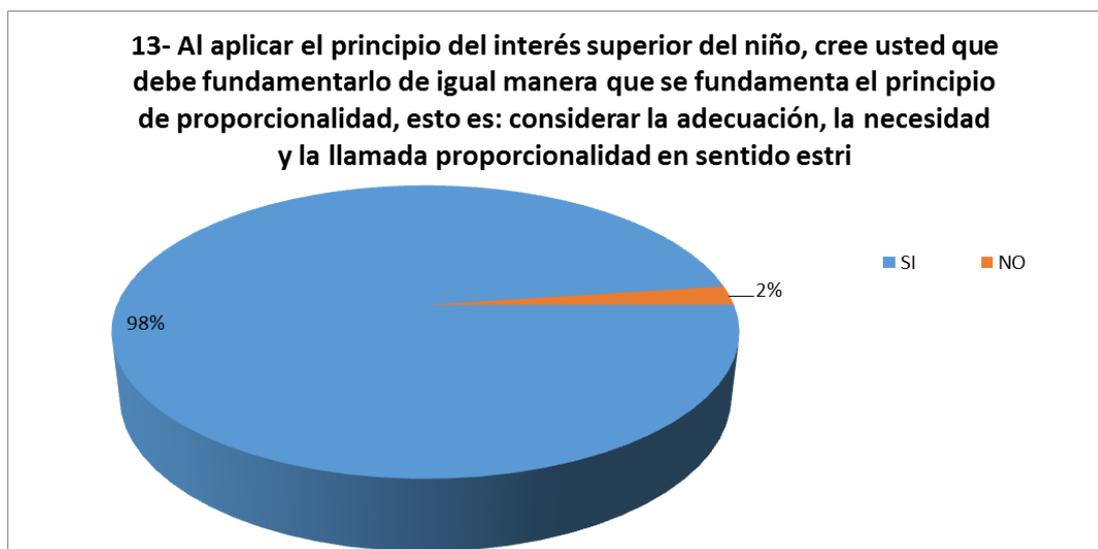
Gráfico 9: Pregunta 12 de encuesta a abogados



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

El 69% de los encuestados coincidieron en que, la indeterminación del principio del interés superior del niño, puede llevar a una abusiva discrecionalidad de su aplicación por los jueces; y, el 31% dio una respuesta negativa; es decir que ese 31% cree que la indeterminación es beneficiosa.

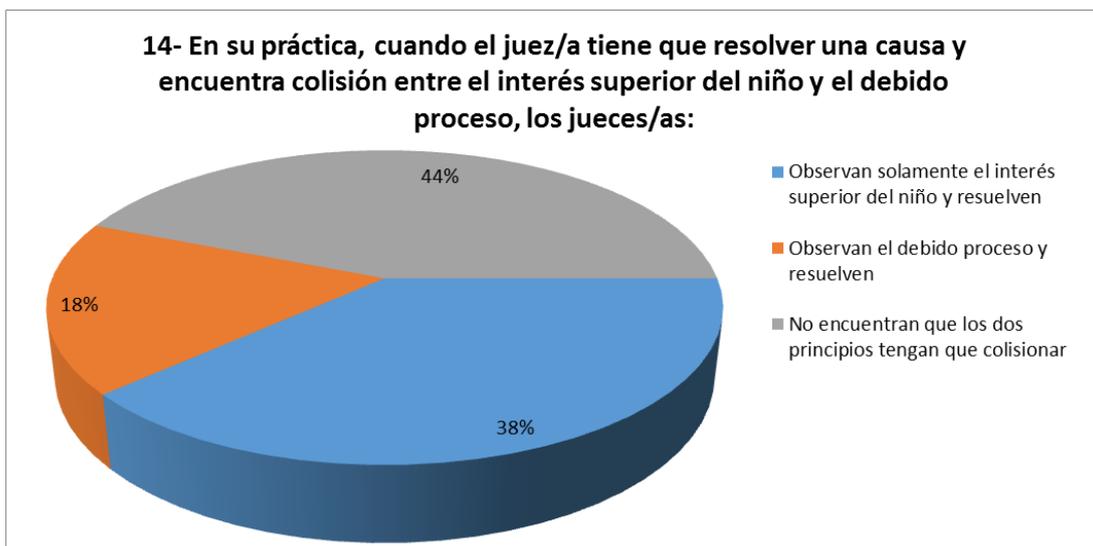
Gráfico 10: Pregunta 13 de encuesta a abogados



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

El 98% de los encuestados, señalaron que el principio del interés superior del niño debe fundamentarse al igual que el principio de proporcionalidad; es decir que, debe considerarse la adecuación, necesidad y la llamada proporcionalidad en sentido estricto; solo un 2% indicaron lo contrario.

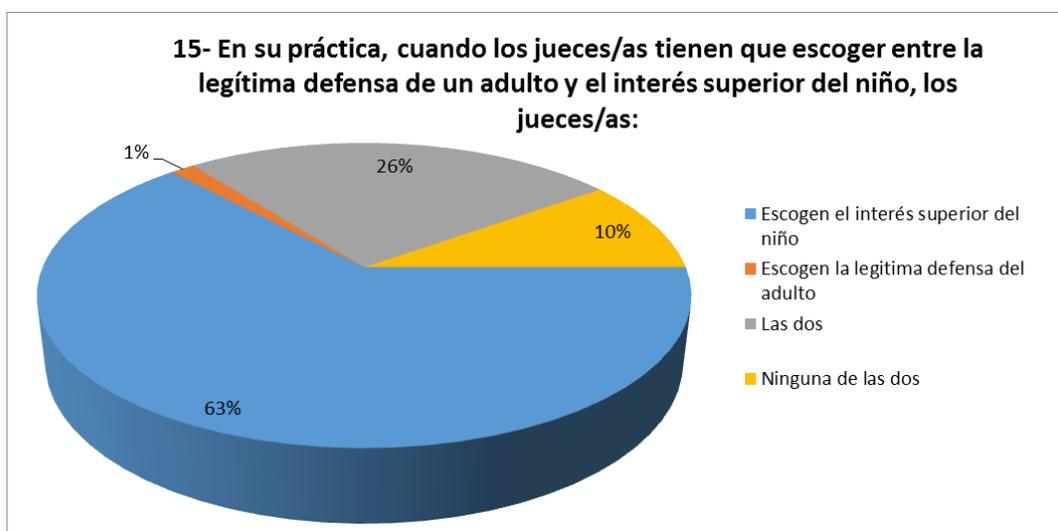
Gráfico 11: Pregunta 14 de encuesta a abogados



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

Esta pregunta interroga sobre lo que el encuestado, en su experiencia profesional ha percibido respecto a las resoluciones, que en las causas por ellos tramitadas han decidido los jueces de la niñez y adolescencia, cuando han encontrado colisión entre los principios del interés superior del niño y el debido proceso. El 44% opina que los dos principios no tienen por qué colisionar; el 38 % considera que cuando los jueces encuentran que los dos principios colisionan, observan únicamente el interés superior del niño, es decir lo priorizan sobre el debido proceso; y el 18% cree que resuelven atendiendo al debido proceso, es decir que, lo priorizan respecto al interés superior del niño.

