

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Constitucional

Test Raíces – Alas

Una herramienta de aplicación del interés superior de niñas, niños y adolescentes

Ricardo Alejandro Viera Navarrete

Tutor: Ramiro Fernando Ávila Santamaría

Quito, 2022



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Ricardo Alejandro Viera Navarrete, autor de la tesis intitulada “Test Raíces – Alas. Una herramienta de aplicación del interés superior de niñas, niños y adolescentes”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en 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 los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 15 de marzo de 2022

RICARDO
ALEJANDRO
O VIERA
NAVARRETE

Firmado digitalmente por
RICARDO
ALEJANDRO VIERA
NAVARRETE
Fecha: 2022.03.15
18:19:21 -05'00'

Firma: _____

Resumen

La presente tesis, a través del estudio crítico del concepto del interés superior, propondrá una herramienta interdisciplinaria que, a modo de test, se ha denominado Raíces – Alas, construida como un método que busca reivindicar la centralidad de las niñas, niños y adolescentes en los procesos de protección de derechos, entendiendo a éstos (los procesos) y a las normas como medios y nunca como fines. El test se presenta a través de un conjunto de preguntas sencillas, pero no simples, que deben guiar las actuaciones forenses y principalmente las resoluciones, garantizando una virtud poco a poco olvidada, como es la escucha respetuosa y empática, que reconoce en las personas la dignidad de su voz propia. El test se estructura sobre la base del interés superior, al que se lo deconstruye y -luego- devuelve como un camino de acercamiento a lo que cada niña, niño o adolescente, en su situación única, vive, siente y define, cuestionando su conceptualización en abstracto, apriorísticamente conocida por el Estado, la sociedad y la familia, en una constante mirada adultocentrista, que en doctrina se ha denominado situación irregular del menor.

Palabras clave: interés superior, niñas, niños, adolescentes, situación irregular, menor, test, raíces, alas, preguntas

A Luisa y Julieta, quienes día a día me devuelven la alegría de ser niño.

Agradecimientos

Agradezco a Carolina, por acompañarme en el camino de escuchar, comprender, muchas veces cuestionar y, cada vez que es posible, proponer. Por construir, desde lo propio y lo compartido, nuestra única libertad.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero. Situación irregular, protección integral e interés superior	15
1. Situación irregular del menor. La realidad en Latinoamérica y Ecuador	15
2. De la situación irregular a la protección integral.....	19
3. Interés superior. Entre la situación irregular y la protección integral en los Sistemas de Derechos Humanos	23
4. Interés superior en el sistema jurídico ecuatoriano.	29
Capítulo segundo. Test del interés superior.....	41
1. Interés	42
2. Evaluación y determinación del interés superior.....	46
3. Test Raíces - Alas	47
3.1. Raíces.....	48
3.2. Alas	53
3.3. Preguntas constitutivas del test Raíces – Alas	56
Capítulo tercero. Análisis de sentencias constitucionales que aplicaron el interés superior	59
1. Análisis de la sentencia de inconstitucionalidad sustitutiva de las condiciones en las que se deben emitir apremios personales en casos alimenticios (sentencia No. 012-17-SIN-CC)	60
1.1. Contexto.....	60
1.2. Problema jurídico y su resolución	61
1.3. Examen de aplicación del interés superior en la sentencia.....	64
2. Análisis de la sentencia sobre el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de adolescentes (sentencia No. 003-18-P.JO-CC)	67
2.1. Contexto.....	67
2.2. Problemas jurídicos y la jurisprudencia emanada de ellos	68
2.3. Examen de aplicación del interés superior en la sentencia.....	72
3.- Análisis de la sentencia sobre el ejercicio de los derechos parento-filiales, a la salud e identidad de una madre adolescente no acompañada, de nacionalidad venezolana y su hijo neonato nacido en Ecuador (caso No. 05202-2019-01771)	75

3.1. Contexto.....	75
3.2. Preguntas formuladas en la sentencia y su fundamento	75
3.3. Análisis de la sentencia aplicando el test Raíces - Alas	82
Conclusiones.....	85
Bibliografía.....	89
Anexos.....	
Anexo1: Sentencia No. 012-17-SIN-CC	
Anexo 2: Sentencia No. 003-18-P.JO-CC	
Anexo 3: Sentencia emitida en el caso No. 05202-2019-01771	

Introducción

El interés superior es uno de los conceptos más trascendentes del derecho familiar, por lo que, incluirlo en cualquier tema vinculado a la niñez y adolescencia es lo políticamente correcto y, no hacerlo, implica ignorancia, incapacidad o agravio, sin embargo, en su aplicación mantiene la paradoja de niñas y niños puros, pero defectuosos; creativos, pero inmaduros; titulares de derechos, pero incapaces; sujetos de compasión, pero de represión; generándose una construcción ambigua, que presenta una fachada de defensa de la doctrina de protección integral, pintada en la estructura de la situación irregular del menor.

En el ámbito forense, en el que desempeña una labor jurisdiccional, es más visible esta contradicción, ya que, al amparo del interés superior, igual se decide separar a una hija o hijo de sus progenitores, mantenerlo con uno de ellos o institucionalizarlo; valorar su opinión o no hacerlo para no revictimizarlo; sancionar el castigo físico o aceptarlo como una forma de educación; disponer una medida alternativa a la privación de libertad o el internamiento institucional; entre muchos ejemplos más. De esta forma el interés superior es todo y nada, garantía infundamentada o socapada arbitrariedad, voz y silencio, caridad y castigo.

El objetivo general de la presente tesis es investigar el contexto y concepciones en las que se creó la estructura teórica del interés superior, para de esta manera evidenciar varios de los problemas de su aplicación discrecional. Posteriormente, como objetivos específicos, se propondrá una mirada ecléctica del interés superior basada en una concepción positiva de capacidad-libertad que concluirá en la elaboración de una herramienta técnica de aplicación forense del interés superior y, finalmente, desde estas perspectivas, se analizarán las interpretaciones que se han realizado del interés superior en sentencias constitucionales.

Para este fin, en el primer capítulo se explorará el tejido regional y ecuatoriano en el que se originó la llamada situación irregular del menor, su aparente tránsito a la protección integral de la niñez y adolescencia y, la formulación del concepto del interés superior en el que -realmente- perviven ambas doctrinas.

En el segundo capítulo, se buscará realizar una deconstrucción¹ de la concepción del interés, planteando una mirada interdisciplinaria más cercana a la realidad vital de niñas, niños y adolescentes, para luego, acogiendo selectivamente el desarrollo del interés superior en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos proponer un instrumento tipo test, al que se ha llamado Raíces-Alas, para la guía y evaluación del interés superior en su aplicación en casos concretos.

En el tercer capítulo, se examinarán dos sentencias emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador, escogidas por su trascendencia en el sistema jurídico (al modificarlo), que pese a ser emitidas en función de control abstracto de constitucionalidad, nos permitirán analizar, algunas interpretaciones del interés superior que se han realizado en el ámbito constitucional, evidenciando si tienen una mayor tendencia a la situación irregular del menor o la doctrina de protección integral a la niñez y adolescencia. Finalmente se analizará una sentencia emitida en una acción de protección, en primera instancia, en la que se utilizó una parte importante del test, para examinar su utilidad y resultados prácticos.

Es importante señalar que, el test Raíces-Alas es una propuesta construida progresivamente en la sustanciación y resolución de casos concretos, para acercarse sin invadir, escuchar antes de responder, asistir y no tramitar, respetar y no imponer, comprender más que resolver; busca ser una forma que constantemente nos recuerde que los procesos y las normas son instrumentos que se adecuan a un fin, que son las personas y su dignidad.

Por su naturaleza, el test ha sido pensado para ser aplicado de tres maneras, como una guía interna en la sustanciación procesal, una metodología flexible al realizar una resolución y un medio para examinar si una resolución que se fundamenta en el interés superior, se centró en la niña, niño o adolescente, entendiéndolo como un sujeto de derechos o, maquilló una forma de adultocentrismo y prejuicio, característica de la doctrina de situación irregular del menor. Más, al ser elaborado y discutido, también se ha advertido la posibilidad de utilizarlo como un recurso en las interdisciplinas relacionadas al campo forense, así como, para quienes realizan el cuidado de niñas y niños, análisis pendiente para siguientes estudios.

¹ Desde la óptica de Jacques Derrida, la deconstrucción se entiende como una desestructura, descomposición de elementos, desarme, inquietud, una búsqueda de nuevas lecturas. Adolfo Vásquez Rocca, "Derrida: Deconstrucción, *Différance* y Diseminación. Una historia de parásitos, huellas y espectros", *Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, (2016):2, <http://dx.doi.org/10.5209/NOMA.53302>

Capítulo primero

Situación irregular, protección integral e interés superior

1.- Situación irregular del menor. La realidad en Latinoamérica y Ecuador

Cuando nace en nosotros/as la inquietud y la decisión de realizar estudios más profundos de la niñez y adolescencia, e iniciamos investigaciones desde el origen de sus concepciones, por lo general, nos encontramos con un recorrido foráneo y lejano que inicia en la antigua Grecia, en donde se asevera que los niños eran considerados como *ciudadanos imperfectos*²; paralela y consecutivamente, se conoce que en la Antigua Roma, hasta la época de Justiniano, el *pater familiae* en la familia *agnaticia* tenía respecto a ellos el “derecho de [su] vida y muerte (*ius vitae necisque*), el derecho de exponerlos (*ius exponendi*) [o] venderlos”³; luego, se realiza un salto a la edad media, en donde, debido a las guerras, el hambre y la peste, “no había espacio para la infancia”⁴, salvo como mandaderos en situaciones laborales peligrosas y precarias⁵; posteriormente, en la edad moderna, con el concepto de familia nuclear se vio a los niños como “frágiles criaturas de Dios que debían ser salvaguardadas y protegidas”⁶ a través de una educación de protección-corrección; finalmente, en la contemporaneidad, con la influencia de la Revolución Francesa “el niño se [...] presenta como un ser susceptible de guía, las formas

² Aristóteles refería: “De la misma manera que los muchachos, por su poca edad, no son admitidos al gobierno, y los viejos, que están exentos de los negocios, habremos de decir que, en cierto modo, son ciudadanos; pero no absolutamente, sino añadiéndoles los unos imperfectos, y a los otros ya jubilados por la edad, o alguna otra razón” Aristóteles, *La Política*, trad. Pedro Simón Abril (Madrid: Ediciones Nuestra Raza, 1935), 109

³ Manuel Romero Gross, *Compendio de Derecho Romano* (Quito: Centro de Publicaciones PUCE, 2008), 114 - 5

⁴ Philippe Ariès, “El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen”, http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/El_nino_y_la_vida_familiar.pdf

⁵ Desde la niñez, la incorporación de los pobres al campo laboral estaba garantizada. Los niños a los seis o siete años hacían de “mandaderos”, se incorporaban posteriormente al campo y desde los trece años eran susceptibles de servir en alguna casa como preámbulo a la actividad de aprendiz de un oficio. Laura Palomino Garibay, “Niñez y Juventud: Una aproximación histórica”, *Revista Electrónica de Psicología Iztacala* (Universidad Nacional Autónoma de México), vol. 18, No. 1, (marzo de 2015), 73, <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rep/article/view/48184>

⁶ Fernando Sáinz, *Los derechos del niño* (Madrid: Editorial Iberoamericana, s/año), 20, citado en Farith Simon, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, tomo I (Quito: Editorial Cevallos, 2008), 34

de educación acallan cualquier manifestación corporal, en tanto el juego y el ejercicio llenan el espacio de la niñez burguesa.⁷

Es muy común observar que, a partir de esta reseña histórica y poco precisa, se articule conclusiones locales, extrapolando acríticamente la realidad europea a la latinoamericana, sin embargo, existe evidencia de que nuestra realidad fue diversa y afectada radicalmente por la conquista española, y que nuestra historia nos fue negada, como lo dice Enrique Ayala Mora: “la época anterior a la invasión europea se denomina “Prehistoria”, como si la historia hubiera comenzado con la conquista”⁸

Antes de la conquista, las niñas y niños en Latinoamérica muy probablemente no eran considerados ciudadanos imperfectos u objetos posibles de venta como en Grecia y Roma.

En las culturas indígenas, los niños eran garantes de la reproducción y del desarrollo saludable de un pueblo y eran tomados en serio en su personalidad infantil. Los conquistadores invirtieron al contrario estos valores [...] A raíz de sus valores patriarcales, menospreciaron a la madre, convirtiendo a la mujer en un ser creado por Satanás cuyo único valor era ser usado de vez en cuando como objeto seductor.⁹

De acuerdo a investigaciones históricas y sociológicas, esta fue una realidad que conocieron los conquistadores y luego los colonizadores al llegar a nuestras tierras, una realidad que no pudieron entender y tampoco quisieron aceptar.

