

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

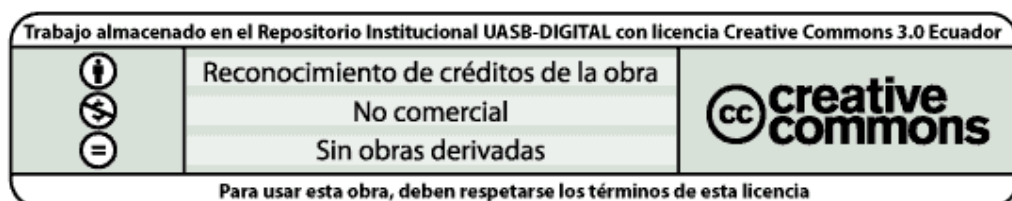
Mención en Derecho Constitucional

**Análisis de proporcionalidad de la norma que ordena la
privación de la libertad de una persona con la finalidad de
garantizar el interés superior del niño**

Autor: Freddy Mauricio Villagrán Hurtado

Tutor: Christian Masapanta Gallegos

Quito, 2017



Yo, Freddy Mauricio Villagran Hurtado, autor de la tesis intitulada “Análisis de proporcionalidad de la norma que ordena la privación de la libertad de una persona con la finalidad de garantizar el interés superior del niño”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster mención en derecho constitucional 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 de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaria General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha:

Firma:

RESUMEN

Con la promulgación de la norma constitucional aprobada en Montecristi en el año 2008, la cual fue ratificada mediante referéndum, por el pueblo ecuatoriano, se instauró en nuestro país, un nuevo escenario constitucional, donde los derechos constitucionalmente reconocidos adquieren una importancia que nunca antes habían tenido en los textos constitucionales.

De ahí que, su reconocimiento y ejercicio ya no depende de su desarrollo en la norma legal expedida por el órgano legislativo, sino que los mismos, constituyen el fin mismo sobre el cual deben enmarcarse todas las actuaciones de los órganos que ejercen el poder público, sus delegatarios, e inclusive los particulares.

Por tal consideración, conforme lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución de la República, los derechos se ubican como una fuente primigenia e integradora en la actividad constitucional, por lo tanto, es indispensable otorgarles su reconocimiento y los medios adecuados para su protección.

En tal sentido, el constituyente ha establecido un amplio catálogo de derechos, con supremacía constitucional, es decir de aplicación directa e inmediata, que delimita la actividad estatal, dotado de garantías constitucionales para brindar protección, en caso de que los mismos se vean vulnerados o transgredidos. Estas garantías son de tres clases: las garantías jurisdiccionales, normativas y las institucionales o de políticas públicas.

A partir de los conceptos del nuevo modelo constitucional, el cual será objeto de análisis en el presente trabajo, bajo un esquema que permitirá en un primer momento un estudio de las garantías como medios de protección de los derechos y su evolución hasta nuestro modelo constitucional vigente.

Posteriormente, observaremos como el desarrollo de estas garantías en las normas infra-constitucionales, dan la apertura, por una parte, a un análisis de la tarea de los jueces, y por otra del legislador.

Finalmente, el estudio estará dedicado a un análisis de las resoluciones judiciales tomadas dentro de la praxis judicial, por los operadores de justicia, para llegar a determinar cuál es la forma de argumentar jurídicamente sus decisiones frente a los derechos que se encuentren en conflicto.

Con este esquema, concluiremos en un enfoque dentro de la protección de los derechos constitucionales, que asegure la efectividad de la misma en la actividad jurisdiccional, de tal suerte que su existencia y aplicación dentro de la materia que es objeto de estudio, permita brindar recomendaciones y una propuesta que conlleve un apoyo doctrinario y práctico para los operadores de justicia, profesionales del derecho, estudiantes y particularmente para todas las personas involucradas en los procesos judiciales respectivos.

Palabras clave: neoconstitucionalismo, garantías, acción, libertad, niñez, proporcionalidad.

DEDICATORIA

El presente trabajo es dedicado para quienes son mi fortaleza y apoyo en todo momento, mis adorados padres Judith y Napoleón y para mis hermanos Javier y Fernando.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad Andina Simón Bolívar y a sus distinguidos profesores, por haberme brindado la oportunidad de culminar una etapa tan importante dentro del desarrollo profesional, para así poder fortalecer mis conocimientos académicos.

Un especial agradecimiento a cada uno de los distinguidos maestros que fueron la guía durante la elaboración, sustentación y culminación del presente trabajo, sin los cual no hubiese culminado esta etapa de mejoramiento profesional.

Análisis de proporcionalidad de la norma que ordena la privación de la libertad de una persona con la finalidad de garantizar el interés superior del niño.

Tabla de contenido

Capítulo primero.....	8
Alcances constitucionales del derecho a la libertad ambulatoria y el interés superior del niño	8
1.1.- El estado legalista frente al estado constitucional de derechos.....	8
1.1.1 Las garantías constitucionales en el nuevo marco constitucional ecuatoriano.....	14
1.1.2 Análisis doctrinario y jurisprudencial de las garantías constitucionales en la Constitución de 2008.....	17
1.1.3 Las garantías normativas como límites de los órganos con potestad legislativa.....	21
1.2.- Consideraciones sobre el derecho a la libertad	25
1.2.1 Naturaleza, alcance y restricciones del derecho a la libertad	25
1.3.- El principio del interés superior del niño en la normativa constitucional	31
1.3.1. El niño como sujeto de protección del Estado y la doctrina de situación irregular	35
1.3.2 El interés superior del niño y la nueva doctrina de protección integral	38
1.3.2.1 Análisis del artículo 44 de la Constitución de la República, bajo una lectura integral del texto constitucional.	42
Capítulo segundo	45
El principio de proporcionalidad dentro de la creación legislativa y como método de control constitucional de las normas	45
2.1.- El principio de proporcionalidad como límite en el ejercicio de la creación normativa del legislador	45
2.2 Naturaleza, importancia y ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad de la norma	48
2.2.1 Elementos del principio de proporcionalidad.....	50
2.2.2.1 Subprincipio de idoneidad adecuación de la medida limitativa al fin perseguido.	51
2.2.2.2 Subprincipio de necesidad.....	52
2.2.2.3 Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto	53

2.3.- Estudio de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y la Corte Constitucional del Ecuador y la aplicación del principio de proporcionalidad en el caso concreto (con la Constitución de 1998 y de 2008).....	55
2.4.- Análisis respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad como método de control constitucional dentro de las garantías jurisdiccionales ...	60
Conclusiones.....	67
Bibliografía.....	70

Capítulo primero

Alcances constitucionales del derecho a la libertad ambulatoria y el interés superior del niño

1.1.- El estado legalista frente al estado constitucional de derechos

Una de las principales innovaciones que trajo la redacción del texto constitucional ecuatoriano se refiere a la denominación establecida en su artículo 1 que determina que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, esta denominación trae consigo varias connotaciones frente al anterior modelo estatal, que para el desarrollo de esta parte del presente trabajo lo denominaremos el Estado legislativo de Derecho.

Con la necesidad de confrontar las diferencias entre ambos modelos de estado veremos varias características de los mismos, en tal sentido, por una parte, respecto del estado legalista, se establece que le corresponde un tipo de derecho en el que la fuente formal suprema es la ley, subordinándose la demás normativa como por ejemplo los reglamentos, decretos, acuerdos, ordenanzas, entre otros. Esto no significa que, en todos los casos, que este tipo de Estados carezcan de una Constitución, sino que esta no pasa de ser un mero documento declarativo ético y político, al que no se halla jurídicamente vinculado el ejercicio del poder estatal; es en sí un documento impregnado de valores, pero que no envuelve un ideal regulativo y vinculante de carácter jurídico.

Sin embargo, de este escenario, en el que la ley y no la Constitución sea la máxima fuente formal del Derecho, en modo alguno implica que el Estado legislativo de Derecho sea valorativamente neutral, sino que sirve a determinados valores ético-políticos, la legalidad, la seguridad jurídica, la legitimidad del legislador democrático¹.

Un referente para entender el estado legalista, es través del esquema kelseniano, en el que la Constitución con respecto a la ley tiene un vínculo, pero meramente formal. Es decir, es únicamente la forma o el procedimiento de la expedición de la ley la que ha de someterse a las normas constitucionales sobre la materia.

¹ Ali Lozada Prado y Catherine Ricaurte Herrera, *Manual de Argumentación Constitucional*, (Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2015), 31.

En nuestro país, esta concepción ideológica vigente con la Constitución de 1998 construyó un Estado en el cual la ley, concebida en su esencial generalidad y abstracción, alejada de casos concretos, era garantía de la justicia para todos y de la voluntaria sujeción de todos a ella. Como se mencionó la ley en su procedimiento de elaboración y en su sentido formal era el distintivo del Estado, en este paradigma estatal las constituciones “terminaron siendo meras cartas políticas y los proclamados derechos constitucionales solo tendrían eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera y con el alcance que les diera, de manera que no constituían un límite a la legislación”²

De esta manera se ha señalado que el Estado-legislador que durante un siglo había sido considerado como el depositario de todo el poder, vería redimensionado su papel de “*señor del derecho*” a convertirse en “*señor de la ley*”, más no del derecho.

En tal sentido se dice que:

(...) en el Estado legislativo de derecho, consecuencia del esplendor estado nacional, imperaba el positivismo. En consecuencia, la norma era válida dependiendo del órgano del que provenía, monarca o parlamento; la autoridad legislativa estaba concentrada; el derecho estaba unificado por la ley, el papel de los jueces se reducía a aplicar la ley (...)³.

Entonces esta concepción jurídica que, como ya se dijo, está asociada al Estado legislativo, es funcional a la realización de ciertos valores como son: la *igualdad formal*, ya que si un caso está contemplado en el antecedente de la norma que sirve de premisa mayor, debe recibir el mismo tratamiento que los demás de esa clase; la *legalidad*, pues la norma que compone la premisa mayor ha de tener su origen en un acto prescriptivo de autoridad; *el imperio de la ley y la división de poderes*, puesto que las normas expedidas por el legislador deben ser necesariamente aplicadas, como premisas en los silogismos, sin que los jueces puedan sustraerse a tal imperativo; la *seguridad jurídica*, dado que la aplicación deductiva de las normas legales confiere predecibilidad a los comportamientos humanos.

Estas características que estructuran el estado legalista podemos concentrarlas básicamente en las siguientes: a) el reconocimiento del carácter normativo superior de la ley, siendo la Constitución un documento ético-político; b) la aplicación de la

² Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*, (Guayaquil, Edilex S.A Editores, 2010), 274.

³ Luis Fernando Torres, *Presidencialismo Constituyente*, (Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2009), 310.

Constitución, esto es, su concreción normativa a través de la ley; es decir que el desarrollo y justiciabilidad de los mismos depende del accionar legislativo, y su determinación a través de una norma de carácter legal; y, c) el razonamiento judicial esta concretado a través del silogismo y la jurisprudencia interpretativa de la ley, vía recurso de casación, era la fuente primaria del derecho.

Ahora bien, con la expedición del nuevo texto constitucional de 2008, dentro del Ecuador se estableció un nuevo régimen constitucional y jurídico, especialmente en lo que se refiere a los derechos constitucionales y el papel del Estado como garante de los mismos, tal como lo establece el artículo No 1 de la Constitución⁴ que predetermina que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, lo cual conlleva un cambio radical en la forma del ordenamiento jurídico nacional e impone una obligación a los poderes -especialmente el legislativo- de adecuar la normativa legal, formal y materialmente acorde a los derechos constitucionales y aplicarlos inmediata y directamente.

Este nuevo modelo estatal que tiene influencia en la mayoría de países latinoamericanos, ha creado lo que muchos autores han denominado el “neoconstitucionalismo” o nuevo “canon neoconstitucional”⁵, que trae consigo la consagración de amplios catálogos de derechos que incluyen mecanismos judiciales para asegurar su cumplimiento (garantías), además de garantizar su defensa, lo cual permite manifestar que el Estado cumple un rol garantista de los derechos constitucionales, no solo a través de los actos legislativos, sino que trae consigo un papel de primer orden en la actividad de los jueces en todos los niveles de la administración de justicia.

En este nuevo modelo, la Constitución, como norma suprema, supera la concepción del Estado legislativo, en donde solamente las leyes aprobadas por el legislador o por el parlamento permitían que los derechos fundamentales o constitucionales sean desarrollados, garantizados y justiciables, por tanto, la ley era la única fuerza que servía de instrumento para que la Constitución tenga plena validez y eficacia. Tal como menciona Gustavo Zagrebelsky⁶ el cambio hace referencia al papel

⁴ Art. 1 de la Constitución de la República. - El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

⁵ Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, (Madrid, Editorial Trotta S.A, 2010), 12.

⁶ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 6ª ed., (Madrid, Editorial Trotta, 2005), 114.

de la legislación y de la jurisprudencia en la determinación del derecho, toda vez que la relación entre ambas ya no podría ser de carácter jerárquica, como postulará el Estado de derecho legislativo.

Como se dijo en líneas anteriores aquel nuevo modelo constitucional, que representa la superación del positivismo es considerado desde un punto de vista ideológico, por Luis Prieto Sanchis como la más avanzada forma de organización política y representa la cabal realización del Estado de derecho, esto es el sometimiento del poder al derecho, ya que solamente cuando existe Constitución el legislativo queda subordinado al derecho, especialmente en el modo de producir derecho.⁷ Para el mismo autor “La Constitución no es un catecismo político, es una norma suprema directamente aplicable, eficaz, que cuenta con garantías judiciales. Es rígida y difícil de reformar y tiene un denso contenido normativo”⁸.

Frente al Estado visualizado por Kelsen, en el que basta que exista la Constitución desde el aspecto formal, nace el que hoy conocemos como Estado Constitucional de Derecho en el cual es preciso que haya Constitución, pero entendida en su sentido material. Esto quiere decir que la Constitución no puede tener cualquier contenido, sino uno específico, caracterizado por el catálogo de derechos y sus medios de protección. El núcleo del Estado Constitucional, en suma, viene dado por un conjunto de derechos constitucionales cuya supremacía (rango constitucional) es garantizada jurisdiccionalmente (jurisdicción constitucional).

De lo anotado se puede observar que existen dos características primordiales dentro de este nuevo modelo constitucional adoptado por el Ecuador, por una parte se encuentra la supremacía constitucional a través de un catálogo de derechos constitucionalmente establecidos que limitan los poderes públicos, sin la necesidad que la actividad legislativa permita su reconocimiento y judicialización por intermedio de las leyes; y por otra parte, se encuentran las garantías de protección de estos derechos, las mismas que tienen el carácter de ser rápidas, sencillas y eficaces para ser activadas frente a posibles vulneraciones o violaciones de los derechos de los ciudadanos que permitan su reparación integral.

⁷ Luis Prieto Sanchis, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, (Madrid, Editorial Trotta, 2003), 32.

⁸ *Ibidem*,34.

En este sentido es muy importante destacar, que luego de la promulgación de la Constitución de 2008⁹, el Tribunal Constitucional, con la finalidad de cumplir con el periodo de transición, resolvió asumir las atribuciones y facultades en calidad de Corte Constitucional, por lo que en esta resolución este Organismo, da el paso inicial para entender las características del nuevo Estado de Derechos y de Justicia, y utilizando palabras de Riccardo Guastini describe los pilares fundamentales del nuevo paradigma constitucional en los siguientes:

- a) La existencia de una Constitución rígida, que en consecuencia no sea fácilmente modificable por la legislación ordinaria.
- b) Garantías judiciales que permitan el control de la conformidad de las leyes con la Constitución.
- c) Fuerza vinculante de la Constitución, que implica el paso de la consideración del texto como un cuerpo declarativo a la aceptación de su carácter de norma jurídica real y de efectiva aplicación.
- d) Interpretación extensiva del texto constitucional que se verifica en la presencia de sus principios y normas sobre todo el ordenamiento jurídico, haciendo posible a través de los mismos buscar soluciones a los problemas jurídicos más simples.
- e) Directa aplicación de la Constitución para resolver no solo los conflictos entre los poderes del estado o entre este y las personas, sino también para resolver los conflictos entre particulares.
- f) Interpretación constitucional de las leyes; y,
- g) Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas que traduce en que los órganos de control de constitucionalidad puedan analizar la fundamentación política de las normas.

La aplicación y eficacia directa de la Constitución implica que los jueces y los demás operadores jurídicos, incluyendo los particulares, habrán de tomar a la Constitución como una regla de decisión, con las siguientes consecuencias: a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales, para determinar de forma legítima si hacen parte o no del ordenamiento jurídico; b) en la solución concreta de conflictos jurídicos habrá de aplicarse directamente la Carta Fundamental; y c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución¹⁰.

Conforme lo mencionado, se puede decir que el Estado Constitucional, a diferencia del Estado legalista, no es aquel que cuenta con un texto constitucional, considerado solamente desde el concepto formal, sino que cuenta con una Constitución en sentido propio, es decir un concepto material, que se origina de la legitimidad democrática y que cuenta con instrumentos que garantizan la limitación del poder y la efectividad de los derechos contemplados en el texto constitucional.

⁹ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No 449 de 20 de octubre de 2008

¹⁰ Resolución de la Corte Constitucional del Ecuador, Registro Oficial Suplemento No 451 de 22 de octubre de 2008.