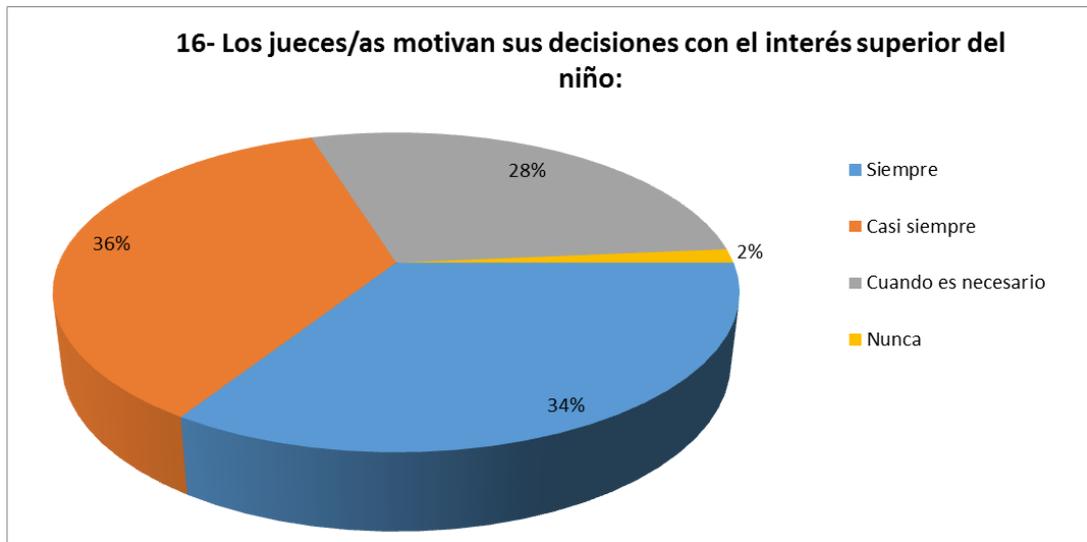
Gráfico 12: Pregunta 15 de encuesta a abogados



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

Esta pregunta es más específica que la anterior, en tanto, consulta a los encuestados si han experimentado las decisiones de los jueces, cuando éstos tienen que escoger entre la legítima defensa de un adulto y el interés superior del niño, qué es lo que han priorizado, (se la hizo, porque de acuerdo a la experiencia de la investigadora, han existido muchos atropellos a la legítima defensa de los adultos, cuando la otra parte es un niño); y el 63% cree que se priorizó el interés superior del niño; el 26% cree que ha existido un equilibrio; el 10% cree que el juez no se ha inclinado por ninguno de ellos; y, solo el 1% ha considerado que se ha decantado por la legítima defensa del adulto.

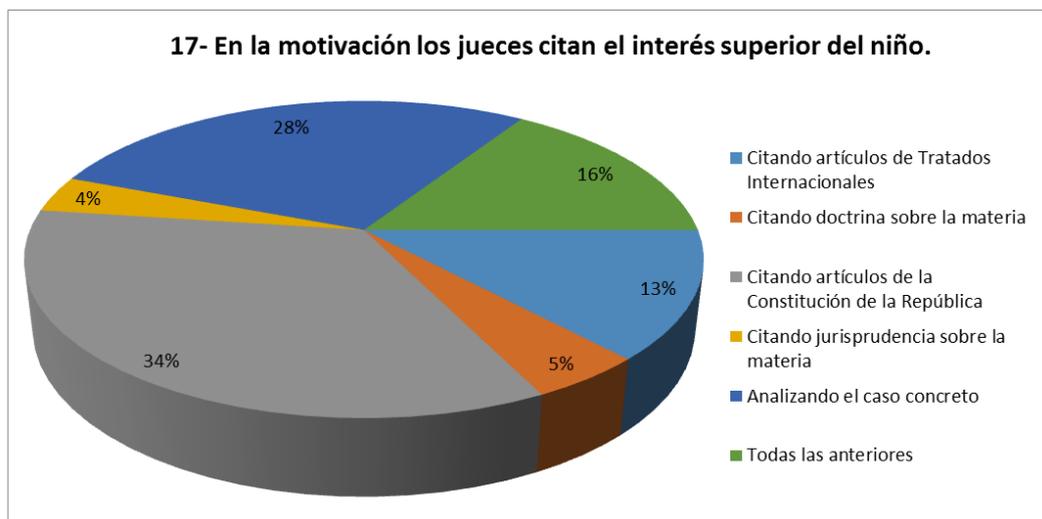
Gráfico 13: Pregunta 16 de encuesta a abogados



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

Sobre la motivación de las resoluciones con el interés superior del niño, los abogados en libre ejercicio creen que en un 36% casi siempre las motivan en ese sentido; el 34% dice que siempre las motivan; el 28% cree que las motivan solo cuando es necesario; y solamente el 2% creen que nunca las motivan.

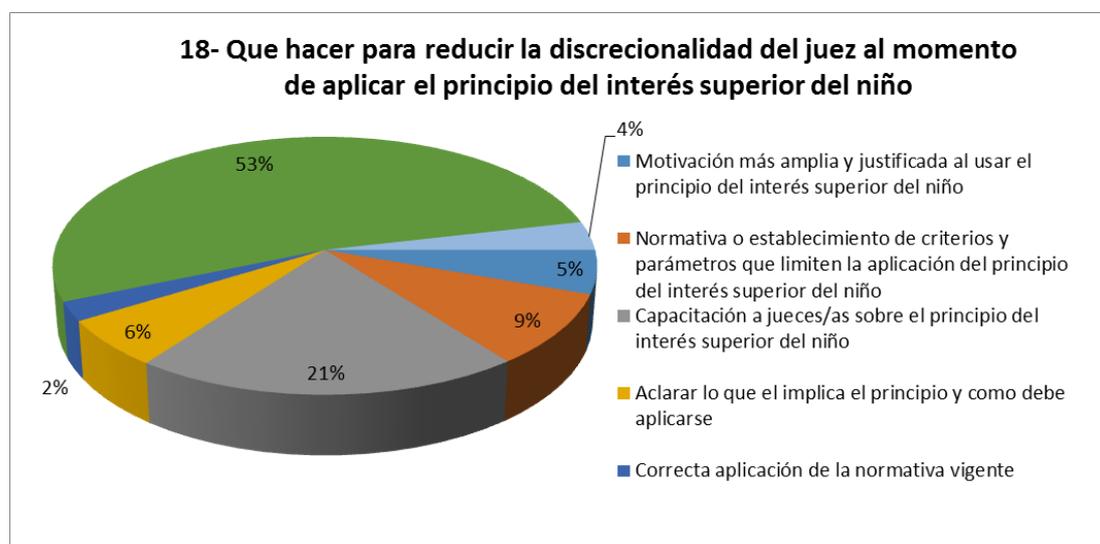
Gráfico 14: Pregunta 17 de encuesta a abogados



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

Sobre la forma de abordaje del interés superior del niño en la argumentación de las resoluciones, se les consultó a los encuestados, la forma en que los jueces lo hacían, el 34% contestó que citaban artículos de la Constitución; el 28% señaló que analizaban el caso en concreto; el 13% dijo que citando artículos de Tratados internacionales; el 5% indicó que los jueces citaban doctrina sobre la materia ; el 4% dijo que citaban jurisprudencia; y el 16% indicó que motivaban con todas las anteriores.