Los colonizadores no creían capaces ni permitían a los pueblos avasallados criar a sus propios hijos. Les costaba comprender y no estaban dispuestos a aceptar que manejaran a sus hijos de manera autónoma. Lo que más les molestaba era que los pueblos indígenas no clasificaban a los niños de acuerdo a los conceptos de infancia occidentales, según los cuales, estos eran seres irracionales, con escasas capacidades mentales, a los que aún les faltaba evolucionar para convertirse en adultos (supuestamente racionales) y que, hasta entonces, tenían que estar separados y subordinados a los adultos. Es más, los indígenas ni siquiera distinguían a sus niños y niñas por edad cronológica sino por sus fuerzas físicas de modo que, de acuerdo a su tamaño y otras características físicas, los niños asumían ciertas tareas en la comunidad. Los conquistadores intentaron aprovecharse de este concepto de infancia, degradando tanto a los adultos como también a las niñas y niños

⁷ Palomino, “Niñez y Juventud: Una aproximación histórica”, 77

⁸ Enrique Ayala Mora, *Resumen de la Historia del Ecuador*, tercera edición actualizada (Quito: Corporación Editora Nacional, 2008), <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/836/1/AYALAE-CON0001-RESUMEN.pdf>

⁹ U. Von Dücker, *Die Kinder der StraBe. Überleben in Südamerika*. (Frankfort/M.: Fischer), 37 citado en Manfred Liebel, “Infancias Latinoamericanas: Civilización racista y limpieza social. Ensayo sobre violencias coloniales y postcoloniales”, *Revista Sociedades e Infancias* (Madrid: Ediciones Complutense, 2017), 29, <http://dx.doi.org/10.5209/SOCI.55646>

indígenas a la condición de trabajadores explotados, tomándolos como objetos a los que podían tratar arbitrariamente.¹⁰

La dominación colonial se sustentó en un patrón de poder basado en la idea de la *raza*

diferencias entre conquistadores y conquistados [...] una supuesta diferente estructura biológica que ubicaba a los unos en situación natural de inferioridad respecto de los otros [...] La formación de relaciones sociales fundadas en dicha idea produjo en América identidades sociales históricamente nuevas: indios, negros y mestizos, y redefinió otras. Así, términos como español y portugués, y más tarde europeo, que hasta entonces indicaban solamente procedencia geográfica o país de origen, desde entonces cobraron también, en referencia a las nuevas identidades, una connotación racial. Y en la medida en que las relaciones sociales que estaban configurándose eran relaciones de dominación, tales identidades fueron asociadas a las jerarquías, lugares y roles sociales correspondientes, como constitutivas de ellas y, en consecuencia, al patrón de dominación colonial que se imponía¹¹

Consecuentemente, el colonialismo introdujo la distinción jerárquica entre el nacimiento legítimo e ilegítimo que cambió la vida de la niñez latinoamericana. La historiadora mexicana Francesca Gargallo plantea que:

Los hijos mestizos se convirtieron en hijos, o bien españolizados por el reconocimiento del padre, o hijos de nadie, también llamados hijos de india. La madre los mantenía cerca, les alimentaba y les buscaba trabajo en la nueva sociedad –cuyos valores se iban reconfigurando–, pero si incurría en un delito y era apresada, si se enfermaba o moría, sus hijos no tenían ni la protección de la familia patriarcal española ni de la comunidad indígena, pasando a vivir en las calles, en solares abandonados, o a ser recogidos en un convento [...] La violación colonial perpetrada por los señores blancos a mujeres negras, mestizas, indígenas y las mezcla resultante está en el origen de todas las construcciones sobre las ‘identidades’ nacionales, estructurando el decantado mito de la democracia racial latinoamericana.¹²

En este contexto es posible advertir que en el Ecuador de la época colonial existieron distintos tipos de niñas y niños, dependiendo de quienes fueran sus padres, los blancos nacidos en España;¹³ los criollos, nacidos en nuestro país pero de ascendencia

¹⁰ Liebel, “Infancias Latinoamericanas: Civilización racista y limpieza social. Ensayo sobre violencias coloniales y postcoloniales”, 22

¹¹ Aníbal Quijano, “Colonialidad del poder. Eurocentrismo y América Latina”, en *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder* (Buenos Aires: CLACSO, 2014) 778 - 9.

¹² Francesca Gargallo, “Hacia una apreciación histórica de la niñez en la calle en América Latina”, en *Historia de la Infancia en América Latina*, coord. P. Rodríguez Jiménez y M.E. Manarelli (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007) 539-540, citado en Liebel, “Infancias Latinoamericanas: Civilización racista y limpieza social. Ensayo sobre violencias coloniales y postcoloniales”, 23

¹³ Clasificación solamente teórica, suponiendo que existieron niñas y niños que viajaron con sus padres desde España a América, con todas las dificultades y peligros que esto suponía

española; los indígenas, hijas/os de indígenas; los negros,¹⁴ hijas/os de afrodescendientes; los mestizos hijas/os de españoles e indígenas; los mulatos, hijos de españoles y afrodescendientes; y, los zambos, hijos de indígenas y afrodescendientes; todos con una distinta realidad.

Se puede colegir que debido a la imposición cultural española, las niñas y niños blancos y criollos no eran ciudadanos, ni sujetos de derechos, pero eran objeto de protección de sus padres, aunque los segundos con menos privilegios que los primeros, por el solo hecho de haber nacido en América; las niñas y niños indígenas vivían el mismo sometimiento y violencia que sus padres; las niñas y niños negros su misma esclavitud y venta; las niñas y niños mestizos por lo general eran rechazados por sus padres y tenían que vivir el desprecio de los blancos y la desprotección de los indígenas; los mulatos ni siquiera aspiraban a una posible y lejana protección paterna; y, los zambos dependiendo quien fuera su madre la suerte de los indígenas o de los esclavos. Salvo las pocas niñas y niños blancos y criollos, la infancia en el Ecuador se desarrolló entre el atropello y la esclavitud, entre la pobreza y la exclusión, entre la calle y la muerte.

En lo posterior, la perspectiva social y estatal que se tuvo respecto de la niñez puede distinguirse en cuatro periodos:

La Beneficencia, que se inicia en la Colonia y llega a su apogeo en la República con García Moreno; la Filantropía, producto de la Revolución Liberal; la Asistencia y Protección Social, en la cual se materializan algunas reivindicaciones populares engendradas en las tendencias sociales de la revolución Juliana; y el Desarrollo de la Comunidad, como resultado del modelo reformista y desarrollista de las últimas tres décadas¹⁵

¹⁴ El término negros se lo utiliza para evidenciar la forma en la que eran conocidos y tratados.

¹⁵ De acuerdo al investigador Patricio Lobato, en estos periodos la protección a la infancia en nuestro país se materializó a través de hospitales de la caridad, el primero, el Hospital de la Misericordia de nuestro señor Jesucristo fundado en Quito el 9 de marzo de 1565, el segundo el Hospital Jesús, María y José con tres departamentos: uno para mendigos, el segundo para huérfanos y expósitos y el tercero para leproso; en la época colonial en total existieron siete instituciones benéficas en todo el país. Ya en la época republicana, hasta el año de 1862 se crearon dos instituciones, el Hospicio de San Lázaro en 1844 y la sociedad Filantrópica del Guayas en 1849, “en 1870 ingresaron en el país las comunidades religiosas [...] las hijas de San Vicente de Paúl [...] tomaron bajo su dirección los hospitales y la primera casa de expósitos (San Carlos); las religiosas de la Providencia asumieron la orientación de un orfanato; y las Madres del Buen Pastor se responsabilizaron de un reformatorio para mujeres”. Entre 1886 y 1911 se fundaron veinte sociedades de carácter filantrópico. En 1927 se creó la correccional de menores en Quito y en 1936 en Portoviejo y Babahoyo, dependientes del Ministerio de Educación. Además, en el mismo año se crearon las Cooperativas Infantiles en Quito, Machachi y Conocoto, adscritas al Ministerio de Gobierno y luego al Ministerio de Previsión Social. Ley del 13 de febrero de 1926 estableció por primera vez el servicio de asistencia pública a enfermos, alienados, ancianos inválidos, mendigos y crónicos, niños desamparados, mujeres embarazadas y parturientas, siendo las Juntas de Asistencia Pública las responsables de la organización y administración de estos servicios. En 1935 se reforma la Ley de Régimen de Prisiones estableciendo que los *penados menores* sean aislados en las correccionales. En 1936 se expidió la Ley Orgánica de Hogares de Protección en la que se reguló el funcionamiento de estos hogares. Patricio Lobato

Sin embargo, inicialmente, estos periodos reprodujeron las mismas y nuevas formas de exclusión y maltrato. Concepción Arenal señala que: “Los expósitos ingresaban a los hospitales donde morían en proporción espantosa; los que se salvaban de la muerte no eran los más dichosos, víctimas del abandono cruel eran entregados al que los pedía; los dementes eran conducidos a un hospital donde los esperaba una jaula, el palo, el hierro y el aislamiento.”¹⁶

De muchas maneras, la historia nos ayuda a entender nuestra realidad, ya que ésta se impregna y se vuelve parte de nuestra identidad y de nuestras concepciones. La denominada *doctrina de situación irregular del menor* en Latinoamérica y nuestro país tuvo como antecedente la muerte, opresión y violencia producidas en la conquista española, sin embargo, de varias maneras significó un avance en el camino del reconocimiento de la dignidad y la protección de derechos de niñas, niños y adolescentes, parafraseando una de las citas más famosas del escritor Alex Rovira Celma, respecto de la novela “Las palmeras salvajes”, escrita por William Faulkner, “Entre el dolor y la nada, prefiero el dolor”¹⁷ la situación irregular del menor involucra un sistema de cosas en las que están presentes la compasión y la represión (el dolor), pero que, implican un paso más adelante que la inexistencia (la nada). Ahora, es imprescindible dar muchos pasos más.

2.- De la situación irregular a la protección integral

La situación irregular del menor y la protección integral a la niñez y adolescencia, han sido catalogadas como un conjunto de concepciones de las que han devenido formas de pensar y actuar (principios), que han normalizado conductas avaladas como válidas (normas) que se han institucionalizado en leyes y organismos. Su punto de identificación, distinción y análisis es la legislación, de cuyos postulados se aprecia su doctrina.

R., “La Protección de Menores en el Ecuador: Marco Jurídico Nacional y Organizaciones Anexas que se preocupan de este fenómeno social”, (Trabajo de Investigación Individual del XII Curso Superior de Seguridad Nacional y Desarrollo, Instituto de Altos Estudios Nacionales, 1984-1985), 3-11, <https://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/24000/4469/1/Lobato%20R.%20Patricio.pdf>

¹⁶ Concepción Arenal, *La Beneficencia, La Filantropía y la Caridad* (Madrid: 1984) 36 - 8, citado en Lobato, “La Protección de Menores en el Ecuador: Marco Jurídico Nacional y Organizaciones Anexas que se preocupan de este fenómeno social”, 3

¹⁷ Entrevista realizada a Alex Rovira Celma, <https://www.youtube.com/watch?v=2dddQrf5iPc>

Los principios de la doctrina de situación irregular se hicieron manifiestos en las legislaciones de menores en Latinoamérica, a inicios del siglo XX, como se refirió, en muchos aspectos tuvieron la intención de mejorar las condiciones de la niñez, separándolos del sistema penal adulto para darles un trato diferenciado, promulgando leyes especiales para su protección, que a su vez, crearon organismos especializados para su atención (Tribunales de Menores), sin embargo, en virtud del contexto social previo, esta nueva mirada de ver a la niñez involucró un sistema de compasión y represión, de piedad y castigo, que actualmente tenemos la responsabilidad de cuestionar, a la luz de nuevas posibilidades y realidades.

Para resumir asertivamente, los aspectos que caracterizan a las leyes minoristas, nos asistiremos de la lista de indicadores realizada por Mary Beloff, una de las autoras que más ha profundizado en su estudio:

Los niños y jóvenes aparecen como objetos de protección, no son reconocidos como sujetos de derecho sino como incapaces que requieren un abordaje especial. [...]

En este sistema, es el “menor” quien está en situación irregular; son sus condiciones personales, familiares y sociales las que lo convierten en un “menor en situación irregular” y por eso es objeto de intervenciones estatales coactivas tanto él como su familia.

A partir de esa concepción, existe una división entre aquellos que serán atravesados por el dispositivo legal/tutelar, que generalmente coinciden con los que están fuera del circuito familia-escuela (los “menores”), y los niños y jóvenes, sobre quienes este tipo de leyes -como se señaló- no aplica. [...]

[la] protección frecuentemente viola o restringe derechos, porque no está pensada desde la perspectiva de los derechos.

Aparece también la idea de la incapacidad.

Vinculada con ésta última, entonces, la opinión del niño es irrelevante.

[...] se espera que el juez actúe como un “buen padre de familia” [para los] “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”. De ahí que el juez no esté limitado por la ley y tenga facultades omnímodas de disposición e intervención sobre la familia y el niño. [...]

Así queda definitivamente confundido todo lo relacionado con los niños y jóvenes que cometen delitos con cuestiones relacionadas con las políticas sociales y la asistencia, es lo que se conoce como “secuestro y judicialización de los problemas sociales”.

De este modo es que también se instala la categoría del “menor abandonado/delincuente” y se “inventa” la delincuencia juvenil. [...]¹⁸

En este sentido, como puede evidenciarse, ser menor significa ser objeto, irregular, incapaz, abandonado de la familia, desertor del sistema educativo, delincuente, indefenso de garantías jurídicas y solo beneficiario de la caridad y represión de un buen

¹⁸ Mary Beloff, “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF (Santiago de Chile: UNICEF, 1999), 14-5

padre de familia. Todo esto legitimado legalmente y desarrollado a través de un sistema orgánico que lo propugna y sustenta.

Al no ser el objetivo de esta tesis el realizar una investigación histórica, sino solo evidenciar contextos, de forma comparativa-diferencial, ahora abordaremos a la protección integral de la niñez y adolescencia.