En síntesis podemos decir que en el Estado de derechos el poder público, sus dignatarios e inclusive los particulares se encuentran sometidos a la Constitución, al respeto de los derechos constitucionalmente establecidos, de esta forma la ley pierde la calidad de ser la única fuente del derecho, por lo que la administración de justicia, en el ejercicio de su poder en el juzgamiento, no se encuentra atada solamente al imperio de la ley, sino sobre todo, a la interpretación y aplicación de los principios consagrados en la Constitución.

En esta línea, la Corte Constitucional en su resolución citada *ut supra* concluye lo siguiente:

Efectivamente, la Constitución de 2008 establece una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y justicia, cuyos rasgos básicos son: 1) el reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución, 2) la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica y, 3) el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho.

Para nuestro tema en estudio, es importante centrarnos en el papel de los jueces dentro del nuevo modelo constitucional donde los derechos y principios jurídicos toman primordial relevancia en el ejercicio y aplicación de la justicia. Se entiende entonces que, dentro de un Estado Constitucional de Derechos y justicia, el operador judicial no se rige estrictamente por lo que manda la ley, sino que, al subsumir la norma jurídica, debe aplicar los principios consagrados en la Constitución; es decir “que el juez es la boca de la Constitución” y como tal tiene la obligación de aplicar sus principios y velar por la garantía de los derechos.

En este nuevo papel del juez, la Constitución plantea la facultad de la Corte Constitucional de dictar jurisprudencia vinculante, lo cual fundamenta a la misma como “fuente directa del derecho”, con carácter *erga omnes*, por lo que dentro de la sentencia No 001-10-PJO-CC, este Organismo continúa desarrollando el concepto de Estado Constitucional de la siguiente manera:

Tres son los efectos esenciales que trae consigo el Estado Constitucional, y que, en un alto grado, su eficacia descansa en las labores que deben desempeñar las Salas de Selección y Revisión de la Corte Constitucional:

- a) El reconocimiento de la Constitución como norma vinculante, valores, principios y reglas constitucionales;
- b) El tránsito de un juez mecánico aplicador de reglas a un juez garante de la democracia constitucional y de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución; y,
- c) La existencia de garantías jurisdiccionales vinculantes, adecuadas y eficaces para la protección de todos los derechos constitucionales.

Son estos los elementos sustanciales que justifican la razón de ser del Estado Constitucional de Derechos, y precisamente por ello, se constituyen en los avances más notables e importantes que refleja la Constitución de Montecristi en relación a la Constitución de 1998¹¹.

De las características anotadas se puede decir que el nuevo modelo constitucional o el Estado constitucional de derechos y justicia es un concepto en constante construcción y evolución que necesita de una fundamentación democrática y de la supremacía constitucional, Por lo tanto, la Constitución, al haber sido producto de las decisiones políticas fundamentales adoptadas por la soberanía popular, es el elemento de enlace entre política y derecho y el mecanismo de legitimación democrática de este. Por tanto, no basta con la existencia de una Constitución, sino que el ordenamiento jurídico debe estar impregnado de las normas constitucionales, para tener un efectivo goce de los derechos constitucionales.

1.1.1 Las garantías constitucionales en el nuevo marco constitucional ecuatoriano

Como se ha mencionado el Estado Constitucional, además de establecer un amplio catálogo de derechos instauró los mecanismos de protección frente a posibles violaciones o vulneraciones de los mismos, por parte de los poderes públicos e inclusive de particulares. Desde la perspectiva respecto de la forma como se concibe a nuestro país a partir de la Constitución de 2008, como un estado constitucional de derechos y justicia, se establece estos mecanismos de protección, también denominadas garantías constitucionales o podemos decir en palabras del profesor Jorge Zavala Egas que: “en un Estado constitucional de derechos el Derecho crea un sistema de garantías que la Constitución preordena para el amparo de los derechos fundamentales”¹².

Así también el concepto de garantía en palabras Peces-Barba¹³, es un conjunto de coherente de mecanismos de protección de derechos constitucionales, los mismos

¹¹ Corte Constitucional del Ecuador, Gaceta Constitucional No 1, Caso No 0999-09-JP, Sentencia No 001-10-PJO-CC, Registro Oficial segundo suplemento No 351, de 29 de diciembre de 2010.

¹² Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*, (Guayaquil, Edilex S.A Editores, 2010), 277

¹³ Gregorio Peces Barba, *Curso de derechos fundamentales*, (Madrid, Universidad Carlos III, 1999, capítulo X), citado por Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito, Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional-CEDEC-2012), 241.

que son indispensables dentro de un ordenamiento jurídico, toda vez que sin estas, los derechos se tornarían inexigibles en el caso de existir una vulneración o violación; además, como refiere Luigi Ferrajoli, sino existen garantías se encuentra un vacío normativo a ser solucionado.

De igual forma el autor Ramiro Ávila Santamaría¹⁴, señala que “las garantías establecen los mecanismos jurídicos para acortar la brecha entre los derechos y la realidad”, y en el mismo sentido señala que son mecanismos para prevenir y reparar las violaciones de los derechos que se puedan producir por cualquier acto u omisión del Estado o de sujetos que ostentan el poder.

Resulta importante destacar que los instrumentos internacionales de derechos humanos, particularmente la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁵, reconoce que las garantías son indispensables para proteger los derechos de las personas, por lo cual en el caso de darse la suspensión de mismas esto carecería de legitimidad, llegando incluso a atentar contra el sistema democrático de los Estados, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia de ciertos derechos.

En este sentido, Pedro Nikken, juez y ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recalca dos aspectos en relación a la Convención Americana de Derechos Humanos y sobre las garantías ahí establecidas, menciona que:

(...) en primer lugar no es lícito que en el derecho interno de un Estado vinculado por un tratado internacional de salvaguarda a los derechos humanos ofrezca medidas de protección inferiores a las pactadas por el tratado, pero en cambio sí es lícito y conforme al objeto y fin del tratado que el derecho interno asegure una protección más extensa; y, en segundo lugar, que ninguna disposición de este tratado puede menoscabar la protección más amplia que ofrezca otra norma, sea de derecho interno, sea de derecho internacional; en consecuencia entre las distintas disposiciones aplicables a un mismo caso debe preferirse aquella que brinde el mayor nivel de protección a la persona humana¹⁶.

En nuestro país, estas garantías plantean un desarrollo frente a las que se encontraban establecidas en la Constitución Política de la República de 1998, toda vez que dentro del Título III de la actual Constitución, el constituyente determinó las garantías constitucionales entre las cuales se encuentran las garantías normativas,

¹⁴ Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías, ensayos críticos*, (Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 138.

¹⁵ Pacto de San José de Costa Rica, dado el 22 de noviembre de 1969.

¹⁶ Jorge Fábrega, *Las Garantías Jurisdiccionales para la tutela eficaz de los derechos humanos en Panamá*, 1ra edición, (Panamá, s.ed, 1991), 64.

políticas y jurisdiccionales que permiten respetar el ejercicio de los derechos constitucionales de las personas¹⁷.

De tal manera que las garantías normativas, son por las cuales los organismos públicos que tengan facultades normativas deben respetar y desarrollar los derechos de la Constitución¹⁸; las de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana que deban también garantizar derechos en especial de participación¹⁹; y, las jurisdiccionales, que son los mecanismos judiciales para que por medio de los jueces se garanticen los derechos.²⁰

Considerando la importancia de las garantías, el constituyente de Montecristi, estableció en el artículo 11 numeral 3 de la Constitución respecto de los derechos y garantías lo siguiente:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora y servidor público, administrativo o judicial de oficio o a petición de parte.

De la norma constitucional citada, podemos observar que los derechos en el actual modelo constitucional son de directa aplicación, sin que sea necesario una norma infra-constitucional que permita su desarrollo y exigibilidad, además se menciona conjuntamente a sus garantías, que son herramientas de protección frente al poder público.

Como se puede observar, una de las características del Estado constitucional es que tiene institucionalmente establecidos los mecanismos jurídicos o instrumentos de protección que permiten o hacen posible evitar, mitigar o reparar la vulneración de un derecho, de ahí su importancia en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, por lo que se dice por parte de la mayoría de los autores que es un rasgo que diferencia al Estado constitucional de los anteriores modelos de Estado.²¹

De lo anotado queda claro que, en un estado constitucional, las garantías constituyen un sistema de medios de protección que igualmente obligan a todos los

¹⁷ Ramiro Ávila Santamaría, *Neoconstitucionalismo Transformador*, 1ra ed., (Quito, Ediciones Abya-Yala, 2011) 142.

¹⁸ Art. 84.- Constitución de la República

¹⁹ Art. 85.- ibíd.

²⁰ Art. 86.- ibíd.

²¹ Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II, (Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 26.

órganos públicos e incluso a los particulares, de tal suerte que se crea un ámbito eficaz que garantiza los derechos de los ciudadanos frente al poder público.

1.1.2 Análisis doctrinario y jurisprudencial de las garantías constitucionales en la Constitución de 2008

Continuando con un mayor análisis de las garantías constitucionales, lo cual además permitirá obtener un mayor entendimiento respecto de las diversas garantías que existen, especialmente en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, mencionaremos algunas definiciones doctrinarias dadas por varios autores, además de obtener una clasificación de las mismas.

Una primera clasificación es la realizada por Luigi Ferrajoli, quien divide a las garantías en *primarias o sustanciales* que definen la caracterización del Estado, en lo que se refiere a la obligación de prestación y a una prohibición de lesión; y las *secundarias o específicas* que son los mecanismos administrativos o jurisdiccionales que permiten proteger los derechos de las personas en casos concretos.²²

Doctrinariamente podemos encontrar otras clasificaciones dadas a las garantías constitucionales, por ejemplo Peces Barba²³ las divide en dos clases, las primeras son las *generales* que son las que caracterizan al estado dentro de la Constitución, relacionados con el sistema democrático, la división de poderes y la protección de derechos de los ciudadanos. Las segundas garantías son las *específicas* que dentro de nuestro ordenamiento como se ha mencionado, corresponden a las normativas, de políticas públicas y a las jurisdiccionales que buscan prevenir la violación de derechos por parte de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, en el ejercicio del poder.

Otra clasificación, es considerando la función que cumplen las garantías²⁴, dentro de las cuales encontramos a las *preventivas* que son aquellas que pretenden evitar la violación de los derechos, entre las cuales se encuentran -conforme nuestra Constitución- las garantías normativas, de políticas públicas y las medidas cautelares. Así también, encontramos a las garantías *reparadoras*, que son aquellas que pueden

²² Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías: la ley del más débil*, (Madrid, Editorial Trotta, 2001), 43.

²³ Gregorio Peces Barba, *Curso de derechos Fundamentales, Teoría General*, (Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999) 504, citado por Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías, ensayos críticos*, (Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 187.

²⁴ *Ibíd.*, 188.

ser activadas luego de que ha existido una violación de los derechos, entre estas se encuentran las garantías jurisdiccionales, las mismas que permiten obtener incluso la reparación integral.

Adicionalmente, encontramos la clasificación de las garantías según los sujetos que las prestan²⁵, entre las que se hallan las garantías “institucionales” que corresponden a las instituciones o poderes públicos y “las sociales” que son ejercidas por los propios titulares de los derechos. Dentro de las primeras podemos observar una subdivisión en dos grupos: el primero corresponde a las garantías *políticas*²⁶ encomendadas a las funciones ejecutiva y legislativa, en tanto que el segundo grupo son las garantías *jurisdiccionales*, cuyo conocimiento corresponde a la función judicial, sin embargo es necesario precisar que aquellas pueden ser ordinarias, cuya competencia para resolver corresponde a la justicia ordinaria y constitucionales que son resueltas por un órgano especializado en materia constitucional, que en nuestro país lo constituye la Corte Constitucional.

Ahora bien, como se ha dicho el concepto de estado constitucional de derechos y justicia, requiere irse construyendo, y uno de los pilares fundamentales, es la labor que tienen los jueces, particularmente quienes conforman el máximo órgano de interpretación y control constitucional, como es la Corte Constitucional. En tal sentido las sentencias y dictámenes constitucionales emitidos por este organismo nos ayudará a entender de mejor manera el nuevo modelo constitucional y aplicar el texto constitucional conforme el espíritu desarrollado por el constituyente.

Es así que, en la primera sentencia de jurisprudencia vinculante, dictada por la Corte Constitucional, se desarrolla varias consideraciones respecto de las garantías constitucionales, que resulta un avance significativo y notable frente al texto constitucional de 1998, por lo que se dice:

Muestra de ello es el tránsito de garantías constitucionales extremadamente formales, meramente cautelares, legalistas, con un ámbito material de protección reducido a la justiciabilidad de derechos civiles y políticos, a garantías jurisdiccionales de conocimiento, libres de formalidades desde su activación, y lo más importante, protectoras y reparadoras de todos los derechos²⁷.

²⁵ Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 243-245.

²⁶ Para el autor Pérez Luño están garantías son aquellas conocidas como normativas. En palabras de Peces Barba son denominadas como garantías de regulación.

²⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Gaceta Constitucional No 1, Caso No 0999-09-JP, Sentencia No 001-10-PJO-CC, Registro Oficial segundo suplemento No 351, de 29 de diciembre de 2010.

Si revisamos el texto constitucional actual en relación con la Constitución de 1998, como ya se mencionó se observa un desarrollo especialmente en las denominadas garantías jurisdiccionales y su vinculación con la actividad judicial, es decir su activación ante los jueces de instancia que acercan a los ciudadanos a los medios de protección ante la violación de sus derechos, entre los cuales se encuentra la acción de protección, el habeas corpus, el habeas data.

Si bien la Constitución de Montecristi de 2008 mantiene estas garantías, incorpora otras como son la acción de acceso a la información pública, y aquellas acciones cuyo conocimiento y resolución corresponde al máximo órgano de control e interpretación constitucional o Corte Constitucional, entre las cuales se encuentra la acción por incumplimiento de normas, la acción extraordinaria de protección en contra de autos y sentencias que ponen fin a los procesos judiciales y la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales.

Y precisamente este órgano de justicia constitucional, investido de sus atribuciones es el encargado de desarrollar jurisprudencia vinculante respecto de las garantías constitucionales y en varias sentencias constitucionales ha expresado sus criterios para clasificar a dichas garantías, para lo cual ha señalado en primer lugar que es necesario contar en el ordenamiento jurídico con un sistema de medios de protección o garantías que puedan ser activadas por todos los ciudadanos, en tal sentido ha expresado lo siguiente:

Conviene reconocer que el Estado Constitucional de derechos y justicia no se agota con la sola determinación del catálogo de derechos reconocidos sino que debe contarse con un sistema de garantías que asegure su plena vigencia y eficacia, como mecanismos dispuestos para ser activados por las personas en caso de vulneración de derechos por parte de autoridades públicas o en determinados casos, por particulares²⁸.

En esa misma línea este organismo de justicia constitucional indica que las funciones principales de las garantías constitucionales son las de *prevenir, cesar o enmendar* la violación de derechos constitucionales tutelando los mismos de tal manera que se brinde una reparación integral a las víctimas de dichas violaciones. Así podemos ver que, entre otros casos²⁹, en la sentencia No 018-14-SEP-CC, aprobada

²⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 012-16-SIS-CC, Caso No 0006-11-IS, 22 de marzo de 2016.

²⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 152-15-SEP-CC, Caso No 0709-14-EP, 06 de mayo de 2015.

por el Pleno del Organismo el 22 de enero de 2014, al momento de resolver el caso No 1097-13-EP, respecto de las garantías constitucionales se menciona lo siguiente: “Las garantías Constitucionales buscan prevenir, cesar o enmendar la violación de derechos constitucionales, por lo que estas se conciben como herramientas para tutelar los derechos reconocidos en la Constitución y brindan además una reparación eficaz en caso de su vulneración”.

Con el concepto y los fines que ha determinado la Corte Constitucional respecto de las garantías constitucionales, se ha desarrollado de igual forma una clasificación atendiendo el texto elaborado por el poder constituyente, conforme lo dispuesto en los artículos 84, 85 y 86 de la Constitución de la República, en los que la norma suprema establece tres tipos de garantías constitucionales con la finalidad de asegurar el ejercicio de los derechos contenidos en la misma y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Es así que de la revisión de varias sentencias constitucionales como por ejemplo las sentencias No 200-14-SEP-CC³⁰, No 074-14-SEP-CC³¹, dictadas por la Corte Constitucional coinciden en clasificar a las garantías constitucionales como a continuación se cita textualmente:

Por un lado las garantías denominadas normativas que consisten en el deber que tienen todos los órganos con potestad normativa de adecuar formal y materialmente las normas jurídicas al marco constitucional; por otro lado, las garantías institucionales, que tienen relación con la obligación de la administración pública de garantizar los derechos constitucionales en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos y finalmente las garantías jurisdiccionales mediante las cuales se recurre a la intervención jurisdiccional cuando las acciones u omisiones del sector público o de particulares, vulneran los derechos de las personas³².

Bajo las consideraciones doctrinales anotadas y conforme el desarrollo jurisprudencial aportado por el máximo órgano de justicia constitucional de nuestro país, nuestro análisis puede concluir en, que las garantías constitucionales tienen como verbos rectores prevenir, cesar, enmendar o reparar las violaciones de los derechos constitucionales de todos los ciudadanos y han sido establecidas por nuestra

³⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 200-14-SEP-CC, Caso No 598-11-EP, 13 de noviembre de 2014.

³¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 074-14-SEP-CC, Caso No 1414-11-EP, 16 de abril de 2014.

³² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 201-15-SEP-CC, Caso No 0579-12-EP, 17 de junio de 2015.