Gráfico 15: Pregunta 18 de encuesta a abogados

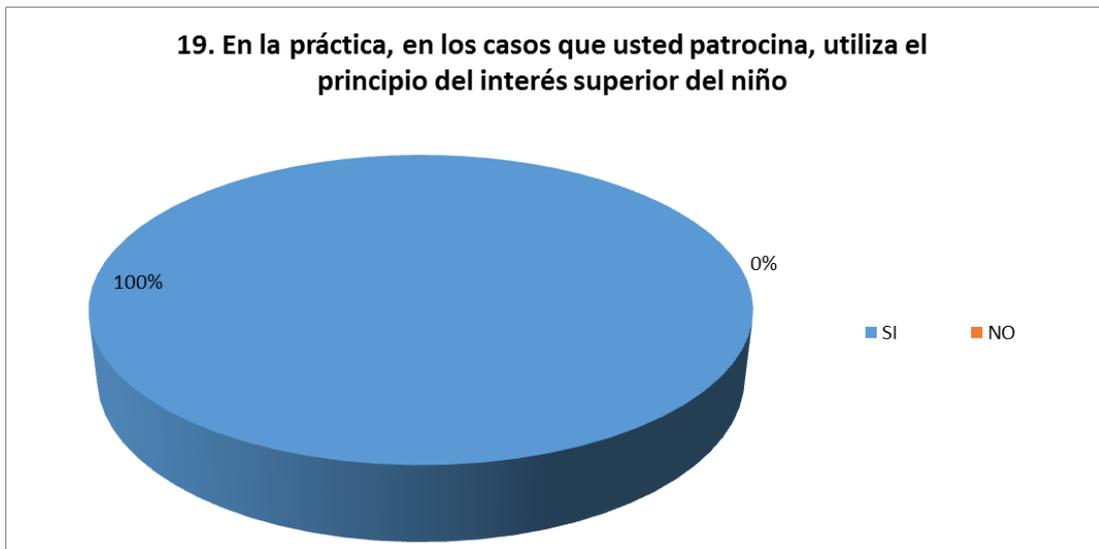


Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

La única pregunta abierta que se hizo a los abogados encuestados fue, la de qué hacer para reducir la discrecionalidad del juez en la aplicación del principio del

interés superior del niño; El 53% no respondió la pregunta, el 21% coincidió en la necesidad de capacitación de los jueces sobre el principio; el 9% señaló la necesidad de que se creen normativas y establecimiento de criterios sobre el tema; el 6% considera que se debe aclarar lo que implica el principio y como debe aplicarse, otro 5% considera necesaria, una motivación más amplia y justificada sobre lo que es el interés superior del niño; un 4% consignó respuestas no relacionadas con el tema; y solo un 2% cree que lo ideal es la correcta aplicación de la normativa existente.

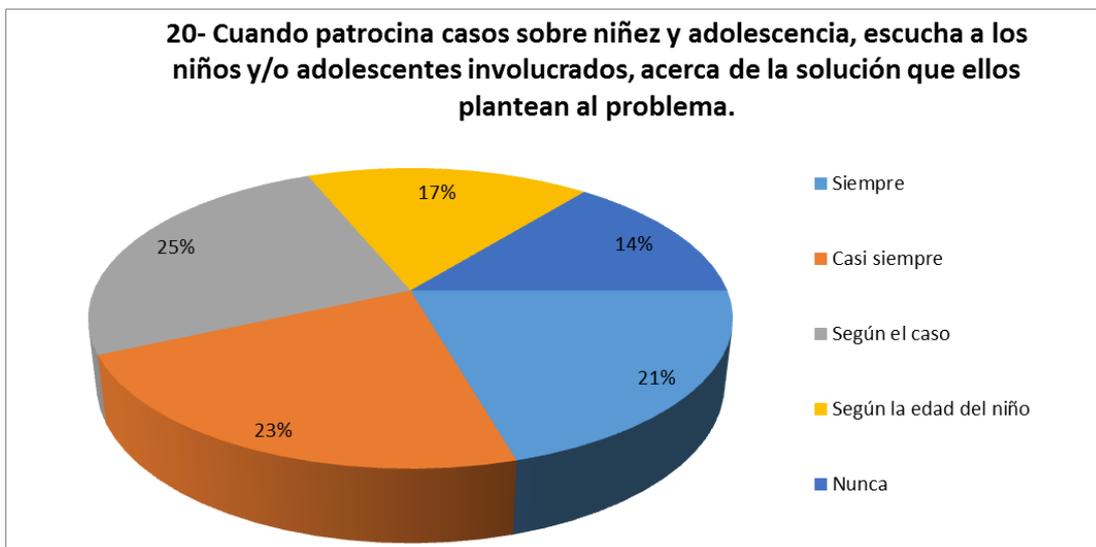
Gráfico 16: Pregunta 19 de encuesta a abogados



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

El 100% de los encuestados, respondió que sí utilizaba el interés superior del niño en los casos que sobre la materia patrocinaba.

Gráfico 17: Pregunta 20 de encuesta a abogados

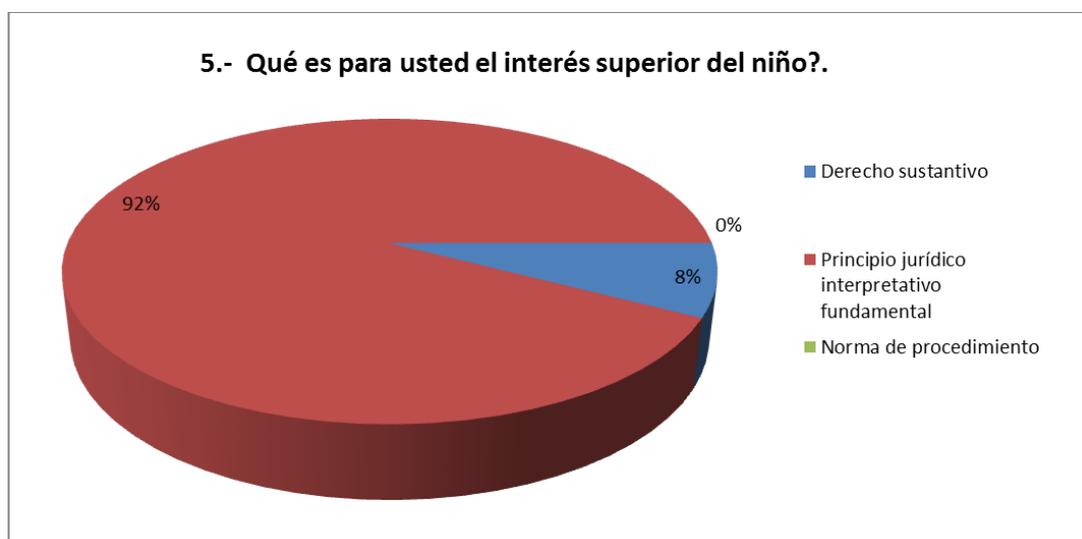


Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

Finalmente, se les preguntó a los encuestados, si en los casos que ellos patrocinan, han escuchado la opinión de los niños sobre la solución que ellos plantean al problema; el 25% dijo que según el caso, el 23% señaló que casi siempre, el 21% dijo que siempre, el 17% dijo que según la edad del niño y solo el 14% dijo que nunca.