Existe un consenso generalizado en aceptar que este nuevo paradigma nace del compromiso del Sistema Internacional de los Derechos Humanos de garantizar la dignidad de niñas y niños, a través de su reconocimiento formal como sujetos de derecho, esfuerzo que se hizo manifiesto y vinculante con la Convención sobre los Derechos del Niño, asistido y fortalecido de otros instrumentos, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, conocidas como las Reglas de Beijing (1985), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de la Libertad (1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, denominadas también Directrices de Riad (1990), entre otros instrumentos que se han ido generando en su consecuencia.¹⁹

Acogiendo las conclusiones de Farith Simón:

hay cuatro rasgos centrales de esta Doctrina: [la] consideración de los niños como sujetos plenos de derechos; reconocimiento de todos los derechos para todos los niños, niñas y adolescentes; diferenciación entre niños, niñas y adolescentes víctimas de violaciones y adolescentes acusados de delitos; y, el establecimiento de una diferenciación entre protección social y protección jurídica²⁰

Para entender mejor las diferencias estructurales de ambas doctrinas en las legislaciones, es importante citar la matriz comparativa realizada por Mary Beloff:

¹⁹ La convención actualmente tiene tres protocolos facultativos, y también se han sumado los Convenios 138 y 182 de la OIT, el Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles del plagio de niños y el Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolló que a estos instrumentos debe entenderse como un corpus iuris de derecho internacional, de protección a la niñez y adolescencia.

²⁰ Farith Simon, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, tomo I (Quito: Editorial Cevallos, 2008), 34

Tabla 1
Análisis comparativo de las leyes sustentadas en las doctrinas de situación irregular del menor y la doctrina de protección integral a la niñez y adolescencia

¿COMO ES UNA LEY DE LA SITUACION IRREGULAR?	¿COMO ES UNA LEY DE LA PROTECCION INTEGRAL?
• “menores”	• niños y jóvenes
• objetos de protección	• sujetos de derecho
• protección de “menores”	• protección de derechos
• protección que viola o restringe derechos	• protección que reconoce y promueve derechos
• infancia dividida	• infancia integrada
• incapaces	• personas en desarrollo
• no importa la opinión del niño	• es central la opinión del niño
• “situación de riesgo o peligro moral o material” o “situación irregular”	• derechos amenazados o violados
• “menor en situación irregular”	• adultos, instituciones y servicios en situación irregular
• centralización	• descentralización
• juez ejecutando política social / asistencia	• juez en actividad jurisdiccional
• juez como “buen padre de familia”	• juez técnico
• juez con facultades omnímodas	• juez limitado por garantías
• lo asistencial confundido con lo penal	• lo asistencial separado de lo penal
• “menor abandonado / delincuente”	• desaparece ese determinismo
• se desconocen todas las garantías	• se reconocen todas las garantías
• imputados de delitos como inimputables	• responsabilidad penal juvenil
• derecho penal de autor	• derecho penal de acto
• privación de libertad como regla	• privación de libertad como excepción y sólo para infractores / otras sanciones
• medidas por tiempo indeterminado	• medidas por tiempo determinado

Fuente: Mary Beloff, “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, 21

Elaboración: Mary Beloff

Como puede apreciarse, estas doctrinas no solamente fueron una ideología sostenida en el plano discursivo, o analizadas en el ámbito académico, se manifestaron en el Ecuador y América, de forma sistemática en sus legislaciones, generando política pública, institucionalidad y obligaciones, estableciendo, en el caso de la situación irregular, una explícita discriminación formal en contra de un grupo de personas, por sus características físicas y situaciones sociales, que como en las peores en la historia, fue legal pero inhumana.

3.- Interés superior. Entre la situación irregular y la protección integral en los Sistemas de Derechos Humanos

El objetivo de este tema, que es uno de los centrales de la tesis, es identificar cual ha sido el desarrollo del interés superior en el contexto analizado previamente, para determinar si realmente se ha superado la concepción de irregularidad minorista. Para este fin, realizaremos un recorrido ordenado, basado en fuentes del derecho vinculantes.

Como se examinó, la Convención de los Derechos del Niño es el punto de inflexión objetivo entre la doctrina de situación irregular y la de protección integral, que reconoce, por primera vez, de forma vinculante al interés superior. En el artículo 3.1 se establece que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”²¹

Dicho instrumento internacional posteriormente menciona al interés superior cuando aborda la separación de niñas, niños y adolescentes de sus padres (artículo 9, numerales 1 y 3), las obligaciones de crianza y desarrollo que tienen los padres (artículo 18.1), la adopción (artículo 21), la privación de la libertad (artículo 37.c) y el debido proceso en materia penal (artículo 40.2.b.iii); en estos casos busca ser una orientación que garantice un entorno de protección, pero también, una excepción en situaciones que requieran ponderación. Como puede verificarse, este instrumento internacional únicamente enuncia al interés superior sin presentar aún sus elementos distintivos y constitutivos que nos permitan entender su contenido.

²¹ ONU Asamblea General; *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, art. 3.1.

Situándonos exclusivamente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el interés superior se reafirma con fuerza vinculante en el denominado caso de los “Niños de la Calle”, Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala conocido y resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (desde ahora Corte IDH) en el que se aborda específicamente la protección a niñas, niños y adolescentes, desarrollando que: “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.”²²

De esta forma se establece que ambos instrumentos internacionales forman un mismo cuerpo, vinculando a la Convención de los Derechos del Niño, en donde se reconoce al interés superior, para la interpretación del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Esto motivó que en el año de 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos someta a la Corte IDH una solicitud de Opinión Consultiva sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados en relación a niñas, niños y adolescentes.

El 28 de agosto de 2002 la Corte IDH emitió la Opinión Consultiva OC-17/2002 denominada Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, que probablemente fue el primer análisis calificado de derecho internacional de los derechos humanos acerca del interés superior, que significó un avance en la visibilización y garantía de derechos de niñas, niños y adolescentes, pero que no se vio exento de concepciones minoristas propias de la situación irregular.

El interés superior fue desarrollado de forma sucinta en la opinión, y presentó dos perspectivas que pueden entenderse como contradictorias. Inicialmente, buscó establecer su fundamento mencionando 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 los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno

²² Corte IDH, “Sentencia emitida el 19 de noviembre de 1999 (Fondo)”, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, 19 de noviembre de 1999, párr. 194, https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”²³

Pero, cuatro párrafos después, refirió que:

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 éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, *la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.*²⁴ (Énfasis añadido)

De lo que, se podría interpretar que el principio se basa en la necesidad de propiciar desarrollo de niñas, niños y adolescentes ya que son débiles, inmaduros/as e inexpertos/as, para que dejen de serlo. Esta mirada se ve ratificada, cuando se abordan derechos particulares, como sus condiciones de vida y educación, donde se manifiesta: “En suma, la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su *inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos.*”²⁵ (Énfasis añadido)

Luego en el tema atinente a los procedimientos judiciales o administrativos en que participan las niñas, niños y adolescentes, nuevamente se evidencia el reconocimiento de derechos desde la vulnerabilidad, cuando se refiere: “Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su *inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos* dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado.”²⁶ (Énfasis añadido)

Esta opinión tuvo el voto disidente del juez Oliver Jackman y los votos concurrentes de los jueces Antônio Cançado Trindade y Sergio García Ramírez, estos últimos, además de exponer nuevas razones, hicieron manifiesto que, en la estructura de

²³ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 28 de agosto de 2002, párr. 56, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

²⁴ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-17/2002*, párr. 60

²⁵ *Ibíd.*, párr. 86

²⁶ *Ibíd.*, párr. 93

análisis y pensamiento de la Corte IDH estuvo presente la vulnerabilidad intrínseca de niñas, niños y adolescentes.

En su voto concurrente el juez Cançado Trindade, refirió que: “La categoría jurídica de la personalidad jurídica internacional no se ha mostrado insensible a las necesidades de la comunidad internacional, entre las cuales figura con destaque la de proveer protección a los seres humanos que la componen, en particular los que se encuentran en *situación de especial vulnerabilidad, como son los niños.*”²⁷ (Énfasis añadido)

De forma más evidente, el juez García Ramírez en esta misma tendencia opinó:

Ahora bien, el punto se complica cuando además de la delicadeza que éste reviste en función de la materia —irregularidad, extravagancia, marginalidad, peligrosidad, delito-, vienen al caso los integrantes de un *grupo humano especialmente vulnerable, que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos.* Tal es la situación en la que se hallan los niños o menores de edad, que por una parte carecen —en general y de manera relativa: diversos factores generan distintas situaciones—de aquellas condiciones personales, y por la otra tienen restringido o detenido, ope legis, el ejercicio de sus derechos. Es natural que en este “terreno minado” aparezcan y prosperen los mayores abusos, a menudo cubiertos por un discurso paternal o redentor que puede ocultar el más severo autoritarismo.²⁸ (Énfasis añadido)

Al final, la Corte IDH, respecto del interés superior, decidió limitadamente como opinión: “Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los 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”²⁹

Desde el año siguiente, la Corte IDH ha utilizado el criterio de dignidad y ejercicio de derechos, como orientador de sus decisiones en jurisdicción contenciosa, como en los casos *Bulacio Vs. Argentina* (2003), *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* (2004) y “*Masacre de Mapiripán*” vs. Colombia (2005). Sin embargo, en el año 2005, en el Caso de las Niñas *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, pese a que citó nuevamente la opinión en referencia, ya no asimiló al interés superior únicamente con la dignidad humana, también le dio un carácter instrumental respecto del ejercicio de derechos, al

²⁷ *Ibíd.*, voto concurrente del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 32

²⁸ *Ibíd.*, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 8

²⁹ *Ibíd.*, numeral 2 de la decisión

mencionar que: “La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.”³⁰

Referirá lo mismo en los casos de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (2009) y, la Comunidad Indígena Xakmok Kásek vs. Paraguay (2010). Más, en el año 2012, en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, avanzó de la concepción abstracta a la determinación concreta e individual del interés superior, en el análisis de la custodia de hijas e hijos:

la Corte Interamericana observa que, al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.³¹

En el mismo año, la Corte IDH se pronunció de idéntica manera en el caso Fornerón e Hija vs. Argentina. Es importante mencionar que, paralelamente en estos últimos años el sistema internacional de Derechos Humanos, también emitió instrumentos dirigidos a proteger a niñas, niños y adolescentes, pero basados en su vulnerabilidad intrínseca. En el año 2005 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en las consideraciones especiales de las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, estableció:

- b) Reconociendo que los niños son *vulnerables* y requieren protección especial apropiada para su edad, nivel de madurez y necesidades individuales especiales;
- c) Reconociendo que las niñas son especialmente *vulnerables* y *pueden ser objeto de discriminación* en todas las etapas del sistema de justicia³² (Énfasis añadido)

³⁰ Corte IDH, “Sentencia de 8 de septiembre de 2005”, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, 8 de septiembre de 2005, párr. 134, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf

³¹ Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 24 de febrero de 2012, párr. 110, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

³² Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*, 22 de julio de 2005, Consideraciones especiales, párrafo 7, literales b y c,

En el mismo sentido, en el año 2009, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General No. 12, mencionó que: “El artículo 12 pone de manifiesto que el niño tiene derechos que ejercen influencia en su vida, que *no son únicamente los derechos derivados de su vulnerabilidad (protección) o su dependencia respecto de los adultos (provisión)*”³³ (Énfasis añadido)

El año 2013 es central en nuestro análisis, ya que el Comité de los Derechos del Niño emitió la Observación General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, observación en la que se reunió y sintetizó, lo que puede considerarse el mayor avance respecto del interés superior.

En esta amplia opinión existen dos momentos en los que la Comisión propone que es el interés superior, desde su objetivo y su conceptualización. Inicialmente, el Comité determinó que: “El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño.”³⁴

Por lo que, en un primero momento, lo consideró instrumental al ejercicio integral de derechos, como un principio derivado del principio de igualdad. Pero, posteriormente, en la concepción más importante que se ha desarrollado, estableció que es un concepto triple:

- a) Un derecho sustantivo: [...] una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concretos o genérico o a los niños en general [...]
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. [...]
- c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la

https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Universales/Directrices_JACNVTD.pdf

³³ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado*, 20 de julio de 2009, párrafo 18, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

³⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, 29 de mayo de 2013, párr. 4, https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf

justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. [...] ³⁵

Entonces, a partir de esta observación el interés superior dejó de ser considerado únicamente un principio, o un dispositivo de garantía de otros derechos, sino también un derecho subjetivo en sí mismo, con entidad propia, un principio en el campo hermenéutico y un conjunto de reglas en el ámbito procedimental dirigidas a garantizar su adecuada evaluación y determinación, así como su explicación motivacional; pero sobre todo, se alejó absolutamente de la perspectiva de vulnerabilidad intrínseca de niñas, niños y adolescentes, por el solo hecho de serlo.

Sin embargo, la Corte IDH, en el año 2018, en el Caso Carvajal Carvajal Vs. Colombia, pese a que reconoció derechos especiales a niñas, niños y adolescentes con deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado y, también, un derecho específico a la protección, nuevamente estableció como fundamento del interés superior a la vulnerabilidad:

este Tribunal ha entendido que, conforme al artículo 19 de la Convención Americana, el Estado se obliga a promover las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña y del niño, asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad *en consideración a su condición especial de vulnerabilidad*. La Corte ha establecido que las niñas y los niños tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial debida por este último y que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. Asimismo, el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos de la niña y del niño ³⁶ (Énfasis añadido)

Esta posición se mantiene hasta la actualidad, como puede observarse en la autocitación que realiza la Corte IDH, en el caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, en la sentencia emitida el 24 de junio de 2020.