Constitución con el objeto de lograr una protección efectiva y cierta de los derechos presuntamente violados o amenazados, por cualquier persona, con prescindencia de su edad, origen, raza, nivel económico, condición social o profesional.

Además, que se puede identificar a plenitud la clasificación de dichas garantías, a saber, en tres grupos: normativas, institucionales y jurisdiccionales, que permiten poner límites y responsabilidades a los poderes públicos y a los órganos estatales que ejercen el poder; considerando principalmente para el desarrollo del presente trabajo a estas últimas garantías jurisdiccionales, activadas por intermedio de una acción judicial, sin que para tramitarla y decidirla sean indispensables los requisitos formales ni las fórmulas exactas y ni siquiera un escrito por cuanto puede ser verbal y para lo cual se explica la necesidad de un mandato proferido por el juez en sentido positivo o negativo por la facultad que tienen los órganos de la función judicial cuyo contenido consiste en asegurar la integridad y primacía de la Constitución.³³

1.1.3 Las garantías normativas como límites de los órganos con potestad legislativa

En relación a las garantías constitucionales, denominadas normativas, el artículo 84 de la Constitución de la República determina que:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Como hemos mencionado anteriormente las garantías son los mecanismos de protección de los derechos constitucionales que han sido establecidos previamente por el constituyente, en este sentido las garantías normativas, como se observa de la norma transcrita van dirigidas principalmente a la Asamblea Nacional y a todo órgano o institución con potestad legislativa, cuya competencia ha sido otorgada por la propia Constitución, por ejemplo, la potestad reglamentaria otorgada al Presidente de la República, los acuerdos ministeriales a los ministros, las ordenanzas a los consejos

³³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 068-10-SEP-CC, Caso No 0734-09-EP, 09 de diciembre de 2010.

municipales, considerando siempre que esta legislación debe respetar y desarrollar los derechos de los ciudadanos.

Continúa la norma constitucional y menciona que este desarrollo normativo debe estar adecuado en lo formal, es decir, nacer de un proceso democrático en donde se permita la participación de los representantes de los órganos con esta potestad, enmarcados en el procedimiento previsto para tal efecto, y la adecuación material, se refiere a que la normativa debe observar y respetar los derechos constitucionalmente establecidos así como los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si bien en el nuevo modelo constitucional la aplicación de los derechos es directa y no necesita del desarrollo en una norma infra-constitucional para ser exigidos, tal como menciona la propia Constitución en su artículo 11 numeral 3:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

No obstante, esta aplicación directa de los derechos, es necesario contar con el desarrollo legislativo o normativo que permita una regulación de los derechos, siempre que tienda a su efectiva vigencia y desarrollo, considerando que no se puede restringir los mismos, tal como refiere la misma norma citada en su numeral 4 que menciona: “4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

En este sentido, las garantías normativas o la adopción de medidas de carácter legislativo están subordinadas al cumplimiento de ciertos valores supremos reconocidos universalmente como son la paz, la justicia, la solidaridad, la dignidad de la persona humana, la seguridad y la igualdad, como así se reconoce en los tres principales textos normativos de Naciones Unidas, a saber: La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De igual forma las normas creadas deben responder a los principios de legalidad y de irretroactividad principalmente, con lo cual

se garantiza además el derecho a la seguridad jurídica y al cumplimiento de las normas constitucionales.³⁴

El cumplimiento de valores y principios universales y los límites constitucionales establecidos para la actividad normativa, en caso de que existan normas que no se adecuen al marco constitucional, existen los mecanismos necesarios para solucionar estos conflictos, que serán resueltos por la Corte Constitucional, a través del control en tratados internacionales, la acción pública de inconstitucionalidad, la consulta de norma y las decisiones adoptadas en virtud de los estados de excepción.³⁵

Al respecto y como hemos visto, el primer llamado al desarrollo del nuevo modelo constitucional, es la Corte Constitucional, quien mediante sus sentencias y dictámenes ha ido determinando el alcance de las garantías, en este caso normativas, frente a las cuales se señala que:

Tanto la Asamblea Nacional como todo órgano con potestad normativa, tienen la obligación de adecuar formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. Es decir, toda norma debe guardar conformidad con los preceptos constitucionales y con los instrumentos internacionales que reconozcan derechos. A fin de precautelar dicha conformidad, se estableció el control abstracto de constitucionalidad como aquel mecanismo por medio del cual, el máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia efectúa un examen de las disposiciones jurídicas, a fin de determinar si estas se encuentran en armonía con el texto constitucional. Es decir, el control abstracto de constitucionalidad garantiza la coherencia y unidad normativa.³⁶

En la misma línea, este órgano de justicia constitucional ha expresado sus criterios en la sentencia No 003-14-SIN-CC, al momento de resolver el caso No 0014-13-IN, 0023-13-IN y 0028-13-IN acumulados, y respecto del control abstracto de constitucionalidad señala lo siguiente:

En base al control abstracto de constitucionalidad se busca que todos los actos normativos y administrativos de carácter general, guarden armonía con el texto constitucional, teniendo como principal objetivo, garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y evitar que las normas promulgadas por el legislativo o por las

³⁴ <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/interdisciplinario/ddhh174.htm>

³⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Secretaría Técnica Jurisdiccional, *Una lectura cuantitativa y cualitativa de las decisiones del Tribunal Constitucional a la primera Corte Constitucional*, (Quito, Centro de Estudios y difusión del Derecho Constitucional, 2015), 81

³⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 023-15-SIN-CC, casos No 0006-11-IN y 0007-11-IN acumulados, 01 de julio de 2015.

autoridades públicas que ejercen facultades normativas entren en contradicción con la Norma Suprema.

Entonces es importante destacar, esta facultad otorgada a la Corte Constitucional, que tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico con la Constitución, declarando la inconstitucionalidad de las normas, que tendrá como efecto su invalidez, de ahí que se ve reforzado el control de expedición de normas de tal suerte que:

En este tipo de procesos no se atiende la lesión individual que exhibe el legitimado activo, pues lo que se persigue es la satisfacción de un interés general, que los actos normativos guarden coherencia y armonía con la Constitución de la Republica y así evitar que las disposiciones promulgadas por el legislativo o por las autoridades públicas que ejercen facultades normativas, entren en contradicción con la Norma Suprema; es decir, hay que preservar la supremacía constitucional, por ello los efectos y las características de una sentencia de inconstitucionalidad generan como efecto la validez, invalidez o condicionamiento de la disposición jurídica, según sea caso, pero con efecto *erga omnes*³⁷.

Del análisis realizado a las garantías normativas podemos concluir que las mismas tienen como finalidad garantizar que el ordenamiento jurídico y normativo de nuestro país, guarde perfecta coherencia y armonía con el texto constitucional, para de esta manera garantizar el pleno reconocimiento y ejercicio de los derechos y demás garantías constitucionales, de esta manera las garantías normativas van dirigidas a todos los órganos estatales con potestad legislativa, principalmente a la Función Legislativa representada por la Asamblea Nacional. Sin embargo, en el caso de existir normas incompatibles o contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales derechos humanos, la Corte Constitucional como órgano de cierre, a través del control de los tratados internacionales, de la acción pública de inconstitucionalidad y de la consulta de norma, tiene la potestad de convertirse en “legislador o creador de derecho”, para de esta manera convertirse en guardián de la Constitución, expulsando del ordenamiento jurídico a las normas infra constitucionales que no se ajusten a la norma suprema.

³⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 048-15-SIN-CC, Caso No 0060-12-IN, de 23 de septiembre de 2015.

1.2.- Consideraciones sobre el derecho a la libertad

1.2.1 Naturaleza, alcance y restricciones del derecho a la libertad

Luego del estudio realizado respecto al nuevo modelo estatal y constitucional, llamado de derechos y justicia, nos centraremos en la problemática planteada en el presente trabajo, que permitirá entender en un escenario práctico la aplicación de las garantías constitucionales, en particular las normativas y jurisdiccionales. Para iniciar el análisis de proporcionalidad de la norma que ordena la privación de la libertad de una persona con la finalidad de garantizar el interés superior del niño, es necesario desarrollar el tema relacionado a la libertad ambulatoria, iniciaremos con una breve introducción respecto, del derecho a la libertad en general, que nos permitirá luego referirnos particularmente a la libertad de tránsito o ambulatoria.

Históricamente la libertad ha sido considerada como un valor superior e indispensable no solo para los distintos ordenamientos jurídicos, sino también para la existencia misma de la sociedad, de ahí que su determinación y protección es la base fundamental de un estado democrático, y mucho más aún de un estado constitucional de derechos.

Para ubicar un concepto amplio o general de libertad en primer lugar podemos mencionar lo que señala el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que nos ofrece el siguiente concepto de libertad: “es la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar por lo que es responsable de sus actos”; también considera a la libertad como “prerrogativa, privilegio, licencia; condición de la persona no obligada por su estado a cumplimiento de ciertos deberes”³⁸

Se dice también que la libertad es el estado existencial del hombre en el cual éste es dueño de sus actos y puede auto determinarse conscientemente sin sujeción a ninguna fuerza o coacción psicofísica interior o exterior.³⁹ De ahí cada hombre tiene necesariamente que construir su propia vida decidiendo en cada momento los actos que va a realizar y ajustándolos a unos valores morales que libremente acepta. Por esta razón el valor supremo de la persona humana es, como consecuencia, la libertad.

Otro concepto encontrado es aquel dado por Luis Carlos Sáchica que menciona:

³⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, <http://lema.rae.es/drae/?val>

³⁹ Manuel Osorio, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, (Guatemala, editorial Eliasta), 575.

La libertad no es un objeto, no es algo constituido y dado, preexistente a sus sujetos ni condición nativa de sus titulares, porque es el hombre, al hacerse, persona que a sí mismo se hace libre, dueño de sí, capaz de disponer de sí. Y porque la libertad no es cosa externa al hombre que este pueda observar a apreciar como objeto de conocimiento, es algo que se vive, es una vivencia nuestra en nosotros, una realidad existencial de nuestro existir. Hecha al vivir y por tanto siempre haciéndose inconclusa⁴⁰

Ahora bien, tratando ya de introducirnos en el concepto de libertad desde un aspecto jurídico, mencionaremos aquel que fue dado por Guillermo Cabanellas⁴¹ quien en nos recuerda la definición de Justiniano, que dice: “es la facultad natural de hacer cada uno lo que quiera, salvo, impedirselo la fuerza o el derecho.”. Menciona además a la libertad como el “poderío que todo hombre naturalmente de hacer lo que quisiese, solo que la fuerza o el derecho de la ley o del fuero se lo embargue”.

Sobre esta base y con la finalidad de una mayor comprensión sobre el derecho a la libertad, dentro del marco constitucional, revierte especial relevancia el estudio realizado por el maestro Robert Alexy, respecto del derecho general de libertad menciona es la libertad de hacer y omitir lo que se quiera. Frente a este concepto, señala que el mismo significa dos cosas:

Por una parte, a cada cual le está permitido *prima facie* – es decir, en caso de que no intervengan restricciones- hacer y omitir lo que quiera (norma permisiva). Por otra, cada cual tiene *prima facie*, es decir, en la medida que no intervengan restricciones, un derecho frente al Estado a que éste no impida sus acciones y omisiones es decir no intervenga en ellas (norma de derechos)⁴².

Además, en su obra de teoría de los derechos fundamentales para explicar sobre el derecho general de libertad cita a Kant, para quien la libertad es la medida en que puede coexistir con la libertad de cada uno de acuerdo con una ley universal, es el único derecho originario que corresponde a todo ser humano, añade que es la independencia del arbitrio de las coacciones provenientes de otros.

Ahora bien, en estricta relación con la protección de los derechos humanos, en especial del derecho a la libertad, lo encontramos en un antecedente histórico, como

⁴⁰ Jorge González Moreno, *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia, Esencia de la libertad*, (Quito, Tribunal Constitucional y Fundación Konrad, 1999),295

⁴¹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*,(Buenos Aires, Editorial Heliasta,1986)

⁴² Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición), 301 y ss.

lo es la Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁴³, en la que se estableció que la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no afecte a otros: por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada ser humano no tienen más límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de sus propios derechos.

De los conceptos anotados, podemos concluir que la libertad tomada desde un aspecto general, constituye el ámbito dentro del cual una persona está facultada para realizar sus acciones u omisiones, sin que existan restricciones en su entorno por parte de los demás miembros de la sociedad ni tampoco de la estructura estatal, sin embargo, como veremos más adelante la libertad puede ser regulada con la finalidad que no sea confundida como una ausencia de límites personales.

Continuando con el análisis, como ya hemos hablado, respecto del concepto de derecho a la libertad en general, es necesario destacar la importancia de la libertad, como un valor supremo e indispensable no solo para el ordenamiento jurídico sino para la existencia misma de la sociedad humana y de un estado democrático de derecho, en el que exista eficacia de normas constitucionales y predominio de la ley.

Ahora bien, en relación al tema de trabajo, específicamente el derecho a la libertad personal el cual es indispensable para el desarrollo de las actividades de todo ser humano en la sociedad, reconocido de modo expreso en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en casi todos los textos constitucionales. No se trata de un derecho absoluto sino, que admite restricciones; sin embargo, estas solo pueden llevarse a cabo en estricta observancia de los requisitos que para tal efecto también se encuentran previstos en las normas internacionales y nacionales.⁴⁴

Doctrinariamente, es importante destacar la distinción que hace Luigi Ferrajoli⁴⁵, sobre las libertades, las que separa en dos grandes clases: *la libertad de* y *la libertad para; las libertades-inmunitades y las libertades-facultades*. Entre las primeras se encuentran la libertad personal, el derecho a la privacidad, la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones privadas, es decir comprende las libertades en las que no deben existir interferencias o violaciones de terceros. Entre las segundas,

⁴³ Asamblea Nacional Constituyente Francesa, de 26 de agosto de 1789; constituye uno de los documentos fundamentales producto de la Revolución Francesa y es considerado un documento precursor de los demás instrumentos de derechos humanos promulgados a nivel nacional e internacional.

⁴⁴ Comisión Andina de Juristas, *Los procesos de amparo y Habeas Corpus*, (Lima, s.ed, 2000), 109.

⁴⁵ Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, (Madrid, Editorial Trotta, 2008), 111.

se encuentran aquellas libertades, consistentes además de inmunidad de interferencias e impedimentos también *facultades agendi*, como es la libertad de reunión, de asociación, de manifestación del pensamiento, de prensa.

Podemos concluir entonces que la libertad individual es el derecho mediante el cual la persona humana alcanza un desarrollo constante en su vida en sociedad y como consecuencia de dicho desarrollo obtiene una serie de derechos amparados y regulados por el sistema jurídico nacional. Desde el punto de vista subjetivo este derecho garantiza:

(...) que no se afecte la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Adicionalmente los alcances de la garantía dispensada a esta libertad, comprende frente a cualquier supuesto privación de la libertad locomotora, independientemente de su origen, autoridad o persona que la haya efectuado. Garantiza pues ante cualquier restricción arbitraria de la libertad personal⁴⁶.

En relación con la libertad personal, tomando un criterio de convencionalidad, es necesario referirnos a uno de los instrumentos internacionales más importantes en nuestro continente como es, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la que se refiere sobre este derecho en su artículo 7, que protege de manera general el derecho a la libertad y seguridad personales.

La Convención Americana en dicha norma determina, que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal, por lo que nadie puede ser privado de este derecho salvo en aquellos casos determinados en la Constitución y las leyes de cada país. De esta forma, nadie puede ser privado de la libertad de manera arbitraria⁴⁷.

⁴⁶ Mario Amoretti Pachas, *Violaciones al debido proceso penal, Análisis y crítica al proceso seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, (Lima, s.ed, 2006), 111.

⁴⁷ Convención Americana de Derechos Humanos artículo 7.- Derecho a la Libertad Personal 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2.- nadie puede ser privado de su libertad física salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida deber ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida deber ser llevada sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe en el proceso. Su libertad podrá ser condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este

En concordancia con lo señalado, el artículo 22 *ibídem*, dispone que toda persona tiene derecho a circular libremente por el territorio de un país.

Al respecto como ya se ha mencionado, el derecho a la libertad puede tener ciertas limitaciones, y en tal sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado jurisprudencialmente indicando que:

Si bien este derecho puede ejercerse de múltiples formas lo que en definitiva regula la Convención en este artículo “son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característica negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción” a este derecho.⁴⁸

En consideración de lo expresado por esta Corte internacional, podemos decir que cualquier privación de la libertad, ya sea dentro del ámbito de aplicación del poder punitivo estatal o por cualquier otro motivo –apremio del alimentante-, debe ser realizada con estricto cumplimiento de las garantías establecidas en la Constitución, que aseguren la protección de este derecho fundamental de las personas.

En esta línea, el artículo 7 inciso 2 de la Convención señala expresamente lo siguiente: “Nadie puede ser privado de su libertad física salvo por las causas y en las condiciones fijadas antemano por las constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”, al respecto la Corte Interamericana ha precisado que: “(...) nadie puede ser privado de la libertad personal, sino por las causas, casos, o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material) pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)”⁴⁹

En los casos que fueron citados *ut supra*, que fueron resueltos por la Corte Interamericana, se establecieron criterios de mucha importancia, que desarrolló concretamente el artículo 7.2 de la Convención, y determinó lo siguiente:

Reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal. (...)

principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos deberes alimentarios.

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador*, sentencia de 21 de noviembre de 2007

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gangaram Panday vs Suriname*, sentencia del 21 de enero de 1994.

La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y de “de antemano”, las “causas” y condiciones” de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana.