4.2. Encuesta jueces

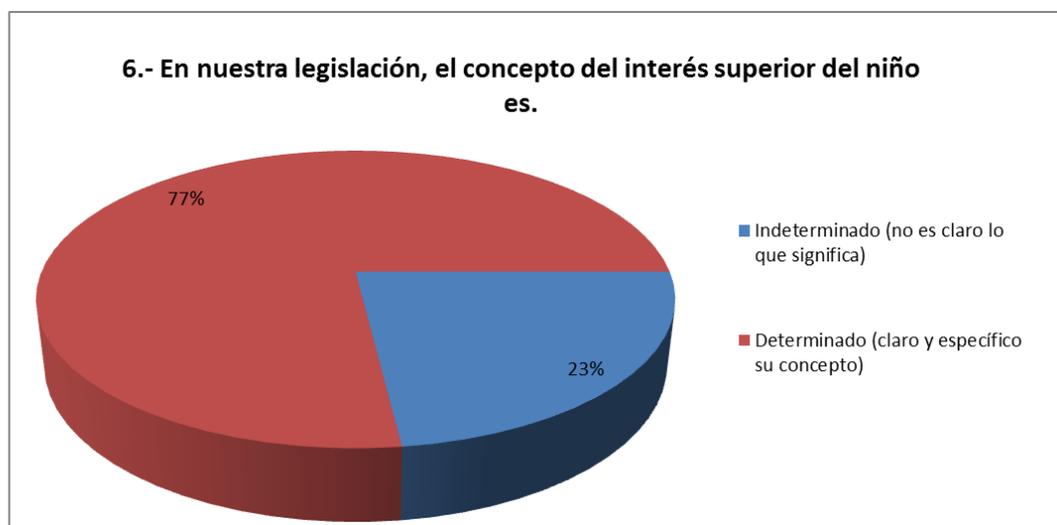
Gráfico 18: Pregunta 5 de encuesta a jueces



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

Al encuestar a los jueces sobre el interés superior del niño, aquellos dijeron en un 92% que era un principio jurídico interpretativo fundamental, y el restante 8% dijeron que era derecho sustantivo.

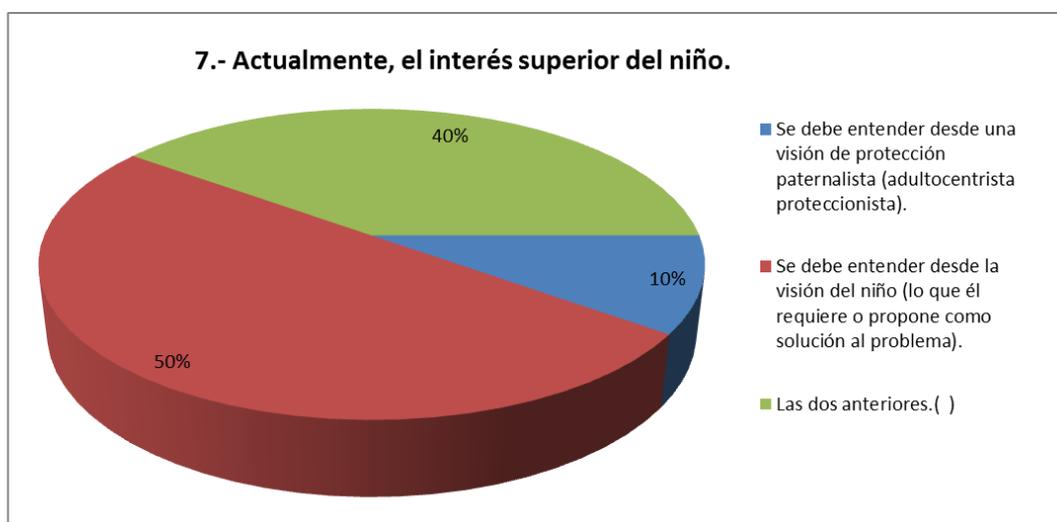
Gráfico 19: Pregunta 6 de encuesta a jueces



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

El 77% señaló que el interés superior del niño es un concepto claro y determinado; y el 23% dijo que era indeterminado, es decir que no está claro lo que significa, es etéreo e inexacto.

Gráfico 20: Pregunta 7 de encuesta a jueces



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

La mitad de los encuestados señalan que el interés superior del niño debe entenderse desde la visión de éste, lo que él quiere o propone como solución al problema. Mientras que el 10% cree que desde una visión paternalista, adulto centrista y proteccionista; y un 40% cree que desde los dos puntos de vista.

Gráfico 21: Pregunta 8 de encuesta a jueces



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

La mayoría de los jueces coinciden en que el interés superior del niño no debe permanecer indeterminado (77%); y el 23% cree que debe continuar indeterminado, para que cada juez lo aplique al caso en concreto, lo que evidencia confusión o desconocimiento, pues esta respuesta es contradictoria a la consignada a la pregunta número seis, en la que dicen que el concepto es determinado.

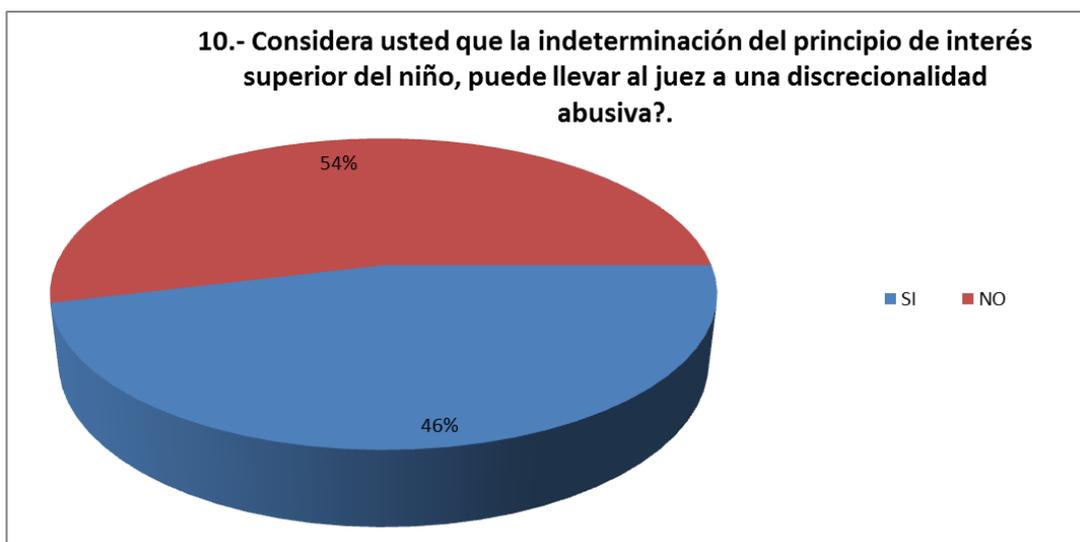
Gráfico 22: Pregunta 9 de encuesta a jueces



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

Esta respuesta revela el grado de complejidad que enfrentan los jueces al aplicar el interés superior del niño, pues el 54% considera que es fácil; y, el otro 46% cree que no.

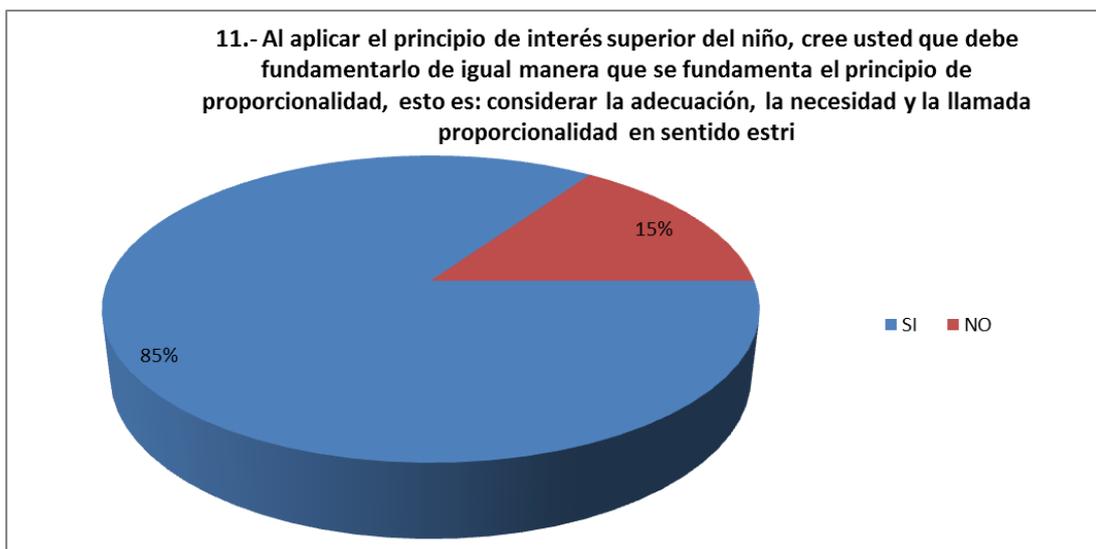
Gráfico 23: Pregunta 10 de encuesta a jueces



Fuente: Investigación de campo
Elaboración: Propia

Los jueces, en un 46% creen que la indeterminación del principio del interés superior del niño puede provocar discrecionalidad abusiva en la aplicación, y el 54% cree que esto no es posible.