Por lo tanto, los sistemas internacionales de derechos humanos, pese a su clara propuesta de reconocimiento de niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derecho, los principios, reglas y dispositivos jurídicos creados para garantizar su igualdad y no discriminación, su importante producción normativa, consultiva, doctrinaria y jurisprudencial, aún mantienen en su estructura una mirada de vulnerabilidad por

³⁵ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14*, párr. 6, literales a, b y c

³⁶ Corte IDH, “Sentencia de 13 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Carvajal Carvajal vs. Colombia*, 13 de marzo de 2018, párr. 193, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_352_esp.pdf

minoridad, que es propia de la situación irregular, que evitan dar el salto cualitativo que busca la Convención sobre los Derechos del Niño, y dependiendo el caso, se prestan para interpretaciones abiertamente discriminantes.

4.- Interés superior en el sistema jurídico ecuatoriano

En el Ecuador, se ha realizado un similar recorrido, garante y contradictorio, en la concepción de la niñez, la adolescencia y el interés superior. La legislación especializada en infancia inició con el primer Código de Menores, en 1938 que institucionalizó a los Tribunales de Menores, que debían emplear el celo de un buen padre de familia.³⁷ En 1939 se realizó una codificación y se expidió un reglamento que reguló su funcionamiento, la situación de los niños abandonados, el secreto de las actuaciones procesales, el procedimiento y los informes. En 1944 y 1959 se emitieron otros Códigos de Menores que no variaron la esencia estructural del primero. El código de 1969 instituyó nuevas figuras jurídicas e institucionales (juzgados de menores) que no llegaron a materializarse. La perspectiva ideológica del Código de Menores de 1976, fue de discriminación entre niños y niñas, discrecionalidad y ausencia de garantías judiciales, que se puede advertir del contenido de dos artículos:

El Estado Ecuatoriano asume la responsabilidad de proteger de manera especial a los menores abandonados material, moral o jurídicamente y de fomentar por todos los medios, la estabilidad y el bienestar de la familia.³⁸

Los casos de menores sujetos a conocimientos y resolución del Servicio Judicial de Menores, serán tratados como problemas humanos y no como litigiosos; primará en ellos, el interés moral, social y biológico sobre cualquier otra consideración.³⁹

Sin embargo, nuestra atención se centrará en la legislación y la producción jurídica posterior a la Convención sobre los Derechos del Niño, que inicia formalmente con la propuesta de protección integral. En el Código de Menores expedido en 1992, se recogieron varios postulados de la Convención de los Derechos del Niño ya vigente, sin embargo, “no se establecieron mecanismos de exigibilidad de derechos individuales y colectivos, no se modificó la estructura institucional que mantiene elementos parecidos

³⁷ Ecuador, *Código de Menores de 1938*, art. 32, literal f)

³⁸ Ecuador, *Código de Menores de 1976*, art. 2

³⁹ *Ibíd.*, art. 7

desde el primer Código de 1938, se mantuvo el tratamiento de situaciones desde las situaciones de riesgo.⁴⁰

En la Constitución de 1998, se reconoció a los niños y adolescentes (no a las niñas) como sujetos de derechos, pero como parte de un grupo vulnerable.⁴¹ A la luz de esta Constitución, en el año 2003, se promulgó el Código de la Niñez y Adolescencia, que, por el trabajo de movimientos de la sociedad civil, probablemente es la primera ley integral en nuestro país, en donde se propuso una perspectiva holística del sujeto de derechos, la familia, los sistemas de protección, la justicia restaurativa, se entendió de forma articulada lo sustantivo, lo procesal y lo ejecutivo. Esta ley, fue y es el único cuerpo normativo que, además de mencionar, buscó aproximarse a la definición del interés superior, considerando que:

es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.⁴²

Como puede apreciarse, esta disposición normativa tiene un contenido que implica (i) reconocer que el interés superior tiene como objetivo la satisfacción del ejercicio efectivo del conjunto de derechos de niñas, niños y adolescentes; (ii) que es un deber para el Estado y las instituciones privadas en sus decisiones; (iii) que su valoración involucra un equilibrio de derechos y deberes; (iv) que es un principio de interpretación legal y; (v) que en su aplicación requiere la escucha de la niña, niño o adolescente involucrado.

Pero, además, en el primer artículo de esta ley, cuando se establece su finalidad, expresamente se determina:

⁴⁰ Luis Parraguez y Farith Simon, “Los elementos centrales de la propuesta de matriz legislativa del proyecto de nuevo Código de la Infancia y Adolescencia Ecuatoriano”, en *Infancia, ley y democracia en América Latina* (Bogotá: Editorial Depalma y Temis, 1998), citado en Farith Simon, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, tomo I (Quito: Editorial Cevallos, 2008),187

⁴¹ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Decreto Legislativo No. 000. RO/1 de 11 de agosto de 1998, art. 47.

⁴² Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, 3 de enero de 2003, art. 11.

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

En la Constitución vigente desde 2008, en el artículo 44 se reconoce normativamente al interés superior y, se asume las posturas del ejercicio pleno de derechos y la prevalencia relacional, como fundamentos:

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.⁴³

Es muy importante señalar que, nuestra Constitución también reconoce expresamente a la doctrina de protección integral como un sistema de protección a la niñez y adolescencia; el artículo 175 determina:

Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que *aplicarán los principios de la doctrina de protección integral*. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores.⁴⁴ (Énfasis añadido)

En este contexto jurídico, la Corte Constitucional en el desarrollo consultivo y de conocimiento de garantías jurisdiccionales, ha abordado al interés superior y su mirada implícita sobre la niñez y adolescencia. El 23 de septiembre de 2013, emitió la sentencia 048-13-SCN-CC, que, a criterio de quien elabora esta tesis, genera un antes y un después en el desarrollo del derecho alimenticio en nuestro país, aunque no necesariamente acerca del interés superior, sin embargo, lo más probable, es que haya sido la primera vez en que la Corte se detuvo a examinar el concepto con relativa profundidad. La sentencia se

⁴³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 44.

⁴⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 175.

pronunció respecto a las consultas de constitucionalidad del artículo Innumerado 15 de la Ley Reformativa al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia y la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas.

Para analizar el interés superior, la Corte Constitucional buscó sintetizar la opinión del Comité de los Derechos del Niño en la Observación General No. 14, también la perspectiva de la Convención de los Derechos del Niño y la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, empero, debido a que estos documentos han sido tratados previamente, interesa conocer el pensamiento propio de la Corte, que al respecto refirió que:

una conclusión general importante es que el interés superior de niños, niñas y adolescentes es una condición necesaria para determinar la constitucionalidad de una decisión que afecte sus derechos, sea ésta adoptada por un familiar, autoridad o cualquier persona. Vistas, así las cosas, la obligación que nace del principio se mide tanto en los medios, como en los resultados. Dicho de otro modo, si determinado acto destinado a afectar los derechos de niños, niñas o adolescentes, no ha considerado las implicaciones del principio en el proceso de su formulación, éste adolecerá de un grave vicio de constitucionalidad; aunque dicha afectación busque o resulte en un pretendido beneficio ulterior. En el caso de autoridades que ejercen el poder público, lo enunciado se ve reforzado, pues el principio no solamente debe servir como base para el proceso de formulación del acto, sino que además deberá necesariamente verificarse como justificación posterior expresa, so pena de incurrirse en una inadecuada motivación de la decisión.

[...] Decidir en razón del principio de interés superior del niño, implica dar un peso específico e importante en el proceso de toma de decisiones a la condición de niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derecho, cuya personalidad se halla en desarrollo. Implica también el orientar la decisión a lograr el mayor estatus de protección de sus derechos en el corto, mediano y largo plazo, tenida en cuenta la situación en la que se encuentran. Por último, requiere de quien adopte la decisión el considerar en conjunto los derechos y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes, sin hacer por ello, que los primeros estén condicionados al cumplimiento de las segundas, sino que más bien, éstas sirvan para construir una personalidad equilibrada y una ciudadanía responsable⁴⁵

Como puede observarse la Corte enfocó el análisis del interés superior, en el ámbito de las decisiones y las consecuencias, dirigidas a generar el mayor estatus de protección, equilibrio de derechos y responsabilidades y, un parámetro de valoración de constitucionalidad y motivación de las resoluciones; sin embargo, en el trasfondo, siempre el centro es quien toma las decisiones.

Un año después, se presentó otra situación jurídica relevante en nuestro país en la que el interés superior tuvo una incidencia central. El 2 de octubre de 2014 se publicó la

⁴⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 048-13-SCN-CC”, en *caso No. 0179-12-CN y acumulados*, 23 de septiembre de 2013, gaceta constitucional No. 004, 30

Resolución No. 05-2014 emitida por la Corte Nacional de Justicia, en la que se generó jurisprudencia respecto del reconocimiento voluntario de hijas e hijos. En la resolución se estableció que el interés superior es un:

Principio que obliga al estado, la familia y la sociedad entera a tutelar y garantizar el ejercicio de todos los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, reconociéndoles su calidad de sujetos plenos de derechos, y beneficiarios de protección especial atendiendo a su condición de personas en formación. Principio que, implica una noción relacional, es decir, supone que, en caso de conflicto de derechos de igual jerarquía, la prioridad deben tenerla los niños y las niñas, interés que, prevalece por sobre el de los padres, de la sociedad y del estado; los jueces y juezas están obligados a proteger y privilegiarlos en todos los casos en los que se encuentran en juego, de tal modo que se logre la efectiva protección y goce.⁴⁶

De esta manera la Corte Nacional de Justicia, entiende al interés superior como un principio dirigido a garantizar igualdad y protección especial a niñas, niños y adolescentes y, por otra parte, hace mención a un carácter relacional entre sujetos que, en conflicto de sus derechos genera una ponderación en abstracto en beneficio de niñas, niños y adolescentes.

En esta resolución se puede identificar que la Corte Nacional de Justicia valora que el interés superior de niñas, niños y adolescentes, en casos de impugnación de reconocimiento voluntario de tipo paterno, involucra garantizar su filiación social, que la entiende como la que “nace de la convivencia entre una persona que asume el papel de padre o madre y otra que asume el de hijo o hija; convivencia que genera derechos y obligaciones, así como vínculos afectivos, culturales y sociales”⁴⁷ y resuelve dos reglas jurisprudenciales:

PRIMERO. - El reconocimiento voluntario de hijos e hijas tiene el carácter de irrevocable
SEGUNDO.- El legitimado activo del juicio de impugnación de reconocimiento es el hijo/a y/o cualquier persona que demuestre interés actual en ello, excepto el reconociente, quien solo puede impugnar el acto de reconocimiento por vía de nulidad del acto, acción que ha de prosperar, en tanto logre demostrar que, al momento de otorgarlo, no se ha verificado la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez; la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido a través de la práctica del examen de ADN, no constituye prueba para el juicio de impugnación de reconocimiento, en que no se discute la verdad biológica.⁴⁸

⁴⁶ Ecuador Corte Nacional de Justicia, *Resolución No. 05-2014*, Suplemento del Registro Oficial No. 346 de 02 de octubre de 2014, punto 5.1

⁴⁷ Ecuador Corte Nacional de Justicia, *Resolución No. 05-2014*, consideraciones previas, punto 2.3

⁴⁸ Ecuador Corte Nacional de Justicia, *Resolución No. 05-2014*, art. 1, numerales primero y segundo

Seis meses después, el 29 de abril de 2015, la Corte Constitucional emitió la sentencia No. 131-15-SEP-CC, en una acción extraordinaria de protección propuesta en contra de una sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia en un juicio impugnación de paternidad. En esta sentencia la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad sustitutiva del artículo 236 del Código Civil, pero lo relevante para este trabajo, es su visión del interés superior respecto al vínculo filial de paternidad, en los procesos de impugnación:

Es cierto que la intención de los juicios de paternidad es proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes y garantizar que tengan un padre que cumpla con sus responsabilidades. No obstante, aquello no significa que cuando existe una falsa filiación esta no pueda ser desvirtuada y menos aún que sea válido considerar, de forma automática, que el niño, niña o adolescente no se ve lesionado en sus derechos constitucionales por el simple hecho de que tiene fijado un padre –como ha sostenido la Sala de lo Corte Nacional de Justicia en el presente caso-. Al contrario, es precisamente sobre la base del interés superior del niño que debe tener la certeza respecto de su procedencia, pues solo a partir de ello es posible determinar su identidad y obligar a su progenitor a asumir las responsabilidades que conlleva la paternidad.

Por tanto, no es posible considerar que el hecho de que el niño, niña o adolescente cuente con el reconocimiento por parte de una persona que supuestamente es su padre es suficiente para proteger sus derechos constitucionales o que en su defecto, pese a una aparente no filiación, se considere que el interés superior del menor de edad consiste únicamente en tener un padre, cualquiera que este fuera, con lo cual, para evitar la pérdida de una supuesta paternidad se deba perpetuar una filiación falsa, la cual podría acarrear peores consecuencias que la incertidumbre de no conocer al padre biológico. Aquello no garantiza sus derechos constitucionales ni el principio del interés superior, pues como bien establece la ley, no cualquiera debe asumir la responsabilidad, obligaciones y derechos que conlleva la paternidad, ya que esta le corresponde únicamente al padre.⁴⁹

Como puede advertirse, mientras la Corte Nacional de Justicia, en jurisprudencia, prioriza la filiación social y el estado previo del estado de hija o hijo como una garantía del interés superior y, considera que el vínculo consanguíneo no es relevante en los procesos de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad, la Corte Constitucional, en cambio, considera que el interés superior se garantiza posibilitando que la niña, niño o adolescente conozca su procedencia familiar, su verdad biológica y, en función de ella desarrolle su identidad. De esta forma se evidencia, como sobre un mismo tema (filiación) en un periodo corto de tiempo, con efectos generales, se ha interpretado de forma diversa, hasta podría decirse opuesta, cuál es el interés superior de niñas, niños y adolescentes.