Por lo tanto, la privación de la libertad personal solo puede efectuarse en los casos, con las formas y por el tiempo previstos en la Constitución o la ley. En caso contrario, estaremos ante una **medida de carácter ilegal** que se encuentra prohibida tanto a nivel nacional como internacional.

Aquellas formas exigidas para la privación de libertad deben ser la existencia de una orden que autorice dicha privación; que la autoridad se encuentre facultada para ordenar la privación de libertad, y observar el cumplimiento de las formas y plazos previstos para que proceda la privación de la libertad.

Entendido el carácter de la detención ilegal, igualmente en su jurisprudencia la Corte ha desarrollado sobre el **carácter arbitrario de la detención**, estipulando que:

No es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido, entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto; y, iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales⁵⁰

De lo anotado, podemos resumir que los aspectos necesarios para realizar la detención de una persona, sin que la misma se constituya en arbitraria, es que exista compatibilidad con la Convención, la idoneidad de la medida, su necesidad y finalmente la proporcionalidad de la medida. Por ello, cabe puntualizar que la privación de la libertad personal, únicamente, se podrá efectuar en los casos y en las formas determinadas en la Constitución y las leyes pertinentes de lo contrario, nos encontramos frente a una detención arbitraria e ilegal.

Sobre esta base normativa de la Convención, cuando hablamos de las normas que tutelan el derecho a la libertad nos referimos a una categoría de normas preceptivas

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2005.

y atributivas de derechos. Toda vez que mandan a respetar el derecho de libertad, pero también conceden como derecho subjetivo público, un derecho a la seguridad, un derecho a la vida, un derecho a la integridad corporal. Este es el alcance que advertimos en las decisiones adoptadas por los órganos del sistema interamericano. Estas normas pueden originar pretensiones de carácter material y procesal. La pretensión material a que todos respeten el mismo derecho a la libertad y una pretensión procesal que tendrá como destinatario el Estado, es decir, una pretensión de tutela estatal o judicial.

1.3.- El principio del interés superior del niño en la normativa constitucional

Ahora bien, en relación a la protección interés superior del niño, como contraparte frente a la privación de la libertad del alimentante, tenemos que el principal antecedente respecto del reconocimiento de los derechos del niño, lo encontramos en el continente europeo, con la expedición de la primera Declaración sobre los Derechos del niño, que constituye un documento histórico dado en Ginebra en el año de 1924 y adoptado por la Sociedad de Naciones.⁵¹ Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, se advirtió la necesidad de brindar una especial protección a derechos específicos de los niños así como establecer responsabilidades frente a ellos por parte de los adultos. En 1959, la Organización de Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño y más tarde, en 1989, llegaría la Convención sobre los Derechos del Niño.⁵²

Al respecto, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) establece:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando 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.

Dentro del artículo 3 de la Convención se ha establecido las medidas que deberá tomarse por parte de los Estados para atender el denominado interés superior del niño, a través de las instituciones públicas y privadas y de sus personeros, así este artículo en su numeral 1 menciona lo siguiente: “1.- En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales,

⁵¹ Como precursores para esta Declaración, tenemos la creación de *Save de Children Fund*, que luego se estructuró como *Union Internationale de Secours aux Enfants*, con apoyo del Comité Internacional de la Cruz Roja. «<http://www.humanium.org/es/ginebra-1924>»

⁵² Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre d 1989

las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Continúa esta norma en su numeral 2 señalando que: “2.- Los estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha desarrollado este principio, manifestando lo siguiente:

(...) Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que, para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que este requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En este sentido, es preciso ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o la niña.⁵³

Así resulta que, en nuestro país, se ha recogido lo preceptuado por la Convención, especialmente lo que respecta a tomar las medidas de carácter legislativo para brindar la debida protección de los derechos de los menores, mediante la aplicación de la normativa por las instituciones públicas sean estas de carácter administrativo o judicial.

Dichas medidas legislativas las encontramos en las normas establecidas en el código civil, código de la niñez y adolescencia, código orgánico general de procesos, en los que existen preceptos que expresan el beneficio del interés superior del niño y que van en armonía con los convenios y tratados internacionales.

Ahora bien en el marco constitucional, sobre el interés superior del niño, en la Constitución de Montecristi⁵⁴, el constituyente ha prescrito en su artículo 44 inciso primero, que el Estado, la sociedad y la familia deberán promover el desarrollo

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Furlan y familiares vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012.

⁵⁴ Constitución del Ecuador. - Art. 44.- 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 demás de las demás personas.

integral, asegurar el ejercicio pleno de sus derechos, bajo la premisa que los mismo prevalecerán sobre los de las demás personas, y deberá atender su interés superior, por lo tanto podemos observar que el concepto de interés superior tiene un reconocimiento constitucional.

Podemos entonces mencionar varios criterios que nos permita entender el concepto del principio del interés superior del niño, de esta manera, para el español Isaac Ravetllat Ballesté⁵⁵ :

(...) definir lo que debe entenderse como interés superior del niño es una tarea compleja, ya que nos enfrentamos a lo que en derecho es conocido como un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general. Es por ello, que dicho concepto no debe ser interpretado en una forma estática, sino que, por el contrario, deberá entenderse en una forma dinámica, flexible, de manera que podamos ir perfilando caso por caso una concreción acerca de lo que es el *favor filii*.

De igual forma dentro del sistema anglosajón, en los razonamientos dados sobre el derecho de familia, en lo referente al “*welfare principle*” o principio del bienestar, el mismo que es considerado como la piedra angular del moderno “*custody law*” (derecho de custodia), al respecto de este principio se mencionó:

(...) incluye el bienestar material, tanto en el sentido de una adecuación de recursos para proporcionar un hogar agradable y un cómodo nivel de vida, en el sentido de un cuidado adecuado para asegurar el mantenimiento de la buena salud y el debido orgullo personal. Sin embargo, aunque debe valorarse lo material, es cuestión secundaria. Son más importantes la estabilidad y la seguridad, el cuidado y el consejo cariñoso y comprensivo, la relación cálida y compasiva, que son esenciales para el pleno desarrollo del propio carácter, personalidad y talentos del niño⁵⁶.

Sobre los criterios anotados podemos observar que el interés superior del niño es un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando la efectiva protección del niño y adolescente, con miras a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad teniendo una visión que vaya más allá de los aspectos materiales.

Dentro de la jurisprudencia internacional encontramos desarrollado este principio, que ha sido motivado por el Tribunal Supremo de España, que en sentencia explicó en los siguientes términos:

⁵⁵ Ravetllat Ballesté, Issac, El interés superior del niño, concepto y delimitación del término, <http://revistas.um.es/educatio/article/view/153701/140741>

⁵⁶ Caso Walter vs Walter and Harrison (Juez Hardy Boys), Nueva Zelanda, 1981.

no debe desconocerse el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al legislador, a todos los poderes públicos e incluso a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de los derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que ha de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando por el contrario su formación integral y su integración familiar y social de manera que las medidas que los jueces pueden adoptar se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor (...) ⁵⁷

Tal como se observa el desarrollo del concepto de interés superior del niño, constituye una proyección de la protección de los derechos que en general se identifica con la protección de aquellos que el ordenamiento jurídico atribuye y que tienen la categoría de constitucionales. (Arts. 44, 45 y 46 de la Constitución de la República).

En consecuencia, las regulaciones que desarrollen este principio y su contenido deben procurar asegurar la efectividad de los derechos de los niños y adolescentes que por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad.

Los operadores de justicia mediante sus resoluciones judiciales que deban decidir en relación a problemas suscitados con los niños y adolescentes, no pueden dejar de resolver argumentando que encuentran con un concepto vacío, toda vez que se ha demostrado que este principio tiene varias aristas que permiten resolver los distintos casos que se presenten.

Sin duda la determinación del interés superior está lleno de subjetividades y depende de la escala de valores del juez, de su formación ideológica, de su experiencia de vida, como así también de quienes participan en la decisión. De ahí que tal como sostiene Borrás⁵⁸ que a partir del interés superior se debe englobar dentro de esta categoría general todas aquellas formas o apariencias, que pretendan dar respuesta a su efectiva protección con total independencia de cuál sea la situación personal o familiar que se presente.

Sobre esta base debemos rescatar dos aspectos: primero que el principio del interés superior no solo vincula a jueces y tribunales en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino que también liga —y esa es su interpretación más amplia

⁵⁷ Tribunal Supremo de España, sentencia de 11 de junio de 1996 (RJ 1996/4756).

⁵⁸ Borrás A, *El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado*, Revista jurídica de Cataluña No 4

posible a todos los poderes públicos-, e incluso a los padres y al resto de los ciudadanos. El segundo aspecto se desprende de la noción del niño como sujeto de derechos, en constante evolución, que necesita participar en la construcción de su propia vida, para lo cual necesita ejercer los derechos de los que es titular, eso sí, de un modo progresivo, tal como veremos más adelante, esta concepción responde a lo que se conoce como doctrina de protección integral.

Como conclusión, este principio regulador de la normativa de los derechos del niño y adolescente se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y adolescentes y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, se fundan en su condición de persona, en consecuencia se establece que los dispositivos de protección de los derechos tienen un carácter complementario –no sustitutivo- de los mecanismos generales de protección de los derechos reconocidos a todas las personas, lo cual lleva implícito garantizar el “bienestar” en las esferas personal, familiar y social de los niños y adolescentes.

1.3.1. El niño como sujeto de protección del Estado y la doctrina de situación irregular

Para llegar al concepto actual respecto del interés superior del niño, es necesario verificar el camino que ha permitido desarrollar la protección eficaz de sus derechos, por lo que se observa del estudio existe por un lado la doctrina de protección irregular y por otro la doctrina de protección integral del menor.

En esta parte iniciaremos el análisis de la doctrina de situación irregular, la misma que conlleva ciertas manifestaciones como son las siguientes:

- Los menores son incapaces de juicio pleno sobre sus actos.
- La carencia de juicio y personería es presumida por el funcionario judicial o administrativo.
- Las condiciones del entorno familiar del niño no son consideradas en las resoluciones judiciales. (situación económica, integración familiar, falta de recursos familiares).
- La consideración de que el menor está en situación irregular (abandono, deserción educativa, falta de recursos) puede usarse para intentar justificar la

aplicación de medidas normalmente reservadas como sanción para figuras delictivas aplicables.

Así también varios autores consideran como los principales rasgos de esta doctrina los siguientes:

(...) 1) consideración de los niños y niñas exclusivamente como objetos de protección; 2) establecimiento de una legislación exclusiva para un sector de la infancia y adolescencia, en la que se encuentran confundidos los que han sido víctimas de violaciones a sus derechos con los que han infringido o se les acusa por violaciones a la ley penal; 3) una institucionalidad tutelar en la que sobresale el papel de los tribunales de menores; y, 4) de la existencia de medidas de “protección” que privilegian el “internamiento institucional”, eufemismo para referirse a la privación de la libertad.⁵⁹

Además, tal como señala el Instituto Interamericano del niño, la llamada doctrina de la situación irregular, realiza una distinción entre niños y menores, a partir de la cual se considera que son “niños” quienes tengan sus necesidades básicas satisfechas, y “menores”, quienes se encuentren marginados socialmente y no pueden satisfacer sus necesidades básicas.

Sobre estos criterios se han desarrollado legislaciones nacionales 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.⁶⁰

El régimen tutelar que se asocia con la llamada situación irregular no significa otra cosa, que legitimar una acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad. La orientación tutelar tiene como finalidad brindar al menor de edad un trato consecuente con sus condiciones específicas y darle la protección que requiere, de ahí que se utiliza la expresión modelo tutelar para referirse a ella.

Este modelo tutelar solo veía a los niños como objetos de protección y no como sujetos de derecho, adoptando de esta forma una especie de control y representación por parte de sus familiares y de los órganos estatales. De este modo el Estado intervenía

⁵⁹ Farith Simon, *Derechos de la Niñez y Adolescencia, De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones Integrales*, Tomo I, (Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2008), 167.

⁶⁰ Instituto Interamericano del Niño, escrito presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 07 de agosto de 2001.

aplicando un supuesto derecho en favor de los niños, niñas y adolescentes, pero que otorgaba las garantías mínimas de cuidado y de protección.

Desde un punto de vista jurídico-formal los niños se constituían en objetos pasivos de la intervención proteccionista o represiva del Estado. El sistema tendía a judicializar e institucionalizar cualquier problema vinculado con su condición de menores, y la figura del “juez tutelar” sobresalía como una forma de restituir las carencias del niño.

Ahora bien, el principal antecedente para iniciar un cambio sustancial a partir de este modelo tutelar para llegar a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, se produce a través de la opinión consultiva OC-17/2002⁶¹, en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, absolvió la consulta solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde se plantea la preocupación que en los países americanos y sus legislaciones mantienen una situación irregular en relación a los derechos y garantías en favor de los niños, toda vez que la misma no es plena, dejándoles simplemente como meros sujetos y actores de la protección judicial y de representación por parte del Estado.

Frente a estos hechos la Corte Interamericana de Derechos Humanos al momento de dictar su opinión, se pronunció sobre dos puntos importantes: el primero, se refiere a dejar de distinguir entre “niños” y “menores”, para de esta manera ubicar estos dos términos dentro de las personas que no han cumplido 18 años, salvo que hubiesen alcanzado la mayoría de edad por mandato de la ley. El segundo punto, se traduce en opinión de la Corte, en desarrollar lo que se conoce como la doctrina de protección integral, principalmente se ha determinado lo siguiente:

1. Que, de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no solo objeto de protección.
2. Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.⁶²

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002.

⁶² *Ibidem*.

Con estos antecedentes, podemos observar la transición a la doctrina de protección integral de los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos, quienes se encuentran bajo la tutela del *corpus juris* internacional, donde se define el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumen los Estados frente a la protección de aquellos derechos, definiendo las medidas de protección para cada caso en concreto.

1.3.2 El interés superior del niño y la nueva doctrina de protección integral

Como hemos mencionado en el numeral anterior la protección de los niños, niñas y adolescentes subyacen al amparo del *corpus juris*, por lo que principalmente debemos mencionar a la Convención sobre los Derechos del Niño, que permite abandonar la antigua doctrina de la situación irregular, que consideraba a los niños incapaces de asumir responsabilidad por sus acciones y solo son sujetos de protección.

Esta Convención, junto con otros instrumentos internacionales, acogió la doctrina de la 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.

De igual forma, la misma Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e incluso orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y responsable de los derechos de todas las personas.⁶³

Según este modelo de protección integral adoptado, los niños tienen derecho a ser partícipes de los procesos que impliquen la toma de decisiones que les afecten, no solo dentro del ámbito familiar sino también en las actuaciones que se realicen ante las autoridades competentes.

El régimen garantista que se vincula con la denominada doctrina de la protección integral con la que se hace referencia a una serie de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia; “se transita así del menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos”.⁶⁴

⁶³ Miguel Cillero Bruñol, *Derechos y Garantías de la niñez y adolescencia, hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Primera Edición, Quito, 2010), 88.

⁶⁴ Emilio García Meléndez, *Derecho de la Infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, (Fórum Pacis, Bogotá), 1994,

Esta doctrina tiene como finalidad crear un sistema garantista cuya sustancial preocupación es el reconocimiento de los derechos y de sus responsables legales, la identificación de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y no como objeto del proceso y el control de los actos de autoridad mediante el pertinente aparato de garantías.

Resulta importante destacar que esta Convención, entre otros instrumentos internacionales, permitió la elaboración de la doctrina de la protección integral, la misma que se basa en tres pilares fundamentales:

- a) el 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 a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños;
- b) 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,
- c) 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, constituye una responsabilidad y un derecho para los padres, pero también un derecho fundamental para los niños a ser protegidos y orientados hasta alcanzar su plena autonomía.

Como ya se mencionó en líneas anteriores la opinión consultiva OC-17/2002, la Convención sobre los derechos del Niño, junto con otros instrumentos internacionales, constituye un *corpus iuris internacional* para la protección de los derechos de los niños, que a la luz del artículo 19 de la Convención American de Derechos Humanos⁶⁵, la Corte Interamericana ha dado vida al contenido sustantivo de dicha norma, incorporando para su interpretación y aplicación el corpus normativo y doctrinario que han permitido ampliar los estándares en la materia, fenómeno que se ha visto desarrollando con el concepto del interés superior del niño, todo lo cual ha permitido un avance sustancial en la protección de los derechos humanos de los niños,

⁶⁵ Convención Americana de Derechos Humanos. - Art.19.- Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

niñas y adolescentes asegurándoles una mejor y más acabada garantía en el ejercicio de sus derechos y garantías.

De lo expuesto hoy en día debe darse una interpretación dinámica que permita la protección integral de los niños y adolescentes y responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no solo como objeto de protección.

Ahora bien, resulta conveniente revisar como a través de la jurisprudencia internacional y nacional se ha venido desarrollando esta doctrina, que conlleva garantizar el principio del interés superior del niño, de esta manera la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha motivado sus fallos aplicando este principio. En tal razón podemos observar casos de especial relevancia como el Caso Furlan vs. Argentina⁶⁶, en el que la Corte señala:

(...) los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece.

Además, la Corte ha dicho que se debe asegurar que los operadores de justicia garanticen el interés superior del niño, donde lo importante es realizar un análisis preventivo o anticipado que conduzca al fin último dentro de las resoluciones judiciales, que es el máximo bienestar del menor. Es decir el interés superior del niño es en sí mismo un fin legítimo e imperioso⁶⁷.