Gráfico 24: Pregunta 11 de encuesta a jueces



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

El 85% de los jueces creen necesario en sus resoluciones, fundamentar el interés superior del niño, como se fundamenta el principio de proporcionalidad; es decir, considerando su adecuación, necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto; solamente un 15% no lo ve necesario.

Gráfico 25: Pregunta 12 de encuesta a jueces

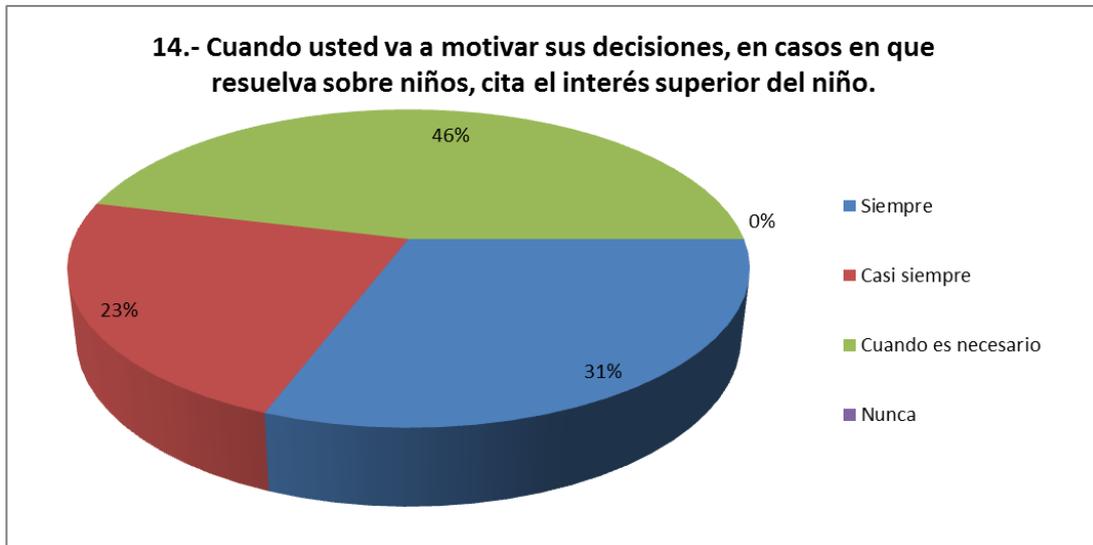


Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

Los jueces en su mayoría (67%) no encuentran que los principios del interés superior del niño y el debido proceso puedan colisionar; mientras el 25%, cuando encuentra colisión entre ellos, se decantan por el debido proceso; y solamente el 8%,

observa el interés superior del niño y le da prioridad sobre el debido proceso; decisiones que no obedecen a una adecuada técnica argumentativa y ponderación .

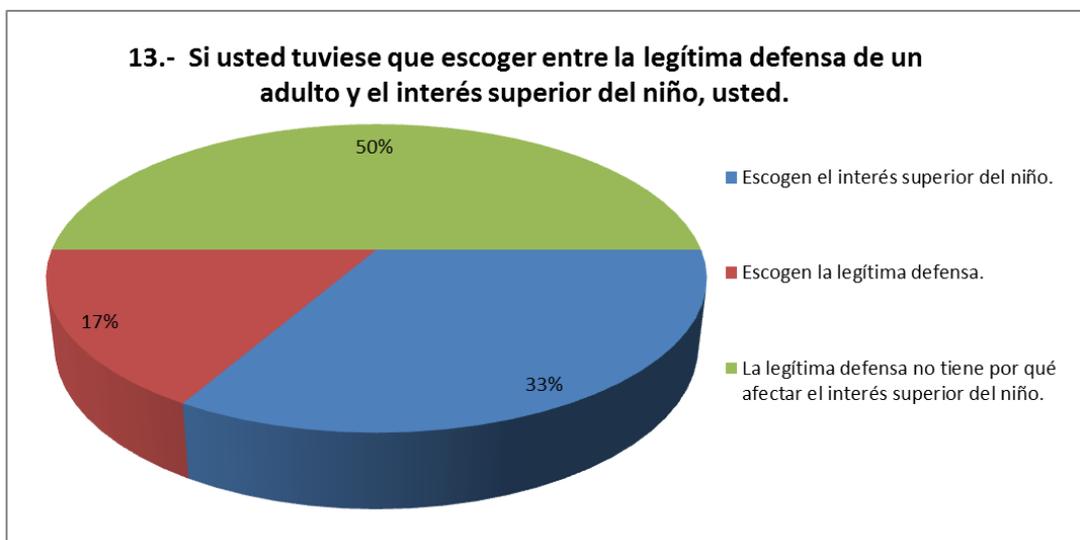
Gráfico 26: Pregunta 14 de encuesta a jueces



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

El 46% de los jueces encuestados, señalaron que cuando resuelven casos sobre niños, solo si es necesario, motivan sus decisiones citando el interés superior del niño; el 31% dice que siempre cita cuando motiva sobre niños al señalado principio; el 23% dice que casi siempre lo hace; la opción de nunca se quedó con el 0%.

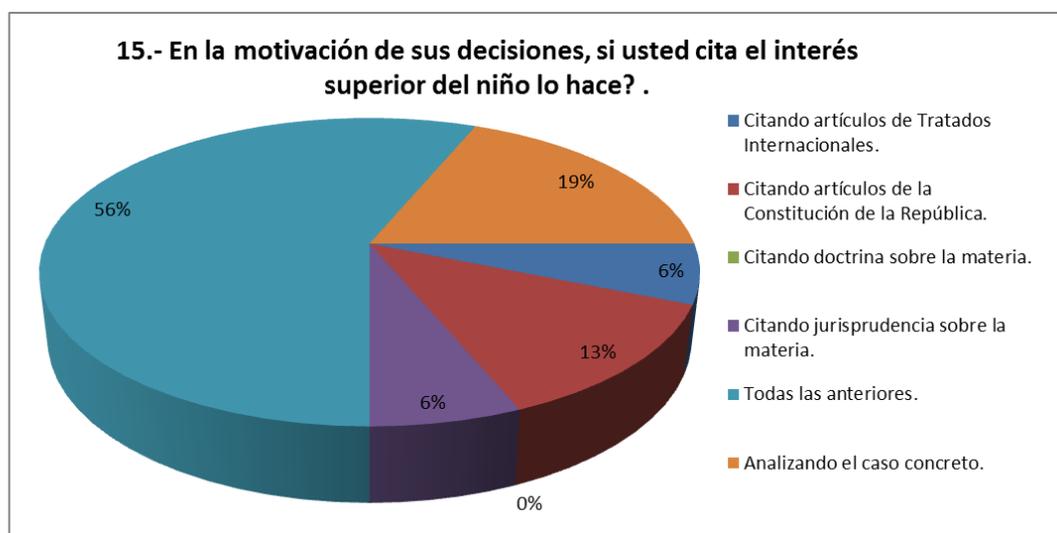
Gráfico 27: Pregunta 13 de encuesta a jueces



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

Cuando se les consultó, si tuviesen que escoger entre la legítima defensa de un adulto y el interés superior del niño, el 50% de los encuestados indicó que la legítima defensa no tiene por qué afectar al interés superior del niño; el 33% dijo que escogería el interés superior del niño; y, el 17% mencionó que escogería la legítima defensa.