⁴⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 131-15-SEP-CC”, en *Caso No. 0561-12-EP*, 29 de abril de 2015, 39 y 40.

En el año 2017, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad sustitutiva del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos que regula el apremio personal en materia de alimentos. En esta sentencia se analiza el interés superior citando literalmente el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño, más lo que podemos destacar de su manifestación propia es lo siguiente: “El principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes implica considerar de manera primordial su condición cuando se tomen decisiones que les puedan afectar. Conlleva un proceso continuo de valoración sobre los efectos que tal o cual decisión pueda tener sobre el cumplimiento efectivo de sus derechos”⁵⁰

Pero, además es importante señalar que, de forma inmediata, al analizar el principio de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia la Corte hizo expresa la perspectiva en la que valoró a las niñas, niños y adolescentes, cuando manifestó que:

se colige que es deber del Estado, de la sociedad en general y de la familia, *prestar especial atención a los niños, niñas y adolescentes, por su condición de vulnerabilidad*, al ser personas que se encuentran en proceso de crecimiento y desarrollo, y al no tener los medios propios suficientes para su manutención, ni capacidad legal para adquirir obligaciones por sí solos⁵¹ (énfasis añadido)

Al año siguiente, 2018, se emitió la debatida sentencia No. 003-18-PJO-CC, sobre el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de adolescentes que generó dos reglas de jurisprudencia vinculante:

- 1.- La intervención de los padres, madres o la persona a cuyo cuidado se encuentran, sobre los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes, debe encaminarse a dotarles de la guía y las herramientas necesarias y suficientes que les permitan adoptar decisiones libres, informadas y responsables. Por lo tanto, corresponde únicamente a la o el adolescente decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva, fundamentando sus decisiones en las herramientas otorgadas por la familia y el Estado, para la adopción de decisiones libres, informadas y responsables.
- 2.- La autoridad tutelar de los padres, madres o de cualquier persona encargada del cuidado de niñas, niños y adolescentes, cesa el momento en el que el ejercicio de la obligación de cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, vulnera su derecho a la información, a la educación y a la salud sexual y reproductiva, transgrediendo los principios constitucionales de su interés superior, su derecho a ser consultados en los asuntos que les afecten, y su calidad de sujetos de derechos, activando la intervención del Estado como

⁵⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 012-17-SIN-CC”, en “Casos No. 0026-10-IN y 0052-16-in, acumulados”, 10 de mayo de 2017, 33

⁵¹ *Ibíd.*, 35

un "salvador externo" que imponga medidas que operen a favor del efectivo ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes.⁵²

Entre otros fundamentos, que serán analizados en el capítulo siguiente, la Corte Constitucional para llegar a estas conclusiones, hizo manifiesta sus concepciones de la adolescencia a través de las siguientes razones: “*la vulnerabilidad del adolescente ya no puede ser excusa para limitar sus derechos y su capacidad para ejercerlos, colocándolo en una “... condición de inferior categoría” a la de los adultos*”⁵³ “*la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los adolescentes, y que van superando conforme se desarrollan, constituye la razón por la cual, se les considera sujetos de atención prioritaria*”⁵⁴ “*el contenido de los derechos cuando son ejercidos por un adolescente no tiene el mismo alcance que si su titular fuera un adulto, pues estos gozan de completa autonomía e independencia respecto de los primeros y se presume que han alcanzado el grado máximo de desarrollo físico, psicológico, cultural y social.*”⁵⁵ “*Dado que el desarrollo de la autonomía es paulatino, aquellas personas que aún no han culminado este proceso deben ser sujetos de protección especial, pues, se considera que su falta de madurez exige la adopción de medidas específicas que procuren la culminación de ese proceso de manera adecuada*”⁵⁶ (Énfasis añadidos)

A inicios del año 2019, se designaron nuevos miembros de la Corte Constitucional, quienes hasta la actualidad la conforman. En su abordaje y perspectiva de la niñez, adolescencia e interés superior han mantenido una línea jurisprudencial coherente. En la sentencia No. 9-17-CN/19 respecto del juzgamiento imparcial y especializado de adolescentes infractores establecieron que un operador judicial especializado en este ámbito, debe tener como capacidad el conocimiento de la doctrina de protección integral de niñas, niños y adolescentes.⁵⁷

Cuando, en la sentencia No. 1880-14-EP/20, analizaron el respeto al debido proceso en causas en las que una niña, niño o adolescente es sujeto procesal, para explicar el interés superior, citaron la visión del Comité de los Derechos del Niño en la

⁵² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 003-18-PJO-CC”, en *Caso No. 0775-11-JP*, 27 de junio de 2018, 122-3

⁵³ Párrafo 33

⁵⁴ *Ibíd.*, 36

⁵⁵ *Ibíd.*, 37

⁵⁶ *Ibíd.*, 41

⁵⁷ Ecuador Corte Constitucional “Sentencia No. 9-17-CN/19”, en “*Caso No. 9-17-CN*”, 9 de julio de 2019, 42-43

Observación General No. 14, que concibe a esta institución jurídica como un derecho subjetivo, un principio interpretativo y una norma de procedimiento y, vincularon esta perspectiva con la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte IDH, que reafirmó que el interés superior implica garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en todos los procedimientos que los afecten.⁵⁸

En la selección constitucional que trató el hábeas corpus respecto del internamiento preventivo de adolescentes, contenida en la sentencia No. 207-11-JH/20, se ratificó que los operadores de justicia deben aplicar el interés superior y la doctrina de protección integral, entendiendo al interés superior desde la perspectiva del Sistema Internacional de los Derechos Humanos, desarrollada en la Convención de los Derechos del Niño, las observaciones de su comité y la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵⁹

En el mismo ámbito del hábeas corpus, la Corte Constitucional seleccionó un caso atinente al acogimiento institucional, y en la sentencia No. 202-19-JH/21 desarrolló una importante síntesis de tres obligaciones generales que son:

- i) Aplicar el interés superior en toda decisión estatal que afecte a los niños y niñas (garantías normativas y de políticas públicas); ii) considerar el interés superior del niño o niña y explicar cómo se ha examinado y evaluado la importancia que se le ha atribuido en toda decisión judicial o administrativa relacionada con niños o niñas (casos concretos); y iii) garantizar que, en las medidas del sector privado, el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas.⁶⁰

También, asistiéndose de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte IDH, reconoció como un método de aplicación del interés superior al principio de proporcionalidad:

El interés superior exige, cuando se van a tomar medidas que puedan afectar derechos, aplicar el principio de proporcionalidad y ponderar. Cuando hay varias opciones para escoger en relación con los niños, niñas y adolescentes, según las circunstancias de cada caso, el interés superior exige optar por la que más favorezca al ejercicio de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Para tomar estas medidas es preciso considerar el interés superior, identificar los hechos y considerar los derechos que están en tensión.⁶¹

⁵⁸ Ecuador Corte Constitucional “Sentencia No. 1880-14-EP/20”, en “*Caso No. 1880-14-EP*”, 11 de marzo de 2020, 38-9, 40-1

⁵⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 207-11-JH/20”, en “*Caso No. 207-11-JH*”, 22 de julio de 2020, 52-5

⁶⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 202-19-JH/21”, en “*Caso 202-19-JH*”, 24 de febrero de 2021, 141

⁶¹ *Ibíd.*, 142

Pero, sobre todo, pese a la delimitación del tema en análisis (hábeas corpus), la Corte Constitucional consideró relevante dejar sentado cuál es la identidad de nuestro sistema jurídico respecto de la niñez y adolescencia, para lo que, inicialmente explicó que es la situación irregular:

El paradigma de la situación irregular distingue entre niños, niñas y adolescentes y “menores”. Los primeros, según esta doctrina, tienen posibilidad de ejercer derechos, en particular a la familia y a los derechos sociales; mientras que los “menores” están excluidos del reconocimiento y ejercicio de derechos, por no tener familia o contar con familias en situación de pobreza y vulnerabilidad que se consideran “irregulares”. En éstas, la autoridad estatal, administrativa o judicial suplen al padre o madre de familia, tienen competencias omnímodas y discrecionales. Se judicializan problemas estructurales, como la pobreza. Los niños y niñas son objetos de protección. Se niegan principios y derechos bajo la premisa de que se protege y que es por el bienestar de los niños y niñas pobres⁶²

Posteriormente, describió, generando un análisis comparativo diferencial, cuáles son las características que componen la doctrina de protección integral:

El paradigma de la protección integral, en cambio, no distingue entre niños, niñas y menores. Todos los derechos deben ser ejercidos sin discriminación alguna. El derecho a la familia y a la escuela es universal. No hay familias ni niños o niñas en situación irregular. El juez o jueza no suple en caso alguno al padre o madre y debe ser independiente e imparcial e interviene cuando hay violaciones a los derechos de los niños y niñas. La pobreza no es una causal para limitar, restringir o anular derechos¹⁷⁶. El reconocimiento y la promoción del ejercicio de los derechos es el deber primordial del Estado y de sus funcionarios, administrativos o judiciales⁶³

En la sentencia No. 2691-18-EP/21, en la que se examinó los derechos a ser escuchado y al interés superior de un niño en un caso de cambio de apellido materno, para definir al interés superior, se auto referenció con la sentencia No. 207-11-JH/20 y respecto a la doctrina de protección integral con la sentencia No. 9-17-CN/19, además de los instrumentos internacionales de derechos humanos antes mencionados, pero, el énfasis importante de esta sentencia, recogiendo lo desarrollado por el Comité de los Derechos del niño, fue el reconocimiento de que el interés superior es flexible y adaptable cuyo:

contenido debe modularse caso por caso, a través de una evaluación que analice la situación de vida específica y el contexto de vida de cada niño o niña o de cada grupo de niños y adolescentes en el momento de tomar decisiones. [...] la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular en la cual deben considerarse las circunstancias concretas de cada niño, niña y/o adolescentes. Entre ellas se encuentran características como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad y el contexto social y cultural. Conforme a ello debe considerarse, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus

⁶² *Ibíd.*, 166

⁶³ *Ibíd.*, 167

cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores.⁶⁴

El entendimiento de que la evaluación y determinación del interés superior no es una actividad abstracta, sino individualizada conforme la identidad y entorno de la niña, niño o adolescente fue ratificado en la -conocida y debatida- sentencia No. 34-19-IN/21 (párrafo 194.b), en la que se analizó la constitucionalidad de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal, COIP, relativos a la penalización del aborto consentido en casos de mujeres víctimas de violación, en la que se declaró la inconstitucionalidad por el fondo la frase “en una mujer que padezca de una discapacidad mental” contenida en el artículo 150.2 del COIP.

Como puede apreciarse, desde que nuestro país tiene una normativa especializada para la niñez y adolescencia, ha evolucionado desde la legitimación expresa de los principios de la doctrina de la situación irregular del menor, con miradas profundamente discriminatorias y adultocéntricas, al reconocimiento normativo de los postulados de la doctrina de protección integral y su desarrollo jurisdiccional, sin embargo, aún en la actualidad, pese a los nuevos pronunciamientos de la Corte Constitucional, se mantienen vigentes y punzantes (como se describió y se analizará en el capítulo final), fundamentos propios de la irregularidad del menor vinculados a la vulnerabilidad intrínseca de niñas, niños y adolescentes, que se pueden sintetizar en el entendimiento de que se protege por compasión y se castiga como corrección; siendo esa la razón crítica y propositiva de esta tesis.

⁶⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 2691-EP/21”, en “*Caso 2691-18-EP*”, 10 de marzo de 2021, 36-7

Capítulo segundo

Test del interés superior

La pendulación o constante punición de la situación irregular en el entendimiento del interés superior, evidenciada en el capítulo anterior, ha sido ampliamente cuestionada desde la voz investigativa y doctrinaria. Para Jean Zermatten, “El interés del niño es [...] un concepto incontornable; hay muchos defectos, imprecisión, subjetividad, relatividad.”⁶⁵ Mary Beloff, de forma más crítica, sostiene que: “El interés superior del niño ha funcionado históricamente como un cheque en blanco que siempre permitió que quien tuviera que decidir cuál era el interés superior del niño o niña involucrado [...] obrara con niveles de discrecionalidad inadmisibles en otros contextos en funcionarios estatales.”⁶⁶ En una misma tendencia, Emilio García Méndez señala que: “La peculiar interpretación del principio del interés superior como forma de reintroducir el paternalismo discrecional en las decisiones judiciales, fue la punta de lanza de este nuevo paradigma que muchos no dudamos en caracterizar como el paradigma de la ambigüedad”⁶⁷ Por último, Farith Simon concluye que es un *concepto jurídico indeterminado*, que tiene una formulación abierta que, si bien es cierto, puede tener ventajas para atender la diversidad de situaciones, traslada el problema a su aplicación, en la que él refiere se produce una *discrecionalidad abusiva* que debe ser reducida a través de técnicas de argumentación jurídica.⁶⁸

Por lo que, el núcleo de este trabajo es proponer un mecanismo objetivo y técnico que guíe la actuación de las personas encargadas de investigar, sustanciar, resolver y, en general, garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes y, también valorar sus decisiones, para lo que se ha considerado a la herramienta del test, entendiéndolo como:

⁶⁵ Jean Zermatten, “El interés superior del niño. Del Análisis literal al Alcance filosófico” Institut International des Droits de L'enfant, punto 6, https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf

⁶⁶ Mary Beloff, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009), 14 - 5

⁶⁷ Emilio García Méndez, “Los menores de edad en conflicto con la ley y el problema de los criterios de eficacia de la defensa jurídica: un nudo Gordiano”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 31 (2009):100, <https://www.redalyc.org/pdf/3636/363635637005.pdf>

⁶⁸ Farith Simon Campaña, *Interés superior del niño: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva* (Quito: Ediciones *Iuris dictio*, 2014), 291

una serie de categorías que se integran por un objetivo específico, una construcción de varios criterios tipo check list [...] que se aplican de forma prudencial a partir de las circunstancias del caso. Las categorías o criterios son objetivos porque anteceden al caso y son siempre las mismas. La identificación del tipo de categorías o criterios en cada test es uno de los elementos centrales en la aplicación de esta herramienta argumentativa, se refiere a las preguntas, cuestiones o aspectos que, quien aplique el test, debe verificar antes de estipular si una decisión u omisión es razonable. Además, la determinación es prudencial porque apela a lo justo en el caso concreto. En este sentido, la justicia lo es siempre a la luz y a partir del caso, y es también un proceso de construcción en la medida que se van resolviendo las categorías que integran el test.⁶⁹

Es necesario establecer que, la propuesta de elaboración de un test del interés superior, no tiene el objetivo de limitarlo a una única concepción, formalizarlo en un conjunto de requisitos o tecnificarlo alejándolo de entendimiento generalizado, sino al contrario, generar una herramienta abierta, dirigida al abordaje integral y amigable a la comprensión de todas y todos.