De esta forma, la Corte Interamericana, ha venido desarrollando a través de sus fallos la doctrina de protección integral conjuntamente con el concepto de interés superior del niño, reconociendo de esta manera al mismo como sujeto de derechos y no como objeto de protección, estableciendo que el fin mismo de los órganos judiciales es garantizar este principio en cada caso en concreto.

En esta línea, podemos observar también que las sentencias dictadas por este Organismo, han determinado varios elementos que forman parte del interés superior

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012.

⁶⁷ Corte Interamericana de derechos Humanos, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012.

del niño, como son la prelación sobre otros derechos⁶⁸, la autonomía progresiva⁶⁹, no discriminación⁷⁰, y finalmente la participación de los niños y consideraciones desde una perspectiva de género.

En nuestro país, esta doctrina de protección integral del niño, es adoptada a partir de la nueva Constitución y efectivamente es abordado por el máximo órgano de justicia y control constitucional, por ejemplo, dentro del caso No 0342-11-EP, en el que la Corte Constitucional se pronunció diciendo lo siguiente:

(...) el esquema asistencialista cambió a un sistema de protección con la adopción en 1989 de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) tratado que consagra más de 40 artículos sustantivos y cuya importancia radica en que el niño se convierte en sujeto de derechos y por tanto se encuentra dotado de personalidad jurídica, dignidad y capacidad⁷¹.

Se observa entonces como se asume esta doctrina, a partir del reconocimiento del *corpus juris* internacionalmente como se evidenció del análisis *ut supra*, por lo que los órganos de administración de justicia y en particular los jueces deben garantizar al máximo la protección del interés superior del niño. No obstante, aquello, más adelante será objeto de estudio ciertas decisiones que han sido adoptadas por los operadores de justicia, lo que nos permitirá establecer el nivel de cumplimiento y aplicación respecto de la debida protección al niño.

Para concluir, debemos mencionar que las características de la doctrina de protección integral se centran en la consideración de los niños como sujetos plenos de derechos, reconocimiento de todos los derechos para todos los niños y adolescentes, diferenciación entre niños y adolescentes en el tratamiento dentro del ámbito penal en el caso de ser víctimas o infractores y finalmente la diferenciación entre protección social y protección jurídica.⁷²

⁶⁸ *ibídem*

⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011.

⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Forneron e hija vs. Argentina, sentencia de 27 de abril de 2012.

⁷¹ Corte Constitucional del Ecuador, Voto concurrente de la Jueza Tatiana Ordeñana Sierra, Caso No 342-11-EP, sentencia No 022-11-SEP-CC.

⁷² Farith Simon, *Derechos de la Niñez y Adolescencia, De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones Integrales*, Tomo I, (Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2008), 175.

1.3.2.1 Análisis del artículo 44 de la Constitución de la República, bajo una lectura integral del texto constitucional.

Respecto del interés superior del niño y de los derechos de los niños y adolescentes el artículo 44 de la Constitución de 2008, establece en su texto lo siguiente:

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.

Como ya se ha mencionado el interés superior del niño constituye el principio rector dentro de la nueva doctrina de protección integral adoptada para la protección y garantía de los niños, niñas y adolescentes. El nuevo modelo constitucional ecuatoriano, no podía ser la excepción, y es así que la norma constitucional acoge esta doctrina, superando la denominada de situación irregular que rigió en nuestro país.

Bajo la doctrina de situación irregular, el menor se encontraba sometido a la tutela estatal, institucional o familiar, donde existía una relación de protección de los niños y adolescentes, por lo tanto, sus derechos no podían ser ejercidos directamente por ellos, es así que se asumía a la niñez como un problema que requería de intervención estatal y familiar hasta que lleguen a su etapa de adultos.

En este desarrollo de la concepción del interés superior del niño tanto los tratados internacionales y la actual norma constitucional prescribe que la obligación de atender el desarrollo integral de niños y adolescentes corresponde al Estado conjuntamente con la sociedad y la familia y se asegurará el ejercicio pleno de sus derechos, es decir que aquellos, ya no son meros sujetos de protección sino titulares de derechos desde el momento mismo de su concepción.

Es necesario precisar que si bien en la misma Constitución uno de los principios que rige para el ejercicio de los derechos es que son de igual jerarquía⁷³, el

⁷³ Constitución de la República. - Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía

constituyente ha previsto que en atención al interés superior del niño, sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas, lo que se traduce una jerarquización abstracta entre derechos. Es decir, que los niños y adolescentes poseen además de los derechos atribuibles a todos ser humano, otros específicos en su consideración a sus condiciones propias y naturales, por lo que sus derechos priman necesariamente sobre los demás.

Como se ha dicho el principio del interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado, su finalidad solamente admite una respuesta justa y correcta, que es la satisfacción de las necesidades y finalmente su bienestar, en tal sentido se debe propender al desarrollo integral entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones en un entorno social, familiar y educativo de afectividad y seguridad, como reza en la norma suprema.

En esta línea las garantías normativas, institucionales y jurisdiccionales adquieren especial relevancia, ya que permitirán desarrollar y proteger los derechos de los niños y adolescentes y garantizar el respeto del interés superior del niño.

Finalmente, respecto de las normas constitucionales sujetas a análisis, particularmente al referirse al interés superior del niño, la Corte Constitucional del Ecuador, ha señalado que “en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales de aquellos. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña”⁷⁴

Este organismo constitucional, en varias sentencias constitucionales dictadas al momento de analizar el caso en concreto, ha venido desarrollando y explicando cómo debe entenderse el interés superior del niño, y ha establecido que:

En definitiva, por el principio de interés superior de las niñas, niños y adolescentes, dicho grupo de atención prioritaria tiene el status de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se hace manifiesta –entre otros efectos- en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e interés, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les compete.⁷⁵

⁷⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 0223-15-SEP-CC, caso No 0026-12-EP, de 22 de julio de 2015.

⁷⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 022-14-SEP-CC, caso No 1699-11-EP, de 29 de enero de 2014.

De igual forma, en otro de sus fallos dictados, menciona que:

(...) La Corte Constitucional, en calidad de máximo órgano de interpretación constitucional, afirma que el interés superior del niño constituye la obligación, por parte de todas las funciones que conforman el Estado, de adoptar las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole, encaminadas a privilegiar prioritariamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en procura de alcanzar su desarrollo integral y la evolución del libre desarrollo de la personalidad. Así pues este grupo vulnerable de la sociedad goza de todos los derechos y garantías que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos a su edad, motivo por el que, para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia de este principio, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño proclamó que la “infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales”, en razón de su evidente estado de debilidad e inexperiencia, de acuerdo a las situaciones particulares en las que se encuentre (...).

En conclusión, de la lectura integral del texto constitucional actual, el deber de protección de los derechos de niños y adolescentes no es una obligación dirigida solamente al Estado, sino que incluye a la familia y a la sociedad quienes deben promover y garantizar el ejercicio pleno de sus derechos atendiendo su interés superior.

Capítulo segundo

El principio de proporcionalidad dentro de la creación legislativa y como método de control constitucional de las normas

2.1.- El principio de proporcionalidad como límite en el ejercicio de la creación normativa del legislador

Como ya se ha analizado en el capítulo anterior las garantías normativas establecidas en la Constitución, vinculan a los órganos con potestad legislativa para que la expedición de normas permita el desarrollo y protección de los derechos constitucionalmente reconocidos, en tal sentido, además de lo dispuesto en el artículo 84 de la norma suprema, estas garantías vinculan a todas las personas, autoridades e instituciones (art. 426).

En relación al tema planteado en el presente trabajo es necesario destacar que respecto de los derechos que aquí se analizan, como el derecho a la libertad y el derecho de niños y adolescentes deben ser regulados solamente a través de la expedición de ley, conforme se menciona en el artículo 132 y 133 de la Constitución, los mismos que señalan lo siguiente:

Art.132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Art. 133.- Las leyes serán orgánicas y ordinarias.

Serán leyes orgánicas:

2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías jurisdiccionales.

Adicionalmente, el artículo 11 numeral 4 prescribe que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, por lo tanto, como se puede observar de las normas constitucionales transcritas, que se encuentran interrelacionadas, se establece el medio de protección de los derechos, esto es las garantías normativas que vinculan principalmente al legislador y posteriormente a los jueces.

Entonces la creación normativa del legislador en relación a los derechos constitucionales, tiene sus límites, en primer lugar, en cuanto al procedimiento

legislativo es decir la forma (art.133 numeral 2 de la Constitución, y en segundo lugar en cuanto al fondo, el legislador se encuentra impedido de menoscabar, restringir o desconocer el contenido esencial de los derechos. De ahí que los derechos y sus garantías tiene reserva de ley orgánica, evidenciándose la preferencia y posición primaria de los derechos en todo el ordenamiento jurídico.

En este sentido, cuando existe afectación a las manifestaciones elementales de la libertad de acción humana, tanto más cuidadosamente tienen que ser ponderadas las razones aducidas como justificación frente al derecho básico de la libertad del ciudadano y sus intervenciones a través de la norma legal.

En efecto, una cosa es la situación de la persona privada de la libertad, que obra como dependiente de la norma objetiva, y otra el poder del Estado, que impone por sí mismo la norma a través del órgano legislativo, de tal suerte que, el Estado puede lo que quiere y la persona privada de la libertad puede lo que el Estado le permite querer. Es conocido entonces que el Estado tiene una autonomía jurídicamente ilimitada y la persona privada goza de facultades regidas por el ordenamiento jurídico estatal.

Con este razonamiento, encontramos que el legislador con la finalidad de garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes, su desarrollo integral y el pleno disfrute pleno de sus derechos, promulgó el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia⁷⁶, cuya última reforma⁷⁷ realizada en el año 2009, prescribe en el artículo innumerado 22 inciso primero, lo siguiente:

Art. 22.- Apremio personal. - En el caso de que el padre o madre incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias, el Juez/a a petición de parte y previa constatación mediante la certificación de la respectiva entidad financiera o del no pago, y dispondrá el apremio personal hasta por 30 días y la prohibición de salida del país. En caso de reincidencia el apremio personal se extenderá por 60 días, más y hasta por un máximo de 180 días.

Actualmente con la promulgación del Código Orgánico General de Procesos⁷⁸, la disposición derogatoria sexta⁷⁹ dispuso que la norma antes citada sea derogada, no obstante se ha mantenido en este cuerpo normativo, con el texto legal que señala:

⁷⁶ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial No 737, de 03 de enero de 2003

⁷⁷ Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial suplemento No 643, de 28 de julio de 2009.

⁷⁸ COGEP, Registro Oficial Suplemento No 506, de 22 de mayo de 2015

⁷⁹ COGEP, Disposición derogatoria sexta. - Deróguese la sección segunda del capítulo IV Procedimientos Judiciales y los artículos 292 y 293 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicado en el Registro Oficial No 737 de 3 de enero de 2003.

Art. 137.- En caso de que el padre o la madre incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias, la o el juzgador a petición de parte y previa constatación mediante la certificación de la respectiva entidad financiera o del no pago dispondrá el apremio personal hasta por treinta días y la prohibición de salida del país. En caso de reincidencia el apremio personal se extenderá por sesenta días más y hasta por un máximo de ciento ochenta días.

En la misma resolución en la que se ordene la privación de la libertad, la o el juzgador ordenará el allanamiento del lugar en el que se encuentre la o el deudor.

Previo a disponer la libertad de la o el alimentante, la o el juzgador que conoció la causa, realizará la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptorá el pago en efectivo o cheque certificado. Pagada la totalidad de la obligación, la o el juzgador dispondrá su libertad inmediata.

No obstante lo dispuesto en el presente artículo, la o el juzgador podrá ejecutar el pago en contra de las o los demás obligados.

Similar procedimiento se cumplirá cuando la o el obligado haya dejado de pagar dos o más obligaciones asumidas mediante acuerdos conciliatorios.

No cabe apremio personal en contra de las o los obligados subsidiarios.

Efectivamente podemos observar, que el legislador con la finalidad de garantizar el interés superior del niño, establecido en el artículo 44 de la Constitución de la Republica, ha dictado en una norma de carácter legal, la medida de apremio, en contra de la persona que incumple con el pago de las pensiones alimenticias que benefician a los niños y adolescentes en su desarrollo integral.

Como analizamos en el capítulo anterior, las garantías normativas permiten adecuar formal y materialmente la normativa jurídica a los derechos establecidos en la Constitución, en tal sentido la medida de apremio tiene como objetivo garantizar que el padre o madre de un niño o adolescente suministre los medios necesarios para su protección y desarrollo integral. Ahora bien, del análisis de la norma legal citada, que ordena el apremio o la privación de la libertad, nace la interrogante planteada al inicio de este trabajo, respecto de que si la misma es proporcional a la finalidad de proteger el interés superior del niño como derecho constitucionalmente establecido. Así, resulta de especial relevancia, analizar lo que conlleva esta especie de privación de libertad, pues sin lugar a dudas las sanciones contra la libertad individual, son las que mayor trascendencia poseen contemporáneamente en nuestro medio, ya que éstas constituyen

Deróguese, así mismo, los artículos 22, 23, 27, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42 y 45 de la ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, en materia de alimentos, publicado en el Registro Oficial No 643 de 28 de julio del 2009, incorporada como Título V del Libro II del mismo Código.

prácticamente la única forma de reacción estatal para la protección de otros derechos reconocidos en la normativa constitucional.

Considerando entonces que la creación de normas legislativas o infra constitucionales en las que se adoptan medidas que buscan la protección o progresividad de los derechos constitucionales necesitan de un examen de proporcionalidad, en el que se permite la existencia de una relación adecuada entre los medios y las finalidades perseguidas por el Estado, logrando de esta manera un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que podría producir⁸⁰.

Frente a estos hechos, surge la necesidad de verificar si la privación de la libertad de una persona, constituye realmente una medida que cumpla con el efecto disuasivo ya expuesto, de tal suerte que el juzgador al ordenar la misma, tenga la absoluta certeza que obtendrá el resultado esperado en aras de garantizar el interés superior del niño, caso contrario se verá obligado aplicar la norma en estricto sentido como una especie de sanción, lo cual conlleva a un escenario de efectos negativos para las partes que intervienen en este tipo de controversia de carácter social.

2.2 Naturaleza, importancia y ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad de la norma

Respecto al principio de proporcionalidad, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones señalando que permite la existencia de una relación adecuada entre los medios y las finalidades perseguidas por el Estado, con la aplicación de normas a las que se les puede considerar idóneas, necesarias y proporcionales en sentido estricto, logrando un equilibrio entre los beneficios de su implementación representa y los perjuicios que podría producir, por lo que corresponde identificar si las medidas que prevén las normas cumplen un fin constitucionalmente válido⁸¹.

Los conflictos entre principios se presentan entre dos situaciones:

⁸⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 010-15-SIN-CC, caso No 0017-13-IN, de 31 de marzo de 2015.

⁸¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 025-16-SIN-CC, caso No 0047-14-IN, de 06 de abril de 2016.

1. En los juicios de inconstitucionalidad normativa, cuando una norma o medida pública protege determinado valor o bien jurídico, pero existen otros que resultan afectados por la misma norma o medida de poder público.
2. Cuando en el enjuiciamiento constitucional de una conducta particular, se mide la norma constitucional que protege ese comportamiento, con otro derecho constitucional que resulta lesionado o limitado por ella⁸².

La presencia masiva de principios en nuestras constituciones contemporáneas (sobre todo en las llamadas constituciones del neoconstitucionalismo) exigen nuevas pautas argumentativas, basadas ya no –o no solamente, ni principalmente- en la subsunción, sino en la técnica de la ponderación y en el juicio de proporcionalidad.⁸³

Tomando como ejemplo a la Corte Constitucional de Colombia, y sus valiosos aportes en materia de jurisprudencia podemos identificar que su actividad judicial desarrolló criterios básicos para fundamentar correctamente sus decisiones, entre ellas se encuentra la proporcionalidad, mediante este criterio se convierte en legislador positivo, indicando mediante sus sentencias como deben aplicarse las leyes.

Es conocido que el principio de proporcionalidad tiene su punto de partida en Alemania en donde permitía juzgarlas intervenciones legislativas y administrativas de los derechos fundamentales. Este principio se integra por tres elementos, que a su vez sirven de examen para su intervención en las normas, estos son: “(...) idoneidad de la decisión legislativa para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, necesidad de la intervención y proporcionalidad en sentido estricto, según la importancia que persigue la intervención”.⁸⁴

Para mayor abundamiento también se ha dicho que el concepto de proporcionalidad comprende tres cuestiones parciales:

La adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda concluir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes⁸⁵.

⁸² Jorge Zabala Egas, *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*, (Guayaquil, EDILEX S.A., 2010), 383

⁸³ Jaime Cárdenas, *La argumentación como derecho*, (México, IJ-UNAM, 2005), 39, en Miguel Carbonell (Coord.), *Argumentación jurídica: El uso de la ponderación y la proporcionalidad*, (Quito, Librería Jurídica Cevallos, 2014), 9.

⁸⁴ Torres, *Presidencialismo Constituyente*, 341.