Gráfico 28: Pregunta 15 de encuesta a jueces



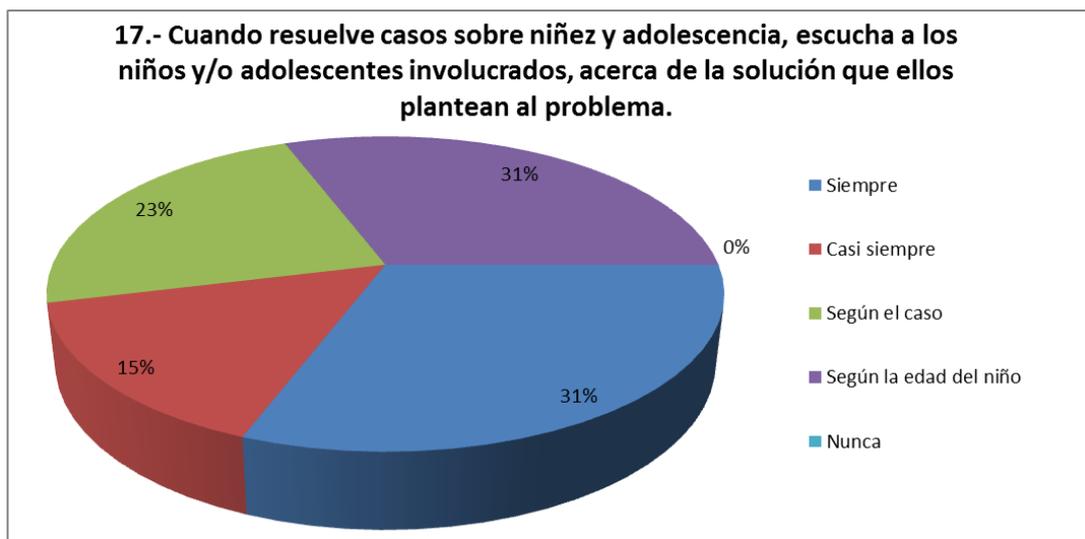
Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

Al preguntarles si citan el interés superior del niño en sus resoluciones, el 19% indicaron que lo hacen analizando el caso concreto; el 13% citando artículos de la Constitución de la República; un 6% dijo que citaba artículos de Tratados Internacionales; otro 6% citando jurisprudencia sobre la materia; y el 56% indicó que lo hace de todas las formas anteriores.

- Se les hizo además a los jueces una pregunta abierta, con la finalidad de que aporten criterios sobre cómo reducir la discrecionalidad de los jueces al momento de aplicar el principio del interés superior del niño, por lo reducido del universo de los encuestados (14) y la variedad de sus respuestas, no se realizó el gráfico correspondiente; y además se incorporaron todas y cada una de ellas:
- Escuchar al niño, niña o adolescente.
- No existe discrecionalidad ya que el juez como garantista aplica la norma en base a su formación académica, formación personal y al caso concreto, este principio faculta al juez ponderar derechos y hacer justicia.

- El Interés superior del niño está sobre todo, por ser ente de atención prioritaria y a mas de que por estar como principio fundamental en la Constitución, como norma madre no podemos ir en contra.
- Considerar que existen otros principios: debido proceso, etc. Tener en cuenta la igualdad de las partes en el proceso.
- Crear directriz de aplicación que considere presupuestos mínimos para su aplicación.
- Hay que aplicarlo según el Art.11 del Código de la Niñez y Adolescencia,
- únicamente tener en cuenta que este principio es de interpretación en favor del niño.
- Jurisprudencia, doctrina, Constitución, Código de la Niñez.
- Caso concreto, de si existen partida de nacimiento del niño en el proceso se toma en cuenta.
- Definir el contenido exacto del principio a través de norma. Generar jurisprudencia vinculante (no solo doctrina jurisprudencial).
- Capacitar al juzgador. Establecer parámetros de aplicación del principio
- La discrecionalidad no es admisible
- En materia de la niñez no debe quedar a discreción del juez.

Gráfico 29: Pregunta 17 de encuesta a jueces



Fuente: Cuestionario Octubre 2015.
Elaboración: Autora

Finalmente, se les consultó a los señores jueces y juezas, si al resolver casos sobre niñez y Adolescencia, escuchan a los niños, ellos respondieron. Un 31% que siempre lo hacían; otro 31% que lo hacían según la edad el niño; el 23% dijo que de acuerdo al tipo de caso le escuchaban; y el 15% dijo que casi siempre lo hacían, nadie se inclinó por la opción nunca.

Conclusiones y Recomendaciones

5. Conclusiones.

El objetivo de esta tesis, era verificar la aplicación del interés superior del niño en los procesos de niñez y adolescencia y las resoluciones de los Jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Ambato, a partir de un análisis conceptual, origen, alcance nacional e internacional, como principio rector, indeterminado, amplio, flexible, inspirador de normas sustantivas y adjetivas, que propende la satisfacción integral de todos los derechos del niño. Investigación que se hizo a través de un seguimiento, por medio de encuestas en las que participaron tanto los jueces de la niñez de Ambato, como los abogados en libre ejercicio profesional, a fin de palpar la realidad, desde los dos puntos de vista, tanto los administradores de justicia, como los administrados, a través de sus abogados patrocinadores o defensores.

Se hizo un estudio previo, que evidenció el concepto del principio como vago e impreciso, que puede prestarse para excesos interpretativos. Otra finalidad de la investigación, constituye el mejoramiento del status actual, en que todavía existen puntos que mejorar, en cuanto a la argumentación de las resoluciones, en la aplicación del principio durante todo el proceso y en la comprensión de su contexto, asumiendo como un reto su indeterminación.

Sobre el resultado de la investigación de campo, cuando se encuestó a los abogados en libre ejercicio, dijeron que la mitad de las causas que tramitaban correspondían al área de familia, mujer, niñez y adolescencia, se evidenció que en su gran mayoría no poseen capacitación específica en el área, sin embargo se puede hablar de que tienen experiencia, en atención al número de causas que tramitan.

La mayor parte de los abogados considera al interés superior del niño como un principio jurídico interpretativo cuyo concepto es determinado; casi todos los jueces, dijeron lo mismo, es decir que es un principio jurídico interpretativo; la mayoría señaló que el concepto del interés superior del niño era claro y determinado; es decir que consideran que está claro lo que significa. Creo que efectivamente el interés superior del niño es un principio jurídico interpretativo; pero es también derecho sustantivo y adjetivo; pues de éste emanan una serie de normas de esa naturaleza; o a la inversa, existen leyes sustantivas y/o procesales que han

servido como fuente de creación del principio; si bien en estricto sentido, es un principio rector, es importante que los jueces le adviertan como principio que inspira normas sustantivas como de derecho adjetivo o procedimental, para que comprendan la presencia permanente del mismo en todo y todos los procesos en que se resuelva sobre los derechos de los niños, grupales como individuales.