La esencia del test del interés superior, se centra en el análisis de lo que realmente es el interés para niñas, niños y adolescentes, que la mayoría de veces termina confundiéndose con el interés de su familia, la sociedad y el Estado, en una visión profundamente adultocentrista, por lo que, realizaremos una propuesta deconstructiva de este concepto, que nos brindará el enfoque del test

1.- Interés

Para hablar del interés, con relativa profundidad, requerimos un acercamiento interdisciplinario, que nos permita integralidad. Inicialmente, planteamos que el interés al que se refiere el derecho de familia e infancia se origina en el concepto de necesidades humanas, entendidas como “condiciones de vida, cuya falta de satisfacción o realización hacen imposible una vida humana sin daños graves, padecimientos u opresiones.”, “carencias consideradas urgentes y esenciales para las personas, que deben satisfacerse inevitablemente, pues de lo contrario queda en riesgo la existencia”⁷⁰

⁶⁹ Daniel Vásquez, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de los recursos disponibles*. (México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018), 29

⁷⁰ Juan Manuel Sosa Sacio, “Crítica a la dignidad humana y la noción de ‘necesidades básicas’ como un posible mejor fundamento para los derechos”. *THEMIS-Revista de Derechos* 67 (2015): 94 – 6, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14459/15071>

Estas necesidades son insoslayables (no pueden ser evitadas, pues no dependen de la voluntad de las personas), su insatisfacción genera daño (compromete gravemente las condiciones de vida), son universales (su insatisfacción genera daño para cualquier ser humano), son objetivas u objetivables (no son pretensiones individuales) y su atención debe ser prioritaria (frente a otras exigencias).

El psicólogo Abraham Maslow ideó la teoría de la jerarquía de las necesidades, que las representó en una forma piramidal:



Figura 1. Pirámide de necesidades de Maslow. Imagen tomada del libro: El cerebro de los niños explicado a los padres. Dr. Álvaro Bilbao. Plataforma Editorial. Barcelona, 2015, 17.

Como puede observarse, Maslow clasificó a las necesidades en cinco categorías:

Las necesidades fisiológicas, entre las que se encuentran las relacionadas con la supervivencia del individuo, [...] Entre ellas destacan la de alimentación, la de abrigo, [...] la de respiración, [...] la de descanso-sueño, la de acariciar-amar, [...] la de alivio de dolor [...]. Por encima de las necesidades fisiológicas encontramos las de seguridad [...] La naturaleza del hombre precisa de protección frente al peligro en un ambiente agradable, previendo cualquier situación. A ella se unen las necesidades de estabilidad, de ausencia de miedo-ansiedad a lo desconocido, al caos o a la confusión, a perder el control de sus vidas, de ser vulnerables o débiles a circunstancias nuevas. [...] Superpuestas, las necesidades sociales y las de estima. Las primeras son las que algunos autores han denominado de amor, de pertenencia, de afecto. [...] Las segundas, las de estima o también llamadas de ego o de reconocimiento, incluyen la preocupación de la persona por alcanzar la maestría, la competencia, [...] Por último, las necesidades de autorrealización, también conocidas como de autosuperación [...] un ideal al que todo hombre desea llegar, satisfaciéndose mediante oportunidades para desarrollar el talento y

su potencial al máximo, expresando ideas y conocimientos, creciendo y desarrollándose como una gran persona.⁷¹

Principalmente la quinta categoría (autorrealización) vincula el concepto de necesidad con el de capacidad, lo que en nuestra propuesta significa el segundo elemento del interés. Para sostener este punto nos asistiremos del economista y filósofo Amartya Sen quien desarrolla la teoría de las capacidades humanas, con el objetivo de evaluar el bienestar y la libertad de las personas, a partir de lo que realmente pueden hacer y llegar a ser. A través de esta teoría busca analizar los problemas sociales de la desigualdad, la pobreza, la calidad de vida, la ausencia de desarrollo humano y la injusticia social, en función de la habilidad de las personas para hacer actos o alcanzar estados valiosos por medio de capacidades básicas.

Amartya Sen, manifiesta: “En mi opinión, lo que se está discutiendo es la interpretación de las necesidades como capacidades básicas. Esta interpretación de las necesidades y los intereses está frecuentemente implícita en las exigencias de igualdad. A este tipo de igualdad la llamaré igualdad de capacidad básica”⁷²

El autor entiende al valor básico de la libertad como capacidad, cuando plantea que: “El concepto de capacidad expresa la libertad real con la que una persona debe contar para alcanzar aquello que valora”⁷³

Por su parte la filósofa Martha Nussbaum, de forma conjunta con Sen, también promovió el enfoque de capacidades, entendiéndolas como libertades sustanciales o potencialidades del ser humano para alcanzar un bienestar máximo, analizando que más allá de las diferencias en las distintas sociedades humanas, existe un mismo núcleo de necesidades fundamentales que deben ser satisfechas para lograr bienestar y desarrollo.

Nussbaum reconoce concretamente diez capacidades centrales, que son la vida; salud física; integridad física; sentidos, imaginación y pensamiento; emociones; razón práctica; afiliación; vivir en relación próxima con la naturaleza y control sobre el propio entorno. Para ella “el respeto por la dignidad humana obliga a que los ciudadanos y

⁷¹ Francisco Javier Castro. “Abraham Maslow, las necesidades humanas y su relación con los cuidadores profesionales. Cultura de los Cuidados” *Cultura de los cuidados* (2018): 104 – 5, <https://library.co/document/yr2m2eoz-abraham-maslow-necesidades-humanas-relacion-cuidadores-profesionales.html>

⁷² Amartya Sen, *Choice, Welfare and Measurement* (Oxford: Blackwell, 1982), 368

⁷³ Martín Urquijo Angarita, “La Teoría de las capacidades en Amartya Sen”. *EDETANIA* 46 (2014): 68, <https://revistas.ucv.es/index.php/Edetania/article/view/161>

ciudadanas estén situados por encima de un umbral mínimo de capacidad en todas y cada una de las diez áreas”⁷⁴

En la estructura de nuestro trabajo podemos identificar que Sen y Nussbaum integran a las necesidades, capacidades y libertades como parte de un mismo concepto interdependiente e indivisible. Desde esta triada, nos aproximaremos al interés.

Al respecto el profesor Garrett Thomson analiza que:

El concepto de interés debe formar parte integral de una necesidad fundamental porque nuestros intereses determinan en términos generales los tipos de actividades y experiencias de las que somos despojados cuando somos dañados. Se requiere la noción de un interés para explicar lo que es el daño y requerimos la noción de daño para explicar lo que es una necesidad fundamental. El concepto de un interés demuestra en qué consiste nuestro bienestar, en concordancia con nuestra naturaleza mejor que consistir en adquirir lo que nosotros deseamos. [...] La tesis de que las necesidades fundamentales son ineludibles requiere que nuestros intereses son inalterables. Porque si las necesidades fundamentales son ineludibles, así también debe ser el daño consecuente sobre la falta de lo que necesitamos; esto significa que los intereses deben ser ineludibles, porque esto define los tipos de actividad de que somos despojados cuando somos dañados⁷⁵

Comprendido así el interés, se explica mejor la teoría del jurista alemán Rudolf Von Ihering quien propuso que los derechos son intereses jurídicamente protegidos, a partir de los que se tejen las nociones de “bien”, “valor”, e interés “práctico”⁷⁶

Con este recorrido, es posible acercarnos de forma más holística a la propuesta de Miguel Cillero Bruñol, quien respecto al interés superior manifiesta que: “El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo “interés superior” pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo “declarado derecho”; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser interés superior.”⁷⁷ En palabras de Hannah Arendt, se trata del "derecho a tener derechos"⁷⁸

⁷⁴ Martha Nussbaum, *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*. (Barcelona: Paidós, 2012), 56

⁷⁵ Garrett Thomson, *Needs*, (London & New York: Routledge y Kegan Paul, 1987), 88, citado en Juan Nicanor Nájera Alarcón, “Las necesidades humanas como una base objetiva de la moralidad” (tesis de Maestría en Filosofía, Universidad Autónoma de México, 2010), 55, <http://132.248.9.195/ptb2010/mayo/0657417/Index.html>

⁷⁶ Enrique Marí, “Rudolf Von Ihering y la interpretación finalista de la ley”, accedido 20 de diciembre de 2020, 34, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/67-68/rudolf-von-ihering-y-la-interpretacion-finalista-de-la-ley.pdf>

⁷⁷ Miguel Cillero Bruñol, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en *Derechos y garantía de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, ed. Ramiro Ávila y María Belén Corredores (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010), 98

⁷⁸ Hanna Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*. (Madrid: Taurus, 1974), 247, <http://www.ula.ve/ciencias-juridicas->

En resumen, podemos esbozar que el interés para niñas, niños y adolescentes implica la satisfacción de necesidades fundamentales, que genera desarrollo de capacidades básicas que posibilitan la libertad de hacer, ser y decidir, en la construcción de un proyecto de vida único y valioso; a esto lo llamamos ejercicio de derechos.

2.- Evaluación y determinación del interés superior

Por su especialidad y naturaleza, es posible afirmar que el instrumento de mayor alcance y referencia para la aplicación del interés superior en casos concretos es la Observación General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, emitida por el Comité de los Derechos del Niño, en donde se proponen dos parámetros para este fin: la evaluación y la determinación.

La "evaluación del interés superior" consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño. Por "determinación del interés superior" se entiende el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior.⁷⁹

Por el énfasis de nuestro trabajo, nos centraremos en la evaluación, ya que busca conocer y entender las circunstancias concretas de cada niña, niño o adolescente, individualmente o como colectivo

como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores⁸⁰

Con este objetivo, el Comité elaboró una lista de elementos, que reconoce como no exhaustiva ni jerárquica, que se debe considerar, como una orientación, para evaluar el interés superior; estos elementos son:

políticas/images/NuevaWeb/Material_Didactico/MarcosRosales/MarcosRosales/dictaduraliteratura/Arendt-Hannah-Los-Origenes-Del-Totalitarismo.pdf

⁷⁹ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14*, párr. 47

⁸⁰ *Ibíd.*, párr. 48

- i.- La opinión del niño;
- ii.- La identidad del niño;
- iii.- La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones;
- iv.- Cuidado, protección y seguridad del niño;
- v.- Situación de vulnerabilidad;
- vi.- El derecho del niño a la salud; y,
- vii.- El derecho del niño a la educación

El Comité señala expresamente que debe buscarse un equilibrio entre estos elementos en la evaluación, ya que no todos los elementos serán pertinentes en todos los casos, debido a que el contenido de cada elemento variará en una niña o niño y en otros, por lo que, al ponderar se debe tomar en cuenta que el propósito de la evaluación del interés superior es la garantía del disfrute pleno y efectivo de derechos.⁸¹

Sin duda, esta herramienta planteada por el Comité de los Derechos del Niño debe ser uno de los ejes de nuestra propuesta de test, pero entendida desde el enfoque del interés que hemos sistematizado y, desarrollada a través de una metodología que tiene a la cercanía como finalidad.

3.- Test Raíces - Alas

El test Raíces - Alas es una propuesta de aplicación del interés superior, que se ha pensado, en varios años de trabajo jurisdiccional, en la búsqueda de una forma práctica, sencilla y efectiva de entender y garantizar la dignidad única de cada niña, niño o adolescente, en procesos dirigidos a conocer, comprender, atender y restaurar.

El test se fundamenta en un interés vinculado a las necesidades humanas, el desarrollo de capacidades, la vivencia de libertades y el ejercicio de derechos y, se asiste técnicamente de la lista de elementos no exhaustivos para evaluar el interés superior establecida en la Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño.

En su construcción, el test se divide en dos grandes partes denominadas raíces y alas, cada parte a su vez, se sustenta en categorías que implican derechos, que basados en su contenido dan como resultado la formulación de preguntas sencillas, pero no simples, que buscan el conocimiento de una persona, su comprensión y asistencia en el ejercicio de sus derechos y, en la misma medida, la asunción de sus responsabilidades, entendidas

⁸¹ *Ibíd.*, párr. 80 y 82

como el aprendizaje de una capacidad. Las preguntas no pretenden suficiencia, sino aproximación, no buscan ser directrices sobre otra persona, sino respeto y aprendizaje.