⁸⁵ Ángel Garrorena Morales, *El Estado español como Estado Social y democrático de derecho*, (Madrid, Editorial Tecnos S.A, 1991), 67

Para el caso concreto, respecto de la medida de privación de la libertad del alimentante frente a la finalidad de garantizar el interés superior del niño y adolescente, específicamente su derecho a percibir alimentos, podemos mencionar que los medios escogidos por el legislador no solo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir con su carácter de legitimidad. Como menciona la Corte Constitucional colombiana “el principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos que no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo”⁸⁶, como ocurre para el caso en análisis entre el derecho a la libertad del alimentante y el derecho de los niños, niñas y adolescentes.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español de igual manera se ha llegado a determinar que:

A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo de manera que el límite cumpla su función (negar protección constitucional a determinada conducta que se pretende encuadrada en el objeto de un derecho), sin que ese límite constituya un remedo de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo. La finalidad última del principio de proporcionalidad es, obviamente, evitar que el poder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental vulneren en su aplicación su contenido esencial.⁸⁷

Además, señala en varios de sus fallos que la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere, además de la previsibilidad legal, que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo.

Ahora bien, con relación al tema de investigación planteado, realizaremos un ejercicio que permita dilucidar si la norma acusada es proporcional o no con el fin que se persigue, para lo cual estableceremos los elementos del juicio de proporcionalidad:

2.2.1 Elementos del principio de proporcionalidad

⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-422- 1992.

⁸⁷ Ignacio Villaverde Menéndez, *Argumentación jurídica, el uso de la ponderación y la proporcionalidad*, Miguell Carbonell (Coord), (Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2014), 162

2.2.2.1 Subprincipio de idoneidad adecuación de la medida limitativa al fin perseguido.

De acuerdo con el principio de idoneidad, la restricción de un derecho es adecuada cuando ayuda a la consecución del fin que se persigue, si la restricción del derecho no sirve para proteger de manera efectiva otro bien o derecho constitucional, la medida resulta desproporcional.

Doctrinariamente, en relación al juicio de proporcionalidad se ha dicho lo siguiente:

El juicio de proporcionalidad exige la medida del poder público o conducta del particular que restringe o limita un derecho fundamental afectando al principio del que nace, debe ser idónea o adecuada a la consecución de la finalidad constitucional, debe ser coherente con el bien o con la finalidad por la cual existe. Si esa actuación no es adecuada para la realización de lo prescrito en una norma constitucional, ello significa que para esta última resulta indiferente que se adopte o no la medida en cuestión; y, entonces, dado que sí afecta, en cambio, a la realización de otra norma constitucional, cabe excluir la legitimidad de la intervención.⁸⁸

En la misma línea, mediante sentencia No 003-14-SIN-CC, dictada al momento de resolver el caso No 0014-13-IN y acumulados, la Corte Constitucional, sobre el subprincipio de idoneidad ha dicho que:

La idoneidad de este mecanismo para verificar la legitimidad o ilegitimidad de la intervención del Estado en el ejercicio de los derechos, parafraseando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reside en que permite identificar que las restricciones que se impongan sean necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo y que la carga de la prueba de las posibles restricciones a este derecho se encuentren en manos del Estado.

Dentro de la resolución de otro caso, puesto en conocimiento del órgano de justicia constitucional, se señala que:

Para determinar si la medida es idónea, debemos establecer si la limitación de los derechos que contiene la norma favorece el ejercicio de los principios que persigue. El principio de idoneidad determina que la limitación de un derecho fundamental u otro principio constitucional solo es constitucionalmente admisible si

⁸⁸ *Ibidem*, 385

efectivamente fácticamente, sirve para favorecer a otro derecho fundamental u otro principio constitucional⁸⁹.

Es decir que, que de acuerdo al criterio de idoneidad una medida normativa cumplirá este parámetro si la norma es eficaz para el cumplimiento del fin constitucional por el cual fue establecida.

Bajo estas consideraciones, en relación al tema presentado en este trabajo, al hacer un ejercicio respecto de la idoneidad y la utilidad de la medida de privación de libertad de una persona es decir del apremio personal en contra del alimentante que incumple sus obligaciones, como medida de presión o medida cautelar, se obtiene, cuando con su aplicación, tanto el destinatario de las pensiones alimenticias como la sociedad, logran un beneficio; es decir, que esa utilidad, en bien de los niños, niñas y adolescentes, sea muy superior a la privación de su libertad que recibe o recibió en lo individual el alimentante. De ahí que la utilidad del apremio personal viene asociada a sus fines, los cuales se identifican como la intimidación del alimentante y protección social de los alimentarios. En tal sentido, la privación de la libertad no debe convertirse una pena indeterminada o perpetua pues la misma se convertiría en arbitraria, ilegal o ilegítima, que por el contrario de obtener un beneficio traiga consecuencias negativas en la persona detenida, por ejemplo, la inactividad laboral para obtener recursos.

2.2.2.2 Subprincipio de necesidad

De acuerdo al criterio de necesidad se establece el límite fijado de un derecho constitucional, solo si a través de esta medida se puede lograr el fin que se persigue y que sea menos lesivo para el derecho limitado o que no le afecte en absoluto.

La proporcionalidad exige, además, que se acredite la *necesidad* de la limitación al derecho y que es al menos lesiva o gravosa entre las que se pueden optar para conseguir la misma finalidad constitucional perseguida. Dicho de otra forma, si se puede alcanzar la realización de una finalidad constitucional optando entre una

⁸⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 0008-14-SCN-CC, Casos No 0027-10-CN y acumulados, de 24 de septiembre de 2014

pluralidad de medidas o actuaciones, debe escogerse aquella que menos perjuicios cause mirando el caso desde la orilla del otro principio en contradicción⁹⁰.

De igual forma encontramos en el desarrollo jurisprudencial constitucional sobre el subprincipio de necesidad que se menciona lo siguiente:

Respecto al parámetro de necesidad, este elemento comporta la verificación de que no exista una medida alternativa menos restrictiva de derechos que sea igualmente idónea para la consecución del fin constitucionalmente protegido; es decir, de que todas las opciones que se tenga para la consecución de un objetivo constitucional, se deberá optar por la menos gravosa en relación a los derechos de las personas⁹¹.

Así en relación a la problemática estudiada, la intervención realizada de un derecho constitucional debe estar plenamente justificada, de tal suerte que el apremio personal debe ser necesario para los fines que se propone, pues si no lo es no debe aplicarse. La necesidad de persuadir a una persona de su obligación de suministrar pensiones alimenticias, amenazándola con la privación de su libertad por un plazo de 30, 60 y 180 días debe ser una necesidad aplicada si es absolutamente necesaria. Al respecto, los jueces pueden propiciar otras medidas como son los convenios de pago, que el Estado establezca herramientas para la obtención de recursos económicos que permita cubrir sus obligaciones, o medidas cautelares de carácter personal y real como ocurre con otras obligaciones de carácter civil que se requiere el cobro. Sin embargo, si se utiliza la medida de privación de libertad no puede exceder los plazos legales, caso contrario se afectaría el derecho a la libertad del alimentante.

2.2.2.3 Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

El examen respecto de la proporcionalidad propiamente dicha, consiste en verificar la existencia de un equilibrio entre la protección y la restricción constitucional, así se menciona que:

El método de interpretación en sentido estricto lo explica la profesora M. Gascon Abellan de la siguiente manera: El juicio de proporcionalidad en el sentido estricto puede desglosarse en tres pasos. Primero hay que definir la “intensidad de la

⁹⁰ Jorge Zavala Egas, Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, 386

⁹¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 0025-16-SIN-CC, caso No 06 de abril de 2016, de 06 de abril de 2016.

intervención en el principio”. Después hay que valorar la “importancia de las razones” de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Y finalmente hay que decidir si la importancia de las razones para la intervención “justifica” la intensidad de la intervención⁹².

En este sentido es importante destacar que la Corte Constitucional, determinó en la sentencia No 0003-14-SIN-CC, sobre la proporcionalidad en sentido estricto manifestó que “Es evidente que toda medida legislativa que conlleva la imposición de una sanción implica una limitación de derechos al infractor, lo cual solamente será inconstitucional si se evidencia que la limitación impuesta no es equivalente al riesgo de vulneración del derecho constitucional que la norma pretende garantizar.⁹³ Por lo tanto, se puede decir en síntesis que:

la medida, además de ser idónea material y funcionalmente para limitar el derecho y hacerlo para proteger los otros derechos, bienes o intereses que imponen el límite, y necesaria e imprescindible, en el sentido de que entre las posibles sea la menos gravosa pero suficiente para ser idónea, debe ser equitativa en el reparto de los sacrificios. El derecho fundamental debe ser limitado en lo estrictamente necesario para asegurar la protección de aquellos otros derechos, bienes o intereses que lo limitan. Por tanto, el daño a estos últimos debe ser real o un riesgo cierto, y mayor que el que sufrirían si el derecho fundamental no se limitase.⁹⁴

Siguiendo con el caso propuesto, la medida de privación de la libertad debe ser justa en cuanto a su proporción, en dos aspectos, primero, en relación a la fijación hecha por el legislador, puesto que éste debe ser justo al establecer la proporción entre el apremio personal y la necesidad de otorgar los medios necesarios para garantizar el derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes; y segundo, en lo referente a la persona del que juzga, porque al imponerla deberá hacerlo con el más recto criterio de que la privación de la libertad impuesta al alimentante, es la más justa, es la que merece y es la *última ratio*, más aun cuando a partir del interés superior del niño las opiniones del hijo y circunstancias concurrentes, considera que en este supuesto no hay pruebas objetivas suficientes que permitan entender que es justificada y proporcionada, la privación de la libertad, negando además la relación humana y afectiva parento-familiar, pudiendo afectar negativamente a su adecuado crecimiento y desarrollo para la formación de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes. Considerando inclusive que la privación de la libertad puede devenir en arbitraria,

⁹² *Ibíd.*, 387

⁹³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 0003-14-SIN-CC, Caso No 0014-13-IN y acumulados

⁹⁴ *Ibíd.*, 165

ilegal e ilegítima, por lo que debe ser protegida con la activación de otras garantías jurisdiccionales, siendo así el derecho fundamental no debe ser limitado más allá de lo requerido para evitar ese mal mayor.

2.3.- Estudio de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y la Corte Constitucional del Ecuador y la aplicación del principio de proporcionalidad en el caso concreto (con la Constitución de 1998 y de 2008)

Para analizar la experiencia constitucional ecuatoriana es necesario tomar en cuenta ciertos aspectos relativos al control constitucional que efectuaba el ex Tribunal Constitucional bajo la regulación de la Constitución Política de 1998 y la Ley de Control Constitucional de 1997, a efectos de contrastarlo con el ordenamiento jurídico vigente desde 2008.

Sobre esta base normativa, encontramos que el Tribunal Constitucional, ha dictado varias resoluciones en donde se encuentra en conflicto el derecho a la libertad y el derecho a alimentos de niños, niñas y adolescentes, por lo que más adelante observaremos la argumentación o motivación realizada para resolver esta controversia.

En efecto, el Tribunal Constitucional del Ecuador al momento de resolver el caso No 0146-2007-HC⁹⁵, que llegó a conocimiento de este organismo, por la interposición del recurso de apelación ante la negativa del alcalde de la ciudad de Cuenca de conceder el habeas corpus a favor de un ciudadano que se encontraba detenido por adeudar las pensiones alimenticias, de esta manera había transcurrido en exceso el plazo determinado en la ley para que continúe privado de su libertad, por lo que el Tribunal utilizó los siguientes argumentos en su resolución:

(...) Sin embargo, el último inciso del mismo artículo, en su estructura literal conlleva a que la medida de apremio, cautela y fuerza, subordinada por tanto a un interés mayor, se traduzcan en una pena indefinida y perpetua por razón de las obligaciones de alimentos no sufragadas por más de un año. 6.- Es indudable que para hacer del sistema penal un instrumento de integración, de solución pacífica de los conflictos y no un mecanismo de marginación y estigmatización, hoy existe la tendencia internacional de establecer límites precisos en la prisión preventiva y esto tiene rango constitucional, conforme se ha manifestado anteriormente por lo que, un

⁹⁵ Tribunal Constitucional del Ecuador, resolución del caso No 0146-2007-HC, Registro Oficial suplemento No 189 de 11 de octubre de 2007.

mecanismo de presión para el cobro de pensiones alimenticias, no puede dar lugar a la pérdida de la libertad por tiempo indefinido.

Continúa la Sala, y señala lo siguiente:

(...) En el presente caso, la persistencia de una prisión indefinida, sin plazo ni límite por una obligación por definir y en todo caso pendiente de alimentos que, por otra parte, existe con independencia y con obligación ejecutiva distinta de la medida de apremio, cuya naturaleza se distorsiona cuando se convierte en penalización indefinida tal como se demuestra ha ocurrido en este caso, torna legítima la concesión del recurso.

(...) Si el alimentante contra el cual hay orden de arresto o no pago de pensiones atrasadas, al solicitar la suspensión de la medida, abona más de la tercera parte de la deuda y pide facilidades para el pago del resto, no resulta prudente negarse a la suspensión del apremio. Porque de mantenerse el arresto es razonable pensar que el deudor, a favor del cual se recurre al amparo, no tendrá la posibilidad de lograr los medios necesarios para satisfacer la deuda total, máxime si hay antecedentes que el apremiado se encuentra actualmente sin trabajo estable, antecedentes que el juez recurrido debe ponderar para resolver lo que corresponda en relación a los mismos. (...)

Bajo estas consideraciones, los magistrados del Tribunal Constitucional resolvieron revocar la resolución emitida por el alcalde de la ciudad de Cuenca, por lo que concedieron el habeas corpus planteado por el alimentante, concediéndole su libertad. Es importante resaltar que, en el *decisum*, se estableció además lo siguiente:

2.- Exhortar a los jueces de la Niñez y Adolescencia para que, en casos similares, protegiendo el derecho de los alimentarios, instrumenten mecanismos para garantizar el derecho a la libertad de los alimentantes, propiciando convenios de pago de las pensiones alimentarias adeudadas.

3.- Exhortar al Congreso Nacional, a fin de que proceda a realizar las reformas pertinentes al Código de la Niñez y la Adolescencia, conforme se analiza en el ordinal cuarto de la consideración quinta. -

Podemos observar entonces, que dentro de la fundamentación el Tribunal Constitucional, ya considera que la norma legal establecida en el Código de la Niñez y Adolescencia, en la que se ordena el apremio personal del alimentante resulta desproporcionada al fin que se pretende, es decir, proveer los medios necesarios para sustentar una vida digna de los niños, niñas y adolescentes.

Para referirnos a estos fallos judiciales, hay que recalcar que la Corte Constitucional debe interpretar la Constitución exclusivamente en el marco de sus competencias constitucionales, hay que destacar entre estas competencias la establecida en el artículo 436, numeral 6, que le atribuye el “expedir sentencias que

constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, habeas corpus, habeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”, esta norma implica que la Corte debe convertirse fundamentalmente en un *intérprete jurídico final de los derechos constitucionales*.

Es importante, como se ha mencionado en párrafos anteriores, que los operadores jurídicos y sus actuaciones judiciales tienen como finalidad la creación de derecho y no son simples aplicadores de las normas jurídicas al caso concreto. Sobre esta base, en el marco de la relevancia constitucional que adquieren los derechos establecidos en la Constitución de 2008, entre ellos el derecho a la libertad y los derechos de los niños, niñas y adolescentes –interés superior del niño–, que han sido analizados en este trabajo,

Con estos antecedentes veremos a continuación los patrones fácticos presentados en estos procesos constitucionales, las decisiones tomadas por los jueces de instancia y el criterio de selección atendido por la Corte Constitucional, para escoger los mismos y emitir su precedente jurisprudencial⁹⁶.

CASO No 0038-09-JH⁹⁷

En el presente caso, el accionante señala que dentro del juicio de alimentos seguido en su contra, en el Juzgado Tercero de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, se dispuso su apremio personal por primera ocasión, sin embargo, menciona que ha transcurrido en exceso la privación de la libertad conforme el plazo señalado en el Código de la Niñez y Adolescencia.

Con estos antecedentes, presentó acción de habeas corpus, en la que el Juzgado Segundo de lo Penal de Pichincha, resolvió negar la acción propuesta por considerar que la privación de la libertad no es ilegal, arbitraria o ilegítima. De esta decisión el accionante interpuso recurso de apelación, en el que la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, resolvió revocar la sentencia subida en grado y concedió la acción de habeas corpus.

⁹⁶ Los casos No 0038-09-JH y 0174-09-JH, que han sido seleccionados por la Corte Constitucional del Ecuador, no han sido resueltos, por lo cual no existe hasta la actualidad una sentencia de precedente constitucional obligatorio.

⁹⁷ Corte Constitucional del Ecuador, *Rendición de Cuentas del proceso de selección período 2008-2013*, (Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional CEDEC, 2013), 103

La Sala para resolver, argumentó su decisión en que el artículo 77 de la Constitución señala que la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente; ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de la libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente; y que bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las cuales por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los delitos sancionados con reclusión.

Además, menciona que existe la presencia controversial de dos derechos en conflicto, el derecho a la libertad personal por un lado y el derecho de los niños, niñas y adolescentes por otro, señalando que aplicarán el principio de proporcionalidad para dirimir la tensión entre principios y derechos constitucionales.

Por lo expuesto, el Tribunal de apelación concluyó que se ha transgredido el derecho a la libertad del recurrente, pues el afectado se encontraba detenido por más de treinta días; señalo que la indeterminación en el tiempo de detención del alimentante moroso desmaterializa el objeto de la pensión que es garantizar los derechos de niños, niñas y adolescente, ya que ante la imposibilidad de ejercer una actividad laboral que le permita el ingreso de recursos económicos se imposibilita cumplir con su obligación.