Sobre la percepción de los encuestados respecto a la determinación del principio del Interés Superior del Niño ISN, yo no comparto este criterio, e inclusive me atrevo a cuestionar el por qué de su posición; ello, creo que obedece al conocimiento común del Art. 11 y Art. 44 de la Constitución de la República, esto, porque los jueces suelen citarles con frecuencia (por no decir, siempre) en la resoluciones que he leído; así también lo hacen los abogados en sus escritos de petición, empero, de la investigación teórica se logró recabar la posición de la mayor parte de autores sobre su indeterminación, su vaguedad, que requiere de la creación de normas, jurisprudencia y doctrina para aclarar su sentido y alcance.

El estudio arrojó la noticia alarmante del desconocimiento del interés superior del niño entre los abogados que litigan en Ambato; pues sus respuestas sobre si es un concepto determinado o indeterminado; y de si lo uno o lo otro es lo adecuado, sus respuestas fueron contradictorias.

Sobre la indeterminación del principio en estudio, como vemos, existen opiniones divididas, y confusas; unas que lo plantean como un beneficio para que exista libertad del juez en su aplicación; y otras que debería ser determinado el principio.; sobre esto último, a mi entender, revela que al estar el concepto cerrado y delimitado, se impediría al juez ir más allá; probablemente porque se crea que la indeterminación puede llevar a los jueces a una abusiva discrecionalidad; yo considero que, la indeterminación es más positiva que negativa, porque permite mayor holgura en la aplicación dentro de un amplio campo hermenéutico, esto porque cada caso es diferente; pero, coincido con lo que plantea la doctrina, es decir, que no debe excederse hasta la abusiva discrecionalidad.

Estoy de acuerdo con los señores jueces, sobre la complejidad que implica la aplicación del interés superior del niño en las resoluciones, yo le atribuiría esto a su amplitud e indeterminación. Esto se puede superar a través de un camino de reflexión, en que se observe la adecuación, necesidad y proporcionalidad en su aplicación; y de encontrar oposición con otro principio, recurrir a la ponderación, que es el único

método válido para prescindir de un principio, porque todos son jerárquicamente iguales.

Parte importante de mi investigación y una gran interrogante que tenía, era saber qué hacían los jueces cuando se enfrentaban a una colisión de principios como el debido proceso y el interés superior del niño, encontré una opinión dividida entre los abogados, es decir que ellos perciben que los jueces unas veces priorizan al interés superior del niño sobre la legítima defensa y el debido proceso; aunque otros piensan que los jueces no encuentran razón para que éstos colisionen, y unos pocos dijeron que los jueces se decantaban por el debido proceso. Cuando se les interrogó a los jueces sobre este mismo tema, ellos dijeron, en su mayoría, que no encuentran colisión entre los principios del interés superior del niño y el debido proceso. Como vemos, la opinión de los jueces no coincide con la percepción de los abogados en libre ejercicio; es decir que, aunque los administradores de justicia no encuentren colisión entre los principios, casa afuera, una buena parte de los administrados (o sus patrocinadores) advierten que sí existe un “favoritismo” por el interés superior del niño, cuando colisiona con el debido proceso.

Creo que el interés superior del niño y el debido proceso se complementan, no tendrían por qué colisionar; y cuando ello suceda, existe la ponderación de principios para solucionar el problema.

La investigación además arrojó, que, según la percepción de los encuestados, actualmente se motiva más con el interés superior del niño, tanto los petitorios de los abogados, como las resoluciones judiciales. Pero, en mi opinión, esto no es tan cierto, pues he conocido varias causas en que solamente se transcriben dos o tres artículos de la Constitución y se resuelve “en atención al interés superior del niño”, sin que exista conexión entre el hecho fáctico y las normas, y ello es incorrecto; pues estos argumentos se resumen a citas legales, constitucionales, o de tratados internacionales, pero en forma somera.

Se les hizo una pregunta abierta, sobre qué hacer para reducir la discrecionalidad del juez en la aplicación del principio del interés superior del niño?

Las respuestas más relevantes fueron: “Escuchar al niño, niña o adolescente, considerar que existen otros principios: debido proceso, etc. tener en cuenta la igualdad de las partes en el proceso, crear directriz de aplicación que considere presupuestos mínimos para su aplicación, definir el contenido exacto del principio a través de norma, generar jurisprudencia vinculante (no solo doctrina jurisprudencial),

capacitar al juzgador, establecer parámetros de aplicación del principio. Coincido con estas sugerencias hechas por abogados y jueces, que sienten la dificultad de la indeterminación del principio y se orientan a la capacitación y creación de criterios uniformes.

Corresponde a los jueces de la niñez y a los abogados, el desarrollo del interés superior del mismo, el trabajo es arduo, sobre manera, porque decidir o argumentar en base a este interés es de alta complejidad, requiere del agotamiento a detalle del hecho fáctico, el conocimiento de la personalidad del niño a quien la decisión afectará, lo que implica su aporte en la solución; y la adecuación de las normas para la consecución de dicho fin.

Al final de la investigación, ha quedado claro, que no es posible ni a pretexto del interés superior del niño, ni del trato prioritario, el atropello del debido proceso; al menos no en abstracto o indiscriminadamente. Como se ha dicho, todos los principios son jerárquicamente iguales y para prescindir de uno, se tiene que hacer una ponderación en la que se explique la proporcionalidad de aquel perjuicio versus el beneficio que se conseguiría.

El juez no puede ni debe asumir, la indeterminación del principio como un espacio para actuar con discrecionalidad abusiva, de acuerdo a sus propios criterios, y sin ninguna confrontación. Debe aplicarlo en cada caso y para cada niño, a fin de efectivizar sus derechos, estimando circunstancias particulares, como su edad, relaciones familiares, entorno, consecuencias inmediatas, mediatas y a largo plazo de la decisión, la que no se agota en la sola enunciación del principio, sino que debe pasar por un análisis fáctico y normativo, luego de lo cual se arribará a una decisión razonada de lo que es mejor para el niño ahora y a futuro.

Corresponde a los operadores de justicia la garantía y el respeto del Principio del Debido Proceso, para su pleno ejercicio por las partes. Si bien la jurisprudencia extranjera y aun la nuestra, plantean facultades tuitivas a los jueces de niñez y adolescencia, que en atención a ellas pueden flexibilizar principios y normas procesales, como diligencias para mejor resolver, preclusión, congruencia, acumulación de pretensiones; esto siempre deberá ser en atención al caso en concreto y si las circunstancias así lo determinan, es decir si está en grave peligro alguno de los derechos del niño, o si ese derecho pende de la decisión; pero esta flexibilización, no implica en forma alguna el desconocimiento del debido proceso, garantía inmanente a todo juicio, que permite a las personas saber que existen reglas mínimas

de juego a las cuales las partes están sujetas, y por ello saben qué esperar y cómo actuar.

No puede, ni debe el interés superior del niño, suplir la incuria de los abogados, ni la negligencia de otros funcionarios, ni la arbitrariedad de los sujetos procesales, si bien los procesos de niñez son problemas humanos y merecen especial atención, la flexibilidad que permite el deber de tuición, no puede rebasar la imparcialidad a la que el juez está obligado.