El nombre del test acoge dos metáforas utilizadas como simbolismos en la crianza de hijas e hijos, principalmente utilizados en los ámbitos social y psicológico, pero también en el comunitario; busca ser identificable y coherente con nuestra posición crítica del derecho objetivo, en gran medida complejo, lejano e inaccesible.

3.1.- Raíces

La raíz es el órgano de las plantas que entre sus funciones principales tiene el “fijar la planta al suelo, la absorción de agua y sales minerales [el] almacén, [...] la síntesis de hormonas vegetales, la aireación de la planta en medios acuáticos⁸² o participar en el intercambio de gases,⁸³ entonces, sostienen, impregnan, guardan, transforman e interrelacionan.

Por eso, en nuestra metáfora, las raíces son el origen de una persona, su vínculo primario con el mundo, con la familia que le dio vida, con el entorno inmediato que impregna, que influencia en su desarrollo, por tanto, su identidad, crecimiento, aprendizaje, percepción del mundo, vínculos e interrelaciones.

Los elementos que conforman las raíces son los derechos a la identidad, opinión, familia, salud, educación y cuidado; su enfoque flexible y amplio nos llevará a la formulación de preguntas, que son las que conforman las categorías del test.

A la identidad, la consideramos un concepto abierto, que, si bien es cierto, involucra individualización,⁸⁴ no es algo fijo, predeterminado, natural o innato, sino una construcción influenciada por un sinnúmero de factores del entorno que interactúan

⁸² Manuel Megías, Pilar Molist, Manuel A. Pombal, “Atlas de Histología Vegetal y Animal. Órganos vegetales. Raíz”, *Universidad de Vigo*, septiembre de 2015, <https://docplayer.es/21471808-Atlas-de-histologia-vegetal-y-animal-organos-vegetales-manuel-megias-pilar-molist-manuel-a-pombal.html>

⁸³ Bernardo Ramírez Padilla y Rosa Inés Goyes Acosta. *Botánica, generalidades, morfología y anatomía de plantas superiores* (Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2004), 35

⁸⁴ La Corte IDH desarrolló que la identidad es un “conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad [...] está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez”. Corte IDH, “Sentencia de 27 de abril de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*, 27 de abril de 2012, párr. 123, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

permanentemente en una persona.⁸⁵ Es afirmación y negación, semejanza y diversidad, definida por el qué, el cuánto y el cómo de los otros tiene el sujeto, y por lo que no posee de otros.⁸⁶ Sin duda es un tema complejo, pero en esa complejidad radica su legitimidad. La pregunta que proponemos en el test, para aproximarnos, a la identidad de la niña, niño o adolescente es ¿quién es?, para formularla, en primer lugar, tenemos que reconocerla/o como un ser/sujeto, acercarnos con la humildad que genera confianza, saber respetar los límites, conocer el entorno, aprender su propio lenguaje y, sobre todo, saber observar y escuchar.

En nuestro estudio a la opinión la identificamos con la voz, pero no solo aquella que suena cuando el aire es expulsado a través de la laringe y hace vibrar las cuerdas vocales, sino la que se origina en el interior, en los pensamientos, emociones y sentimientos generados en nuestra historia de vida. Históricamente se ha negado la voz a las niñas, niños y adolescentes, bajo la paradoja del sujeto sin capacidad (objetos sin voz), por lo que, su opinión tuvo que ser reconocida como un derecho humano en la Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁷ y motivó que su comité emita una observación general denominada “El derecho del niño a ser escuchado”, en donde, entre otros, se realizaron tres importantes análisis que abordan el juicio propio, la expresión libre de opinión y, la edad y madurez.⁸⁸

⁸⁵ Pablo Páramo, “La construcción psicosocial de la identidad y del self”, *Revista Latinoamericana de Psicología*, vol. 40, núm. 3 (2008): 543-4, <https://www.redalyc.org/pdf/805/80511493010.pdf>

⁸⁶ Marcela Lagarde trata a la identidad de una forma tan interesante que debe ser citada textualmente: “¿Quién soy? es la pregunta que organiza nuestra subjetividad al vivir. Y, al vivir, la respondemos, tenemos identidad. Somos así y no de otra manera. Somos como y somos diferentes de otros. El ser es afirmación y negación en acto, semejanza y diversidad. La identidad es entonces definida por el qué, el cuánto y el cómo de los otros tiene el sujeto, y por lo que no posee de otros. ¿Quién soy Yo y quienes son los otros? ¿Cuáles son los límites específicos del sujeto, y cuáles características no tiene de los otros? Y, ¿quiénes son los semejantes y quiénes los diferentes? La identidad remite al ser y su semejanza, su diferencia, su posesión, y su carencia”. Marcela Lagarde, “Identidad femenina”, *Texto difundido por CIDHAL* (Comunicación, Intercambio y Desarrollo Humano en América Latina, A.C. México), 1, https://xenero.webs.uvigo.es/profesorado/purificacion_mayobre/identidad.pdf

⁸⁷ ONU Asamblea General, *Convención de los Derechos del Niño*, art. 12, numerales 1 y 2

⁸⁸ Respecto a las condiciones de las niñas, niños y adolescentes para formarse un juicio propio, el Comité explica: “los Estados partes no pueden partir de la premisa de un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad.” En lo concerniente a la expresión libre de la opinión: “Libremente” significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. “Libremente” significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. “Libremente” es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva “propia” del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás”. Ahora, respecto de la edad y madurez para la expresión de su opinión: “la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información,

En términos de la presente propuesta, este derecho debe traducirse en una sola pregunta que busque conocer cuál es la voz de la niña, niño o adolescente; la pregunta que planteamos es: ¿qué dice?, así, de una manera llana, pero no evadible, que visibilice de forma contundente si la investigación, examen o decisión respetó el interés superior, escuchando a la niña, niño o adolescente de forma individual y no solo aparente, o mucho menos, a través de juicios adultocentristas.

La familia, además de su reconocimiento normativo como la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros,⁸⁹ debe ser entendida como un espacio plural y libre de prejuicios,⁹⁰ que se constituye de forma única y diversa,⁹¹ no solo mediada por el parentesco biológico, sino por la “unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia común en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia”⁹² que debe ser protegida contra “injerencias

la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. [...] “Madurez” hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño [...] es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Comité sobre los Derechos del Niño, *Observación General No. 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado*, párr. 20, 21, 22, 29 y 30

⁸⁹ Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 67 de la Constitución y, art. 9 del Código de la Niñez y Adolescencia

⁹⁰ Tatiana Ordeñana y Alexander Barahona refieren que: “una definición de familia a más de general debe ser plural y libre de prejuicios religiosos patriarcales, todo ello con el propósito de cambiar el paradigma cultural de familia y concebir a dicha institución como núcleo íntimo de garantía de derechos para fortalecer procesos de cambios institucionales a consolidarse en el tiempo y generaciones” Tatiana Ordeñana y Alexander Barahona, *Derecho de Familia en el nuevo paradigma constitucional*. (Quito: Cevallos, 2016), 81

⁹¹ La Corte Constitucional al analizar el artículo 67 de la Constitución señala: “cuando la Constitución reconoce “la familia en sus diversos tipos” (artículo67), se debe entender que esos tipos no pueden enumerarse taxativamente y depende de la realidad social y de la nacionalidad de que se trate. Lo importante, de acuerdo a la misma norma, es que los miembros de una familia “se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.” Entonces, se puede entender que los diversos tipos de familia tienen protección del Estado y pueden ser familias transnacionales, con jefas de hogar, con personas con discapacidad o privadas de libertad, familias heterosexuales, familias ensambladas, familias ampliadas y familias homosexuales, y más que puedan existir y manifestarse en la sociedad. [...] La Constitución ha adoptado una concepción social de la familia, que permite varias formas dependiendo de las concepciones culturales y también de las expectativas personales. De este modo, la Constitución se aleja de una concepción tradicional o única de la familia”. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)”, en *Caso 11-18-CN*, 12 de junio de 2019, párr. 53 y 54.

⁹² Patricia Ares, *Psicología de la familia. Una aproximación a su estudio*. (La Habana: Editorial Félix Varela, 2002), 16-7

arbitrarias o ilegales” que solo pueden ser legítimas cuando busquen proteger a los miembros familiares.⁹³

Por lo tanto, para determinar el interés superior de una niña, niño o adolescente es necesario conocer qué personas comparten su proyecto vital de existencia, la y lo acogen y protegen, conocen sus necesidades y las gestionan, influyen en su identidad y personalidad, en qué medio se desarrollan sus capacidades, dónde se construye su autonomía, o, por el contrario, dónde se originan sus carencias, peligros y vulneraciones (factores de riesgo). Consideramos que nos acercáramos a este conocimiento respondiendo a la pregunta: ¿dónde está?

La salud, debe ser comprendida como un completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades⁹⁴ o como un “cálculo del riesgo”⁹⁵ el concepto de salud supera a la medicina ya que es un fenómeno social.⁹⁶ El Comité de los Derechos del Niño, interpretó a la salud como un derecho

⁹³ Daniel O Donnell, Emilio García Méndez y Elías Carranza, *Derecho a tener derecho*. (Quito: UNICEF, 1998), 26

⁹⁴ Esta definición fue incorporada en la constitución de la Organización Mundial de la Salud, realizada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados. Pero además esta mirada holística, fue recogida en nuestro país en el artículo 3 del Proyecto de Ley del Código Orgánico de la Salud, que fue objeto de un veto presidencial en donde consta: “La Salud es el estado de completo bienestar, mental, emocional, físico y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. La salud implica que todas las necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas como son sus necesidades afectivas, sanitarias, nutricionales, sociales y culturales. La salud debe ser entendida en una doble dimensión: como producto de los determinantes biológicos, económicos, sociales, políticos, culturales y ambientales; y, a la vez, como productor de condiciones que permiten el desarrollo integral a nivel individual y colectivo”

⁹⁵ Edmundo Granda, “El saber en salud pública en un ámbito de pérdida de antropocentrismo y ante una visión de equilibrio ecológico”, *Revista Facultad Nacional de la Salud Pública*, vol. 26 (2008): 76, <https://www.redalyc.org/pdf/120/12058104010.pdf>

⁹⁶ Al respecto, es importante citar una de las posiciones, críticas y propositivas generadas desde el ámbito médico: “Desde la perspectiva de las ciencias naturales, la salud es un fenómeno determinado por condiciones que, estando fuera o dentro del organismo, se encuentran, en todo caso, por fuera del sujeto, es decir, del universo de sentido que construyen los hombres y mujeres en la interacción con dichas condiciones; desde la perspectiva de las ciencias sociales, por el contrario, se asume la salud como un fenómeno significativo, que no es externo al hombre [y la mujer], a la cultura y a la sociedad, sino que es constitutivo y constituyente de lo humano, lo cultural y social. La salud, entendida como un fenómeno social, solo puede ser comprendida como una construcción simbólica —de naturaleza lingüística— que emerge en el conjunto de relaciones sociales entre sujetos que, en un contexto histórico particular, comparten unos valores, unos significados y unas prácticas en torno al cuerpo, al bienestar, a la enfermedad, a la vida y a la muerte. Desde esta perspectiva, la salud no es un “hecho”, sino una construcción simbólica, solo accesible a través del lenguaje, que escapa a la reducción analítica en favor de una lectura contextual que reconozca las particularidades históricas, sociales y culturales de los escenarios en los que los sujetos nacen, viven, se relacionan, construyen sus proyectos, “se enferman” y mueren.” Diego Restrepo, “La salud pública como ciencia social: reflexiones en torno a las posibilidades de una salud pública comprensiva”, *Revista Facultad Nacional de la Salud Pública*, vol. 29, num. 1 (2011): 97 – 8, <https://www.redalyc.org/pdf/120/12020036010.pdf>

inclusivo e integral no solo caracterizado por un enfoque biomédico, sino por el máximo desarrollo de capacidades en condiciones que lo permitan, por tanto, una visión de la salud transversalizada por un entorno que la incide y afecta y, que debe ser generado o protegido como una obligación internacional de derechos humanos.⁹⁷ Es de esta forma amplia, interdependiente, médica pero también social que nos aproximamos a la salud para realizarnos la pregunta ¿cómo se encuentra?, la niña, niño o adolescente, en su estado físico, emocional, psicológico y también de entorno social, para identificar si el desarrollo de sus capacidades se genera en un entorno favorable.