CASO No 0174-09-JH⁹⁸

En este caso seleccionado por la Corte Constitucional, el accionante indica que dentro del juicio de alimentos seguido en su contra, en el Juzgado Tercero de la Niñez y Adolescencia de Imbabura, se ordenó su apremio personal, por lo que se encuentra detenido por más de 45 días, por lo que se vulnera el principio *pro libertate*.

En tal razón, presentó acción de habeas corpus, en la que el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Imbabura, resolvió aceptar la acción presentada y dispuso la inmediata libertad del alimentante.

En su decisión señaló que el apremio personal es considerado una medida de la más alta presión y fuerza, creada por la ley para obligar el pago de pensiones alimenticias, por lo que debe ser de carácter temporal, por lo que aceptó la acción de habeas corpus y dispuso la inmediata libertad del alimentante.

⁹⁸ *Ibíd*em, 107

La Corte Constitucional conforme sus atribuciones ha seleccionado estos dos casos para desarrollar el precedente obligatorio para casos similares que se presenten en la interposición de la acción de habeas corpus, cuando la privación de la libertad ha sido ordenada dentro de los procesos judiciales de alimentos, para lo cual se ha aplicado los criterios de selección establecidos en el artículo 25 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que menciona:

Art. 25.- Selección de sentencias por la Corte Constitucional. - Para la selección de sentencias por la Corte Constitucional, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

4.- La Sala de Selección tendrá en cuenta los siguientes parámetros para la selección, que deberán ser explicados en el auto de selección:

- a) Gravedad del asunto
- b) Novedad del caso e inexistencia de precedente judicial
- c) Negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional
- d) Relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia.

Para los casos seleccionados la Corte ha considerado los parámetros establecidos en los literales a), b) y c), y ha identificado los siguientes problemas jurídicos que serán resueltos por este Organismo constitucional:

1.- ¿El no acatamiento de una norma legal respecto al tiempo de privación de la libertad por parte de una autoridad judicial genera una detención ilegal, arbitraria e ilegítima?

2.- ¿La extensiva privación de libertad por no pagar pensiones alimenticias deviene en una medida desproporcional para alcanzar la tutela del interés superior del menor?

3.- ¿Puede el juez constitucional que conoce una acción de habeas corpus disponer la suscripción de un acta de compromiso para garantizar los derechos del alimentario, como requisito para ordenar la libertad del accionante?

Resulta claro entonces que el precedente que llegue a dictar la Corte Constitucional servirá para determinar por una parte, si la medida adoptada por el legislador es proporcional, y por otra, verificar que los jueces ordinarios están llamados a realizar un ejercicio de protección del derecho a la libertad, cuando por motivo de la aplicación de la norma legal establecida en el Código Orgánico General de Procesos ordenen el apremio personal, para que la misma no se convierta en una

pena perpetua, ya que debe considerarse que la misma es una medida cautelar de presión y fuerza creada por el legislador para obligar al pago de las pensiones alimenticias, por lo que debe extenderse dicho apremio más allá de los límites establecidos en la ley.

En conclusión, como hemos analizado con la promulgación de la Constitución de la República de 2008, el papel de los jueces ordinarios y de la Corte Constitucional como máximo órgano de interpretación y control constitucional, es de primordial importancia frente a los derechos constitucionales y sus herramientas de protección como son las garantías jurisdiccionales. Sin embargo, no podemos dejar de lado la actividad legislativa, en el que el legislador dentro de su producción normativa debe poner especial énfasis en crear disposiciones normativas aplicables en la práctica que realmente cumplan la finalidad para lo cual fueron creadas. Solamente cuando los actores del sistema jurídico ecuatoriano cumplan con su papel de garantes de los derechos fundamentales obtendremos un cambio en la cultura jurídica que permita que la Constitución actual no sea letra muerta, y sea un texto vivo para la toda la sociedad.

2.4.- Análisis respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad como método de control constitucional dentro de las garantías jurisdiccionales

Esta nueva concepción del constitucionalismo también trae consigo una nueva forma de razonamiento judicial a partir del cual se deja atrás aquel, utilizado por el positivismo jurídico, en el que existía un apego irrestricto a las normas legales formales, dejando de lado las disposiciones constitucionales que no se encuentren desarrolladas en la ley, por lo tanto el reconocimiento de los derechos constitucionales dependían de la actividad legislativa y en menor medida de la tarea jurisdiccional. En otras palabras la actividad de los jueces se traducía en una estricta sujeción a la ley, sin otorgar mayor relevancia a sus propios productos judiciales, con lo cual el derecho legislado o codificado se ubica como único o predominante en la estructura de fuentes del derecho.⁹⁹

En tal sentido la Constitución ecuatoriana de 2008, como otras normas constitucionales de Latinoamérica, invitan a cambiar la corriente del iuspositivismo

⁹⁹ Jhoana Romero Larco, *El derecho de los jueces*, Diego López Medina, Umbral: Revista de Derecho Constitucional, No 1, (2011), 201.

dogmático que sigue el esquema rígido de vigencia de la norma, donde se privilegia la forma de producción de la misma, en lugar de su contenido, por lo que el juez se convierte en un autómatas de la ley a través de una operación de subsunción de los hechos hacia la norma aplicable, pero carente de razonamiento jurídico amplio y sustancial. Por lo tanto, dicho cambio busca el iuspositivismo crítico, en el que se invita al juez a dotar y ampliar el contenido sustancial de las mismas leyes, ante la existencia de lagunas, dilemas y antinomias jurídicas, evitando la arbitrariedad y procurando la discrecionalidad en los juicios de validez que emita.¹⁰⁰

Es por ello que la realidad actual permite encontrar dichos cambios por lo que se afirma:

(...) ha venido alterando y ampliando la función de los jueces en relación con la ley, porque la “sumisión al imperio de la ley” asume un diferente significado respecto del que tenía en el pasado, cuando las normas constitucionales se consideraban dirigidas esencialmente al legislador y la actividad de los jueces estaba vinculada a la ley y no a los principios constitucionales de justicia material¹⁰¹.

Esta actividad judicial podemos establecerla como un *control jurídico* que lo ejercen obligatoriamente los jueces basados en normas que dan carácter jurídico tanto a valores fundamentales como a sanciones y procedimientos específicos;¹⁰² de ahí que los jueces están obligados en sus decisiones a argumentar y fundamentar jurídicamente su sentencia, respetando los principios y normas de carácter constitucional.

Este control jurídico, que recae en los jueces, en el cumplimiento de su rol de garantes de los derechos constitucionales, a través de las garantías constitucionales emerge por la concepción garantista adoptada por el constituyente en la Constitución de 2008, de tal suerte que permite concretar el postulado del Estado Constitucional de derechos y justicia.

Este nuevo papel de los jueces, revierte un proceso fundamental que permita obtener la eficacia de la justicia constitucional y la legitimación democrática de sus decisiones, tal como afirma Alfredo Ruiz:

(...) el proceso de aplicación de la justicia constitucional a través del conjunto de las garantías jurisdiccionales y, en general, mediante el ejercicio de las competencias destinadas a salvaguardar la supremacía de la Constitución, los jueces

¹⁰⁰ Rafael Enrique Aguilera Portales y Rogelio López Sánchez, *Los Derechos Fundamentales en la Teoría jurídica Garantista de Luigi Ferrajoli*, <http://www.juridicas.unam.mx>

¹⁰¹ Claudia Storini y Marco Navas Alvear, *La acción de protección en Ecuador, Realidad jurídica y social*, (Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2014), 142

¹⁰² Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional CEDEC, 2012), 171

desde sus diferentes niveles contribuyen decisivamente, tanto a la creación del derecho en sí como a la consolidación de la legitimidad del Estado constitucional de derechos y justicia, a su continuidad y a su desarrollo.¹⁰³

Sobre esta base, bajo el principio de la supremacía constitucional, los jueces son los llamados a contribuir con la protección de los derechos constitucionales con la consecución de la eficacia de las garantías jurisdiccionales, para de esta forma crear un vínculo y límite ante los demás poderes públicos, que permita materializar un modelo social de bienestar.

Entonces podemos observar, que nuestra Constitución, trae múltiples exigencias para los operadores judiciales, por sus propias características, que van más allá de los actores políticos y del conglomerado social, ya que solo en el uso judicial de la Constitución hallamos *interpretación y aplicación*, hallamos el derecho en su propia dimensión, sin duda no la única pero si la esencial, la dimensión judicial.¹⁰⁴

Esta dimensión judicial entonces, requiere que los jueces ordinarios tengan como material primario de su trabajo a la Constitución, desarrollar sus valores, principios y los derechos constitucionales de las personas ya sea de manera individual o colectiva en sus decisiones judiciales, bajo este parámetro constitucional los jueces pueden aplicar e interpretar las leyes en aras de evitar la violación de derechos.

Bajo las consideraciones expuestas podemos decir que los jueces tienen un papel fundamental frente a los derechos constitucionales, la democracia e incluso la política, tal como ha expresado Luigi Ferrajoli:

La figura y la colocación institucional del juez en el Estado democrático de derecho resultan todavía más netamente caracterizadas por su cualidad de externas al sistema político y de extrañas a los intereses particulares del sujeto en causa. El juez, al tener atribuido el control de legalidad sobre los actos inválidos y los actos ilícitos que pudieran ser cometidos también por los titulares de los poderes públicos, no puede tener respecto a ellos ninguna relación de dependencia.¹⁰⁵

En el contexto ecuatoriano, es importante que la nueva corriente constitucional traiga consigo además un cambio sustancial en nuestra cultura jurídica, que permita dejar atrás aquel formalismo jurídico arraigado en nuestro país. De ahí que uno de los

¹⁰³ Alfredo Ruiz Guzmán, *Aproximación al estudio de las garantías jurisdiccionales*, (Guayaquil, Universidad de Guayaquil, 2015), 56.

¹⁰⁴ Gustavo Zagrebelsky, *La ley y su justicia, tres capítulos de justicia constitucional*, (Madrid, Editorial Trotta, 2014), 137.

¹⁰⁵ Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, 215

principales actores son los jueces, para que sean ellos quienes permitan materializar los contenidos de la Constitución, por lo que debe ser una labor diaria y cotidiana, en aras de garantizar los derechos de todas las personas.

Este nuevo papel de los jueces frente a la Constitución de 2008 y el redimensionamiento de la función jurisdiccional “no es más como pensaba Montesquieu, y los liberales del siglo XIX, la boca muda de la ley sino que se convierte en el protagonista de la acción del Estado, mediante el papel de garantes últimos de los derechos constitucionales, y con ellos de las garantías procesales se convierten en un elemento esencial de este nuevo modelo”,¹⁰⁶ sin embargo este proceso de transformación, tiene sus detractores, especialmente los demás poderes públicos, que ven como una amenaza frente a sus atribuciones, por lo que muchos plantean la necesidad de plantear reformas que limiten el poder judicial y sus facultades.

Al respecto, sobre la interpretación de la Constitución, el autor Gargarella, señala que:

La alternativa judicial no parece, en principio, inaceptable. En definitiva, los jueces están en contacto diario con las normas jurídicas —están versados en ellas—, a la vez que están en contacto permanente con la sociedad, y más aún, con los afectados por el derecho. Ellos saben, entonces, de los alcances y problemas de los textos constitucionales. Están situados como nadie para saber qué es lo que se demanda del derecho y qué es lo que el derecho da y no es capaz de dar.¹⁰⁷

Asimismo afirma el autor, compartiendo su criterio con John Ely que “la noción de que los valores genuinos de la ciudadanía pueden ser discernidos de modo más confiable a través de una élite no democrática”.¹⁰⁸ Por lo tanto indica, que si lo que se quiere es proteger las nuevas convicciones de la ciudadanía, el poder legislativo se encontraría mejor situado que el judicial, para cumplir con dicho propósito, tratándose además de una cuestión de legitimidad democrática y de representación.

En esta misma línea, sobre los jueces se refiere, citando a Robert Bork lo siguiente:

(...) se encuentran limitados por la única cosa que puede ser llamada derecho, los principios del texto, ya sea a Constitución o la ley, tal como se lo entendía generalmente, al momento de ser aprobados. Los jueces, agrega, no tiene que salir allí afuera (del texto) para encontrar que es lo que el texto dice. No deben ponerse a buscar

¹⁰⁶ Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco (ed.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Tomo II*, (Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 35.

¹⁰⁷ Roberto Gargarella, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo I*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008), 125

¹⁰⁸ *Ibíd.*, 127.

principios morales valiosos o filosóficamente defendibles, sino que deben, únicamente, conformarse al texto de la Constitución.¹⁰⁹

Continuando con este análisis, y tratando de vislumbrar la nueva tendencia del constitucionalismo en nuestro país, se puede mencionar que el papel de los jueces a través de sus sentencias es propio de un ejercicio activista de los tribunales o judicaturas, que además de solucionar un caso concreto puesto bajo su conocimiento puede generar otros efectos frente a los demás poderes públicos y la sociedad, que tienen a generar cambios legislativos y jurisprudenciales.

Los efectos mencionados pueden ser:

- a) “Crear” derechos, es decir, garantizar la protección de un derecho no enumerado por considerarlo de raigambre constitucional, ampliando así la nómina de derechos protegidos.
- b) Ampliar las garantías procesales para la protección de los derechos, sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes.
- c) Señalarle al Congreso la necesidad de una reforma legislativa en determinada materia.
- d) Allanar los caminos procesales para facilitar y homologar el accionar del gobierno, a través de un salto de instancias.
- e) Convalidar normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales.
- f) Convalidar excesos del poder en general.¹¹⁰

Bajo estas consideraciones, los jueces como desarrolladores del texto constitucional tienen también un rol importante frente a la democracia, en este sentido Habermas justifica la existencia de los jueces en la medida que cuiden los procedimientos democráticos y defiendan la democracia deliberativa, de ahí que se afirma que los jueces no están para corregir la obra del legislador sino para cuidar que sea democrático.¹¹¹

Entendidas estas dos posturas, podemos concluir que las mismas se refieren a dos tensiones en particular, la primera parte de la situación que quien debe desarrollar los preceptos constitucionales es un órgano institucional o representantes que tengan un carácter democrático desde su origen; y la segunda se refiere a la posibilidad que

¹⁰⁹ *Ibíd.*, 128.

¹¹⁰ Osvaldo Gozaíni, *Proceso y Constitución*, Volumen I, (s.ed), 390

¹¹¹ Torres, *Presidencialismo Constituyente*, 336

sean los jueces quienes sean los encargados de esa tarea a partir de su directa y estrecha vinculación en la aplicación de la Constitución en la práctica judicial.

De ahí que, es importante resaltar que la tarea de los jueces adquiere mayor importancia volviéndose casi imprescindible su actuación dentro del nuevo modelo constitucional instaurado en nuestro país a partir de 2008, como ha venido ya desarrollándose inclusive a nivel mundial, llegando a esta región a países como Colombia, Bolivia, Venezuela, Argentina, por lo que con acierto varios autores lo han denominado “*expansión global del poder de los jueces*”.¹¹²

Bajo estas consideraciones, los jueces se encuentran ante la ineludible tarea de legitimar sus actuaciones convirtiéndose en verdaderos garantes de los derechos y haciendo que la Constitución sea un texto vivo y con normas que sean eficaces en su aplicación, todo cual redunde en una verdadera protección a todas las personas frente al posible abuso de quienes detentan el poder ya sea político, económico, militar o social; en palabras de Courtis sería:

(...) la transparencia y publicidad de su actuación, la calidad argumentativa de sus decisiones, la independencia de criterio, el desarrollo de una jurisprudencia sobre derechos fundamentales, y la sensatez de su posicionamiento frente a cuestiones que susciten el debate de la opinión pública. Por lo contrario, la oscuridad o ausencia de fundamentación de las decisiones judiciales, la sospecha de cercanía con los poderes políticos y la notoriedad de la defensa de sus privilegios e intereses corporativos han resuelto, tradicionalmente, en la deslegitimación de la actuación del poder judicial, y difícilmente podrían contribuir a mejorar su imagen ante la ciudadanía”.¹¹³

Por eso, la motivación o fundamentación razonada de los pronunciamientos judiciales tiene un significado para la democracia institucional, en el sentido de legitimar la intervención judicial en un régimen constitucional.

Como hemos expuesto la Constitución se concreta por medio de la interpretación; por este motivo se ve potenciada aún más la importancia de la motivación de la decisión judicial, porque en cuanto relación entre argumentación y decisión, será el único instrumento que permita establecer si el parámetro de control es o no objetable en la medida en que esta concreción lo sea.

A manera de conclusión, considerando el compromiso que adquieren los jueces dentro del Estado constitucional de derechos se puede decir que:

¹¹² N. Tate y T. Vallinder (eds.), *The global expansion of judicial power*, (New York, New York University Press, 1995), en Miguel Carbonell (ed.), *El canon neoconstitucional* (Madrid, Editorial Trotta, 2010), 382.

¹¹³ Ch. Courtis, *La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía*, 2005, 37, en Miguel Carbonell (ed.), “El canon neoconstitucional”, 400.