6. Recomendaciones.

A fin de mejorar la aplicación del principio del interés superior del niño se recomienda:

- a) Que cuando los jueces y abogados invoquen el interés superior del niño, no solamente citen normas constitucionales, legales o de tratados internacionales, sino, ajusten esas normas al hecho fáctico. No citar al interés superior del niño, como una muletilla, slogan, plantilla o frase cliché, sin contenido, es su obligación como administrador de justicia y peticionarios, darle contenido a la frase, en el problema que resuelve o interviene.
- b) Que los jueces al momento de confrontar el principio del interés superior del niño con cualquier otro realicen el ejercicio de ponderación que garantice y motive su aplicación al caso concreto, so pena de nulidad de su resolución.
- c) Permitan el empoderamiento del niño en la construcción de la solución al problema que le atañe, por medio de su derecho a ser escuchado.
- d) Asuman la indeterminación del principio del interés superior del niño, como una realidad positiva, que permite la discrecionalidad prudente, de un juez creador.
- e) Que se entienda al principio del interés superior del niño, como norma inspiradora de leyes sustantivas como adjetivas, particularmente en lo procesal, pues aquellas normas se han creado para la consecución del Interés Superior del Niño.
- f) A los abogados en libre ejercicio, que analicen y propongan la aplicación del principio, y que éstas propuestas desafíen al juez al estudio y capacitación permanente.

- g) Al legislador, que siga creando normas en atención al interés superior del niño, que vayan facilitando la subsunción de los hechos al derecho.
- h) A las altas Cortes Nacionales, que produzcan jurisprudencia vinculante y no solamente doctrinaria, sobre el tema, para que creen directrices y tracen el camino, por donde debemos transitar quienes administramos justicia.
- i) A los niños, para que se empoderen de sus derechos y para que cada día nos enseñen como debemos administrar justicia para ellos.

Bibliografía

- Aguilar Carvallo, Gonzalo. *Estudios Constitucionales*. 2008. Edición Electrónica.
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82060110>
- Alegre, Silvina, Ximena Hernández, y Camille Roger. “Sistema de información sobre la primera infancia en América Latina”. *El Interés Superior del Niño: Interpretaciones y Experiencias*. 12 de marzo de 2014.
<http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf (último acceso: 26 de octubre de 2015).>
- Avila Santamaría, Ramiro. *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia*, 207, Quito: V&M Gráficas, 2010.
- Beloff, Mary. *Constitución y Derechos del Niño, Estudios Sobre Justicia Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005
- Beloff, Mary. *Justicia y Derechos del Niño*. Vol. 1. UNICEF, 1999.
- Bernal Pulido, Carlos. *Estructura y Límites de la Ponderación*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.
- Bujosa Vadel, Llorenç M. *Proceso Penal Europeo y Enjuiciamiento de Menores, Constitucionalismo y Proceso Hoy*. Editado por Rodrigo Rivera M. Librería J. Rincón, 2008.
- Campos, Gisela, *Derechos: Niñez y Adolescencia, Ensayos Sobre Derechos Humanos Una Reflexión desde el aula universitaria*. Bolivia: Observatorio DESC, 2006.
- Cillero Bruñol, Miguel. “Instituto Interamericano del niño, la niña y adolescentes, Organización de los Estados Americanos”. *El interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*. 05 de noviembre de 2002. <http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf (último acceso: 17 de Octubre de 2015).>
- Cillero Bruñol, Miguel. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. *Serie Justicia y Derechos Humanos; Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores. Quito: Ledesma Editores, 2010.
- Cillero Bruñol, Miguel. *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia*. Quito: V&M Gráficas, 2010.

Constitución de la República del Ecuador [2008]. tit.II, “Derechos”, cap. Tercero, “Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria”, art. 44. [Quito]: Asamblea Nacional. Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.

Convención sobre los derechos del Niño. 20 de noviembre de 1989.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso de las niñas Yean y Bosico VS .República Dominicana: Sentencia de 8 de septiembre de 2005: Excepciones preliminares, fondo y reparaciones”. 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú: Sentencia de 8 de julio de 2004: Excepciones preliminares, fondo, y reparaciones”. 2004

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs.Guatemala: Sentencia de 19 de noviembre de 1999”. 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Opinión Consultiva Oc-17/2002, de 28 de Agosto de 2002”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Opinión Consultiva Oc-17/2002, de 28 de Agosto de 2002”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Bulacio Vs. Argentina: Sentencia de 18 de septiembre de 2003: Excepciones preliminares, fondo y reparaciones”. 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Opinión Consultiva Oc-17/2002, de 28 de Agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.”. *Anuario de Justicia de Menores*. Sevilla: Editorial Astigi, 2002.

Couto, Ricardo. “Derecho Civil Personas”, *Colección Grandes Maestros del Derecho Civil*, Vol.3. México: Iure Editores, 2002.

de Bernardis, Luis Marcelo. *La Garantía Procesal del Debido Proceso*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1995.

De Saint-Exupéry, Antonie. *El principito*. Quito: El Quinde Editores, 2005.

Devis Echandía, Hernando. *Estudios de Derecho Procesal*. Bogotá: Editorial ABC, 1980.

Ecuador. *Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2003. Art. 1 y 11.

Ecuador, Corte Constitucional. “Sentencia 048-13-SCN-C”. *Gaceta Constitucional No.004*, 2013.

- Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia No. 108-14-SEP-CC”. 23 de julio de 2014.
- Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia Num.131-15-SEP-CC, CASO N° 0561-12-EP”. *en Gaceta Constitucional No. 12*.
- Hernando Devis Echandía. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.
- Hierro, Liborio L. *Los Derechos Humanos del Niño*. Zaragoza–España: Cometa S.A., 1999.
- Merlyn Sacoto, Sonia. “Consideraciones Acerca del Inicio de la Persona Natural en el Derecho Ecuatoriano”, *Revista Electrónica Mensual de Derechos existenciales*, Número 34, Octubre de 2004. <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona34/34Persona1.htm>>. Consulta: 30 de octubre de 2015
- Organización de las Naciones Unidas. “Declaración de los Derechos del Niño”. *Asamblea General de las Naciones Unidas*, 20 de Noviembre 1959.
- Organización de las Naciones Unidas. “Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, *Comité de los Derechos del Niño*, 29 de mayo de 2013.
- Pérez Manrique, Ricardo. *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia*. Quito: V&M Gráficas, 2010.
- Revilla, Marisa. *Una Mirada para la Cooperación Internacional*. Madrid: Fundación Carolina, 2011.
- Riofrío Martínez, Juan Carlos. “El bloque de constitucionalidad pergeñado por El Tribunal Constitucional”, *Revista Foro*. Quito: UASB-Ecuador, 2006.
- Sánchez Bringas, Enrique. *Los Derechos Humanos en la Constitución y en los Tratados Internacionales*. México: Editorial Porrúa, 2001.
- Simon Campaña, Farith, "Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva". Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2013.
- Simon Campaña, Farith. *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrale*, Vol. I. Cevallos: Editora Jurídica, 2008.
- Simon Campaña, Farith. *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Vol. I. Cevallos: Editora Jurídica, 2008.

- Sokolich Alva, María Isabel. *La Aplicación del Principio del Interés Superior del niño por el Sistema Judicial Peruano*. Lima: Universidad San Martín de Porres, s.f.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Caso Koudelka C. República Checa, Demanda nº 1633/05 de 20 de julio de 2006”, <<http://blog.pucp.edu.pe/blog/mbermudez/2008/05/01/tribunal-europeo-de-ddhh-falla-a-favor-de-padre-que-no-pudo-ver-a-hija-y-condeno-a-estado-por-inaccion/>>.
- Tribunal Supremo de Justicia de España. Sentencia No. 565/2009, de 31-07-2009. <http://www.prodeni.org/Documentos%20pdf/SENTENCIA-ACOGIMIENTO%20T.S.%20caso%20Toledo.pdf>
- Zavala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Quito: Edilex Editores, 2010
- Zermatten, Jean. *El interés Superior del Niño: Del Análisis literal al Alcance Filosófico*, Institute Internationale des droits de le’ enfants, 2003. <http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf>.