El juez es quien hace valer el ordenamiento jurídico en su aplicación diaria y si éste sólo vale en cuanto es aplicación de los principios y derechos enunciados en la Constitución, sin mediación de ley alguna y a pesar de ésta cuando los contradice, la cual incluso, en estos casos, debe ser objetada de inválida, comprendemos que ahora el juez es aplicador de la Constitución, incluso por sobre la ley. Su deber es tornar en eficaces los derechos de acuerdo con sus contenidos esenciales tal como vienen reconocidos por la Constitución y no como sean desarrollados por la ley. Por todo ello, el juez pasa a estar vinculado a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales no a la ley.¹¹⁴

Por lo tanto, el juez no puede considerarse satisfecho por haber podido motivar su decisión de una manera aceptable; debe apreciar también el valor de esta decisión y decidir si le parece justa o, por lo menos, razonable, para de esta forma brindar una verdadera protección de los derechos, aplicando los preceptos de la Norma Suprema, sin necesidad de esperar el accionar legislativo, más aún en la problemática planteada en la que se encuentra en juego el derecho a la libertad de una persona.

Podemos, pues, decir que existe un conjunto de precondiciones que deben satisfacerse para que el proceso político mayoritario sea verdaderamente igualitario, instrumentalmente fiable y moralmente legítimo. Esas precondiciones, sin embargo, pueden ser cumplidas en mayor o menor grado. [...] Si ello es así hay que admitir que la introducción en esos países del control judicial de la ley supone un “coste” desde un punto de vista democrático, pues este control implica la posibilidad de que los tribunales de justicia (menos sensibles a la voluntad popular) anulen leyes adoptadas a través de parlamentos democráticos (más sensibles a esa voluntad)¹¹⁵

Con las consideraciones anotadas a lo largo del presente trabajo podemos concluir que es necesario considerar que el conjunto de garantías constitucionales, especialmente las jurisdiccionales hacen parte esencial y son el elemento más importante que ha previsto el constituyente para concretar la finalidad garantista de los derechos constitucionales en un Estado Constitucional de derechos.

Resulta necesario que en aplicación de las garantías jurisdiccionales, los operadores judiciales siempre procuren ampliar su contenido y el ámbito de aplicación e interpretación de dichas garantías.

¹¹⁴ Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*, (Guayaquil, Edilex.S.A, 2010), 369

¹¹⁵ Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, *El canon neoconstitucional*, (Madrid, Editorial Trotta, 2010), 359.

Conclusiones

Resulta necesario que los jueces ordinarios que se convierten en constitucionales al momento de conocer sobre las garantías jurisdiccionales, confronten sus decisiones actuando bajo el principio de supremacía constitucional, y resuelvan con la debida motivación sus pronunciamientos.

La relación entre los jueces de la Corte Constitucional y de la justicia ordinaria no debe ser un vínculo de subordinación por eso, en la búsqueda de armonía entre ellos debe existir un fin común especialmente en el tema de la ejecución por parte de la justicia ordinaria de las sentencias dictadas por la jurisdicción constitucional. Las actuaciones de la Corte Constitucional como máximo órgano de control e interpretación constitucional, así como de los órganos y representantes del poder judicial deben generar el debate en torno a los derechos constitucionales que aquí se han analizado, para que finalmente se pueda concretar en sus fallos el efecto de protección adecuada hacia los ecuatorianos.

En tal sentido es necesario, que los precedentes obligatorios dictados por la Corte Constitucional respecto del derecho a la libertad y al interés superior del niño sean socializados entre los jueces de justicia ordinaria para de esta manera encontrar criterios uniformes al momento de dictar sus fallos en aras de encontrar una eficaz protección y aplicación de la norma constitucional.

Es evidente que la restricción de la libertad personal, en cualquier caso, sin contar garantía de defensa ni controles jurisdiccionales suministra el lugar y el momento privilegiados para el abuso o al menos para actos arbitrarios.

El legislador dentro de su producción normativa debe encontrar los mecanismos más idóneos y adecuados para conseguir los fines perseguidos, evitando de esta manera crear incertidumbre jurídica en cuanto a la aplicación de las normas por parte de los administradores de justicia y en general para toda la sociedad.

Es imprescindible que los jueces en su rol de garantes de los derechos constitucionales, realicen una correcta interpretación del alcance de los principios constitucionales, con lo cual se podrá tener un control jurídico de los actos de los poderes públicos, para evitar la arbitrariedad de quienes ostentan el poder o de personas particulares, más aun cuando se encuentra en conflicto derechos que necesitan de la protección estatal, que en el caso concreto son el derecho a la libertad

y el derechos de niños, niñas y adolescentes a contar con los medios necesarios para tener una vida digna y los cuidados necesarios para su desarrollo integral.

Como se pudo evidenciar del test de proporcionalidad realizado a la norma acusada, en la que se establece la medida de apremio personal o privación de la libertad para el alimentante que incumple sus obligaciones de suministrar las pensiones alimenticias, no cumple con los elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, por lo tanto es necesario que el legislador y los jueces determinen otras medidas que permitan satisfacer el fin constitucionalmente válido, que en el caso concreto es el interés superior del niño.

Es recomendable socializar y plantear una discusión abierta que permita plantear alternativas de solución a los problemas prácticos que se generan al aplicar la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, rescatando para ello el papel fundamental de los jueces ordinarios y de la jurisprudencia que dicte la Corte Constitucional, pues la mejor manera de regular el ámbito, naturaleza, presupuestos y alcances de las garantías jurisdiccionales, es a través de dinamizar las fuentes del derecho, a saber, los precedentes y especialmente la jurisprudencia vinculante.

Es una tarea ineludible que todos los actores del ámbito jurídico ecuatoriano aporten e introduzcan cambios desde el aspecto legislativo, doctrinario, pasando a la esfera jurisprudencial, situación que permite crear un ambiente de conocimiento general de los derechos de los ciudadanos, especialmente cuando se trata de derechos de tanta importancia como son el de libertad y de los niños, niñas y adolescentes.

La Corte Constitucional del Ecuador, en calidad de máximo órgano de control e interpretación constitucional, no puede permanecer inactivo frente a ciertos casos que involucren derechos constitucionales, por el contrario debe dar a conocer sus fallos respecto de la garantía de aquellos, para que los jueces de instancia apliquen en la resolución de los casos concretos, por lo tanto es necesario que en los casos que han sido seleccionados por este Organismo, en relación a la privación de la libertad del alimentante, se dicta precedentes jurisprudenciales obligatorios que permitan dilucidar la aplicación de las normas en cuestión y resuelva la colisión de los derechos que se encuentran en conflicto.

Las soluciones ofrecidas por los operadores judiciales deben buscar puntos de equilibrio a partir de lo que dispone la norma constitucional y la normativa legal, que

permita el disfrute de los derechos establecidos en el texto constitucional. Es decir, la concretización de los derechos debe ser el fin fundamental de la práctica judicial. De tal suerte que los fines constitucionales sean cumplidos a cabalidad, en el caso concreto que exista una debida protección del derecho a la libertad de las personas y se determine un verdadero estado de bienestar y de garantía del interés superior del niño.

En cuanto a la problemática existente frente a la libertad personal, en lo que se refiere a la aplicación del apremio personal del alimentante, nos conlleva a pensar que hace falta un cambio trascendental, en los medios que se tienen que emplear para “sancionar” el incumplimiento de las obligaciones, puesto que hasta la actualidad no han surtido efectos positivos para las necesidades de los niños, niñas y adolescentes, razón por la que me permito indicar que para encontrar una solución a este problema, es evidentemente necesario que los juzgadores, abogados y los legisladores tengan una visión clara, un conocimiento profundo de lo que entraña el principio del interés superior del niño.

Es evidentemente necesario establecer cambios que vayan más allá de la privación de libertad como medida de presión o fuerza pues como se expresó claramente en el desarrollo del presente trabajo de investigación, ésta sanción está muy lejos de cumplir su verdadera finalidad, que es la de proporcionar las pensiones alimenticias a los niños, niñas y adolescentes.

Los administradores de justicia y los legisladores, deben verificar que la aplicación de cualquier medida que conlleve la privación de libertad de una persona en nuestro país debe ser garantizada mediante el cumplimiento de estrictos requisitos establecidos en la ley o inclusive dejar la privación de libertad únicamente en casos excepcionales, donde previo a un estudio profundo sobre el caso, se llegue a la conclusión de que éste constituye el mejor camino para lograr el fin perseguido.

Es necesario que el Estado, a través de sus instituciones cumplan efectivamente su deber de prevenir cualquier arbitrariedad que permia la vulneración o violación de los derechos constitucionales.

Bibliografía

- Amoretti Pachas, Mario, Violaciones al debido proceso penal, Análisis y crítica al proceso seguido contra Luis Bedoya de Vivanco, Lima, s.ed, 2006.
- Ávila Santamaría, Ramiro, Neo constitucionalismo Transformador, 1ra ed., Quito, Ediciones Abya- Yala, 2011.
- Ávila Santamaría Ramiro, Los derechos y sus garantías, ensayos críticos, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Alexy, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición.
- Beccaria, Cesare, De los delitos y de las penas, Editorial Temis, Bogotá, 1998.
- Bodero, Edmundo René, El Amparo de Libertad, Estudio Dogmático y Criminológico, 1a edición, Quito, 1996.
- Cabanellas, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1986.
- Carbonell Miguel y Leonardo García Jaramillo (eds.), El canon neo constitucional, Madrid, Editorial Trotta S.A, 2010.
- Cárdenas, Jaime, La argumentación como derecho, México, III-UNAM, 2005, en Miguel Carbonell (Coord.), Argumentación jurídica: El uso de la ponderación y la proporcionalidad, Quito, Librería Jurídica Cevallos, 2014.
- Cillero Bruñol, Miguel, Derechos y Garantías de la niñez y adolescencia, hacia la consolidación de la doctrina de protección integral. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Primera Edición, Quito, 2010.
- Comisión Andina de Juristas, Los procesos de amparo y Habeas Corpus, Lima, s.ed, 2000.
- Courtis, Ch, La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía, 2005, 37, en Miguel Carbonell (ed.), El canon neo constitucional.
- Costa, Fausto, El delito y la pena en la filosofía, Editorial Funes, México D.F, 1953.

- Corte Constitucional del Ecuador, “Rendición de Cuentas del proceso de selección período 2008-2013”, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional CEDEC, 2013.
- Cuello Calón, Eduardo, La Moderna Penología, Editorial Bosh, Barcelona, 1958.
- Eguiguren Praeli, Francisco, Lecturas sobre temas constitucionales, Comisión Andina de Juristas, Lima, Primera Edición, 1992.
- Espinosa Saldaña Barrera, Eloy, Habeas corpus contra resoluciones judiciales, un escenario en constante evolución, Lima, Editorial Palestra, 2008.
- Fábrega, Jorge, Las Garantías Jurisdiccionales para la tutela eficaz de los derechos humanos en Panamá, 1ra edición, Panamá, s.ed, 1991.
- Ferrajoli, Luigi, Derechos y Garantías: la ley del más débil, Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, Democracia y garantismo, Madrid, Editorial Trotta, 2008.
- Fix Zamudio Héctor, La protección procesal de los derechos humanos, México, Editorial civitas, 2002.
- Fix Zamudio, Héctor, Constitución y proceso civil en Latinoamérica, México, UNAM-instituto de investigaciones jurídicas, 1974.
- Flores Dapkevicius, Rubén, Amparo, Hábeas Corpus y Hábeas Data, Montevideo, Editorial B de F, 2004.
- García Belaunde, Domingo, El Habeas Corpus en Perú, Lima, Universidad de San Marcos, 1979.
- García Belaunde Domingo y otros, En defensa de la libertad personal, estudios sobre el habeas corpus, Lima, Cuadernos de análisis y crítica la jurisprudencia constitucional, Palestra Editores, Primera Edición, 2008.
- García Meléndez, Emilio, Derecho de la Infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral, (Fórum Pacis, Bogotá), 1994.
- Gargarella, Roberto, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo I, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008), 125

- Garrorena Morales, Ángel, El Estado español como Estado Social y democrático de derecho”, Madrid, Editorial Tecnos S.A, 1991.
- González Moreno, Jorge, Derecho Constitucional para fortalecer la democracia, Esencia de la libertad, Quito, Tribunal Constitucional y Fundación Konrad.
- Gozaíni, Osvaldo, Proceso y Constitución, Volumen I, (s.ed)
- Grijalva Jiménez, Agustín, Constitucionalismo en Ecuador, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional CEDEC, 2012.
- Manzini, Vicenzo, Tratado de derecho procesal penal, Buenos Aires, Ed. Ejea, Tomo I, 1959.
- Montaña Pinto Juan y Angélica Porras Velasco, Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Tomo II, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- N. Tate y T. Vallinder (eds.), The global expansión of judicial power, (New York, New York Univerity Press, 1995), en Miguel Carbonell (ed.), El canon neoconstitucional, Madrid, Editorial Trotta, 2010.
- Osorio, Manuel, Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, Guatemala, editorial Eliasta.
- Peces Barba, Gregorio, Curso de derechos fundamentales, Madrid, Universidad Carlos III, 1999, capítulo X, citado por Agustín Grijalva Jiménez, Constitucionalismo *en Ecuador*, Quito, Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional-CEDEC-2012.
- Prieto Sanchis, Luis, Justicia Constitucional y derechos fundamentales, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Reátegui Sánchez, James, Habeas Corpus y Sistema Penal, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2003.
- Ruiz Guzmán, Alfredo, Aproximación al estudio de las garantías jurisdiccionales. Guayaquil, Universidad de Guayaquil, 2015.
- Sandoval Huertas, Emiro, Penología, Partes General y Especial, Ediciones Jurídicas, Bogotá, 1998.

- Simon, Farith, Derechos de la Niñez y Adolescencia, De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones Integrales, Tomo I, Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2008.
- Storini Claudia y Marco Navas Alvear, La acción de protección en Ecuador, Realidad jurídica y social, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2014.
- Storini, Claudia, Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional. Foro Revista de Derecho, Quito, 2008, 37, en Claudia Storini y Marco Navas Alvear, “La acción de protección en Ecuador, Realidad jurídica y social”, (Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2014.
- Torres, Luis Fernando Presidencialismo Constituyente, Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2009.
- Villaverde Menéndez, Ignacio, Argumentación jurídica, el uso de la ponderación y la proporcionalidad, en Miguell Carbonell (Coord), Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2014.
- Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil, 6ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- Zagrebelsky, Gustavo, La ley y su justicia, tres capítulos de justicia constitucional, Madrid, Editorial Trotta, 2014.
- Zavala Baquerizo, Jorge Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II, Guayaquil, Edino, 2004.
- Zabala Baquerizo, Jorge, El Proceso Penal, Tomo I, Guayaquil, Editorial Edino.
- Zavala Egas, Jorge, Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Guayaquil, Edilex S.A Editores, 2010.

REVISTAS

- Borrás A, El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado, Revista jurídica de Cataluña No 4.

Cuarta Sala de la Corte Superior de Quito, 25 de septiembre de 1991, juicio penal por prevaricato, Revista de Jurisprudencia, Fundación Antonio Quevedo, No 4, 1992, citado por Alejandro Ponce Martínez, El recurso de Habeas Corpus, Quito, s/e

Romero Larco, Jhoana, El derecho de los jueces, Diego López Medina, Umbral: Revista de Derecho Constitucional, No 1, 2011.

NORMATIVA

Convención Americana de Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002.

Pacto de San José de Costa Rica, dado el 22 de noviembre de 1969.

Constitución de la República de 2008.

Constitución Política del Ecuador 1929.

Constitución Política del Ecuador de 1945

Constitución Política del Ecuador de 1998

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial No 737, de 03 de enero de 2003.

Código Orgánico Integral Penal, Suplemento del Registro Oficial No 180, publicado el 10 de febrero de 2014.

Ley de Régimen Municipal

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial suplemento No 643, de 28 de julio de 2009

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y NACIONAL

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, 29 de julio de 1988

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Caballero Delgado y Santa vs. Colombia*, Fondo, 08 de diciembre de 1995

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, Fondo, 15 de marzo de 1989.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador*, 21 de Noviembre de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Páez vs Perú*, 03 de Noviembre de 1997.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva 08/87*, de 30 de enero de 1987

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva 09/87*, de 06 de octubre de 1987

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*, sentencia de 21 de noviembre de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador*, sentencia de 21 de Noviembre de 2007

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gangaram Panday vs Suriname*, sentencia del 21 de enero de 1994.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, sentencia de 31 de agosto de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, sentencia de 31 de agosto de 2012.

Corte Interamericana de derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Forneron e hija vs. Argentina, sentencia de 27 de abril de 2012.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-422- 1992.

Caso Walter vs Walter and Harrison (Juez Hardy Boys), Nueva Zelanda, 1981.

Tribunal Supremo de España, sentencia de 11 de junio de 1996 (RJ 1996/4756).

Corte Constitucional del Ecuador, Voto concurrente de la Jueza Tatiana Ordeñana Sierra, Caso No 342-11-EP, sentencia No 022-11-SEP-CC.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 028-13-SEP-CC, caso No. 1520-10-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 092-13-SEP-CC, caso N.º 0538-13-EP

Tribunal Constitucional del Ecuador, resolución del caso No 0146-2007-HC, Registro Oficial suplemento No 189 de 11 de octubre de 2007.

Tribunal Constitucional del Ecuador, resolución del caso No 0146-2007-HC, Registro Oficial suplemento No 189 de 11 de octubre de 2007.

Tribunal Constitucional del Ecuador, Primera Sala, resolución de 05 de enero de 1999.

Corte Nacional de Justicia, Resolución s/n, de 23 de marzo de 2009, publicada en el Registro Oficial No 565, de 07 de abril de 2009.

PUBLICACIONES ELECTRONICAS

<http://lema.rae.es/drae/?val>

<http://www.humanium.org/es/ginebra-1924>

<http://revistas.um.es/educatio/article/view/153701/140741>

<http://www.juridicas.unam.mx>

<http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552007000100008>