El cuidado también es un derecho humano,⁹⁸ expresado en mantener, continuar y reparar nuestro ser y nuestro ambiente, para vivir tan bien como sea posible,⁹⁹ por lo que, la Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño, estableció que el cuidado es un elemento para evaluar y determinar el interés superior, que “no se expresa

⁹⁷ El Comité señaló que la salud es un: “derecho inclusivo que no solo abarca la prevención oportuna y apropiada, la promoción de la salud y los servicios paliativos, de curación y de rehabilitación, sino también el derecho del niño a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que le permitan disfrutar del más alto nivel posible de salud, mediante la ejecución de programas centrados en los factores subyacentes que determinan la salud. El enfoque integral en materia de salud sitúa la realización del derecho del niño a la salud en el contexto más amplio de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos”. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute más alto nivel posible de salud (artículo 24)*, 17 de abril de 2013, párr. 2, http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqIkirKOZ_LK2M58RF%2F5F0vHCIs1B9k1r3x0aA7FYrehlsj%2FQwiEONVKEf8BnpvEXSI7WLpnaEMIpupYgu9Jcq5Jnl6KhXRgZtqhSh9BZY9KH

⁹⁸ Inicialmente, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoció al cuidado de la infancia como un derecho, cuando estableció que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales [...]”, posteriormente el artículo 3.2. de la Convención de los Derechos del Niño lo plasmó como un compromiso (garantía) internacional exigible ante los Estados: “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.”. En el año 2013, las delegaciones de los Estados miembros de la CEPAL expresamente visibilizaron al cuidado como un derecho cuando acordaron: “Reconocer el cuidado como un derecho de las personas y, por lo tanto, como una responsabilidad que debe ser compartida por hombres y mujeres de todos los sectores de la sociedad, las familias, las empresas privadas y el Estado, adoptando medidas, políticas y programas de cuidado y de promoción de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la vida familiar, laboral y social que liberen tiempo para que las mujeres puedan incorporarse al empleo, al estudio y a la política y disfrutar plenamente de su autonomía”. Comisión Económica para América Latina y el Caribe participantes en la XII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, *Consenso de Santo Domingo*, 15 al 18 de octubre de 2013, https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/ple_consenso_de_santo_domingo.pdf.

⁹⁹ En el año 2010, la CEPAL presentó una definición global del cuidado, en el que definió “El cuidado es una actividad específica que incluye todo lo que hacemos para mantener, continuar y reparar nuestro mundo, de manera que podamos vivir en él tan bien como sea posible. Ese mundo incluye nuestros cuerpos, nuestro ser y nuestro ambiente, todo lo cual buscamos para entretejer una compleja red de sostenimiento de la vida”. CEPAL, “¿Qué Estado para qué igualdad?”, XI Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Brasilia 13 al 16 de julio de 2010, 20, https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/16656/S1000327_es.pdf

con una fórmula limitada o negativa (por ejemplo, "para proteger al niño de daños"), sino en relación con el ideal amplio de garantizar el "bienestar" y el desarrollo del niño.”¹⁰⁰ De tal forma que, el cuidado no es solo prevención, expresión de afecto o -mucho menos- compasión, sino un derecho subjetivo exigible al Estado, la sociedad y la familia como una corresponsabilidad,¹⁰¹ y un elemento esencial para evaluar la garantía del interés superior de niñas, niños y adolescentes, que en nuestro test se manifestará en la pregunta: ¿qué necesita?, con énfasis en sus necesidades básicas, porque, la medida de satisfacción de necesidades, es directamente proporcional al cuidado que les brindamos para que puedan desarrollar sus capacidades.

3.2.- Alas

En la metáfora en desarrollo, las alas implican el proceso de autonomía para poder volar, el destino planeado y la distancia del viaje, se manifiesta en las experiencias vividas y el conocimiento obtenido, el desarrollo de potencialidades y, en general, en las capacidades adquiridas y en camino de adquisición. Estas capacidades generarán libertades, éstas ejercicio de derechos y, en conjunto, vida con dignidad. Por lo que, esta parte del test se enfocará en conocer el aprendizaje adquirido o las capacidades para adquirirlo a través de la educación, también el nivel de autonomía y el proyecto de vida en construcción de niñas, niños y adolescentes.

Compartimos que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad,¹⁰² que, “es más que una escolarización oficial y engloba un amplio espectro de experiencias vitales y procesos de aprendizaje”¹⁰³ que permiten a la niña, niño o adolescente “hacer frente a las dificultades con las que

¹⁰⁰ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14*, párr. 71 - 3

¹⁰¹ 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 de las demás personas [...], Ecuador *Constitución de la República del Ecuador*.

¹⁰² ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966, art. 13.1. OEA Asamblea General, *Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 17 de noviembre de 1988, art. 13.2

¹⁰³ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 1 (2001) Párrafo 1 del artículo 29: Propósitos de la educación*, 17 de abril de 2001, párr. 2, https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CRC_Observaci%C3%B3n_General_1_ES.pdf.

previsiblemente se topará en su camino [por lo que] los conocimientos básicos no se limitan a la alfabetización y a la aritmética elemental sino que comprenden también la preparación para la vida activa, por ejemplo, la capacidad de adoptar decisiones ponderadas; resolver conflictos de forma no violenta; llevar una vida sana, tener relaciones sociales satisfactorias y asumir responsabilidades, desarrollar el sentido crítico, dotes creativas y otras aptitudes que den a los niños las herramientas necesarias para llevar adelante sus opciones vitales.¹⁰⁴ Desde esta perspectiva, las condiciones en las que la niña, niño y adolescente aprende, pueden conocerse con una probabilidad razonable con la pregunta: ¿qué sabe?, no pensada desde un pensum académico, ni valoración cuantitativa, tampoco desde un cuestionario predeterminado, sino desde la charla cotidiana en la que las personas hablamos desde los detalles, de nuestra historia, situación y sueños.

El siguiente elemento es la autonomía, que es importante decir, actualmente se piensa como un derecho humano singular, con dos grandes contenidos, el respeto a la elección autónoma en el mayor grado posible (un no derecho a intervenir en esa decisión u obligación negativa) y la satisfacción de ciertas necesidades o puesta a disposición de ciertos medios o instrumentos (obligación positiva).¹⁰⁵

En el ámbito de la niñez y adolescencia, la autonomía es absolutamente importante ya que, como lo defiende Miguel Cillero: “Ser niño no es ser "menos adulto", (es) una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica.¹⁰⁶ Sin embargo, se enfrentan a un dilema que involucra el reconocimiento de su personalidad jurídica (sujetos) sin la capacidad para ejercer directamente derechos, en lo que se puede llamar una autonomía potencial.¹⁰⁷

Como una respuesta a esta paradoja la Convención de los Derechos del Niño, sentó las bases de la progresividad de derechos y responsabilidades, reconociendo los

¹⁰⁴ Ibíd, párr. 9.

¹⁰⁵ Rafael de Asís, “Sobre el derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, *Programa Consolider – Ingenio 2010 (HURI-AGE)*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derechos, Universidad Carlos III de Madrid, (2010): 2, <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7735/wp12.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁰⁶ Miguel Cillero Bruñol, “Infancia, autonomía y derechos: Una cuestión de principios” *Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes*, http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura4.Infancia.DD.pdf

¹⁰⁷ Carlos Peña. “El Derecho Civil en su relación con el Derechos Internacional de los Derechos Humanos”, en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Cecilia Medina y J. Mera ed. (Santiago: Universidad Diego Portales, 1996), 625

derechos y deberes de los padres respecto de sus hijas e hijos, pero en una función de dirección y orientación, para que las niñas, niños y adolescentes, de acuerdo a la evolución de sus facultades, ejerzan directamente sus derechos.¹⁰⁸ Por lo que, en la perspectiva de nuestro test, para evaluar y determinar su interés superior específico, es muy importante traducir a la autonomía en una pregunta: ¿qué hace?, la niña, niño o adolescente en su cotidianeidad, en el mundo que nació y también en el que imagina o busca cambiar.

Finalmente, el proyecto de vida, que en términos de Antônio Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli, “se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad”¹⁰⁹ y en los de la Corte IDH involucra la realización personal integral, que da sentido a la vida de cada uno,¹¹⁰ un proyecto que es el “resultado de modos de enfrentamiento y experimentación de la historia de vida personal en el contexto en el que las actuaciones han tenido lugar”¹¹¹ que es un “constructo personal construido tanto por las aspiraciones como por las posibilidades de concretar estas proyecciones de vida.”¹¹²

Entendido así, el proyecto de vida se estructura, depende y se interrelaciona con todos los derechos analizados previamente y tiene que ver con la realidad propia que perciben las personas desde sí mismas, los propósitos que se generan en torno a ella y las formas (capacidades) que poseen para alcanzarlos, por lo que, consideramos que la última pregunta del test debe dirigirse a conocer ¿qué quiere? la niña, niño o adolescente, a partir del camino que ha recorrido y la aspiración del que quiere recorrer.

¹⁰⁸ ONU, *Convención sobre los Derechos del niño*, art. 5

¹⁰⁹ Corte IDH, “Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Voto razonado conjunto de los jueces Antônio Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli”, *Caso Loaiza Tamayo Vs. Perú*, 27 de noviembre de 1998, párr. 15 y 16, <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec42.pdf>

¹¹⁰ Corte IDH, “Sentencia de septiembre de 2005. Voto razonado del juez Antônio Cançado Trindade”, *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*, 12 de septiembre de 2005, párr. 3, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf

¹¹¹ Ovidio D’Angelo Hernández, “Proyecto de Vida y Desarrollo Integral Humano”, *Revista Internacional Crecemos*, año 6, No. 1 y 2-Puerto Rico, 3 y 4, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/cuba/cips/caudales05/Caudales/ARTICULOS/ArticulosPDF/07D050.pdf>

¹¹² Karen García Yepes, “Construcción de Proyectos de Vida Alternativos (PVA) en Urabá, Colombia: papel del sistema educativo en contextos vulnerables”, *Estudios Pedagógicos XLIII*, No. 3, (2017): 154, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estped/v43n3/art09.pdf>

3.3.- Preguntas constitutivas del test Raíces–Alas

Como se ha mencionado, este test ha sido pensado para su aplicación en procesos judiciales o administrativos de protección de derechos de niñas, niños o adolescentes, ya que, principalmente en este ámbito forense es en el que, se evidencia formulación de demandas y denuncias encuadradas en formatos, sustanciación que prioriza el trámite, debates adultocéntricos y, sobre todo, resoluciones en las que se transcriben íntegramente dichos debates, luego disposiciones normativas en su totalidad, para finalizar con decisiones lineales, que expresan un muy mal entendido silogismo.

En este sentido, los procesos son instrumentos lejanos, ajenos y extraños, que sustentan su existencia en expedientes, firmas, demandas, formalismos procesales, artículos legales, sentencias, etc., en una eterna perífrasis que evita tratar lo único que debería ser tratado, la situación de las personas, sus necesidades, capacidades y expectativas, vistas en función de su desarrollo, proyectos de vida, entornos e interrelaciones.

Esta estructura, es la que busca desnudar, enfrentar y luego erradicar el test, ya que si debemos responder a las preguntas ¿quién es?, ¿qué dice?, ¿dónde está?, ¿cómo se encuentra?, ¿qué necesita?, la niña, niño o adolescente que está siendo atendido y, posteriormente, ¿qué sabe?, ¿qué hace?, y ¿qué quiere?, no podremos concluir con la ley, las instituciones, ni el proceso, precisaremos aproximarnos a ellas y ellos con respeto y humildad, preguntando y no respondiendo, explicando y no disponiendo, con paciencia y prudencia. De esta manera nos acercaremos a conocer la percepción de su realidad, la significación que le dan a sus derechos y la construcción de formas prácticas para garantizarlos y, de manera especial, a entender cuál es su interés superior.

Por otra parte, la aplicación del test en la valoración de una resolución, nos aportará una herramienta valiosa para identificar tendencias en la aplicación de la doctrina de protección integral o la pervivencia y punición de la situación irregular del menor. Respecto de la segunda doctrina, las preguntas del test, en gran medida se presentarán en inverso, o se omitirán, es decir, los argumentos irán dirigidos a establecer ¿quién no es?, la niña, niño o adolescente a partir de una mirada de vulnerabilidad intrínseca o carencias; se responderá, expresa o tácitamente, ¿qué dicen?, ¿qué necesitan? o ¿qué quieren?, su familia, la sociedad o el Estado o, por lo general, se invisibilizará ¿dónde está?, ¿cómo se encuentra?, ¿qué sabe?, o ¿qué hace?, la niña, niño o adolescente.

Es importante establecer que, al igual que los elementos para la evaluación del interés superior propuestos por el Comité de los Derechos del Niño, las preguntas del test Raíces-Alas no son exhaustivas, obligatorias o absolutas, por lo que, no en todos los casos deben formularse en su totalidad, y en muchos, se requerirá incorporar otras pertinentes, ya que éstas dependerán de la situación y el caso concreto; pero si será necesario evidenciar el porqué de su uso, omisión o incorporación.

Finalmente, pese a que, como se mencionó, el test fue creado para su aplicación forense, en su análisis y revisión académica, se ha advertido la posibilidad de utilizarlo también por áreas interdisciplinarias relacionadas al Derecho, por profesionales en la psicología, el trabajo social, la pedagogía, la parvularia, entre otros afines, e incluso, por quienes realizan funciones de cuidado de niñas y niños, como una guía en su función o como un elemento en la evaluación de su labor; más, este estudio será parte de una análisis posterior.

Capítulo tercero:

Análisis de sentencias constitucionales que aplicaron el interés superior

En este capítulo se evaluará tres sentencias constitucionales cuyo fundamento de resolución fue el interés superior de niñas, niños y adolescentes, dos emitidas por la Corte Constitucional y una emitida por el autor de esta tesis en una acción de protección, para evidenciar en su estructura o trasfondos sus tendencias a la protección integral de niñas, niños y adolescentes o a la pervivencia de miradas propias de la situación irregular del menor, a través del interés superior.

Como método, se presentará el contexto en el que se emitió la sentencia, los problemas jurídicos planteados y la resolución, citando en los momentos pertinentes las definiciones que se realicen del interés superior y la perspectiva desde la que, se concibió a la niñez y adolescencia y, finalmente se analizarán los argumentos y decisión conforme la mirada del interés superior propuesta en la presente tesis.

Las sentencias emitidas por la Corte Constitucional se escogieron por la relevancia que tuvieron y tienen en el sistema jurídico ecuatoriano, su aplicación permanente y vigente, su trascendencia en el ámbito de la niñez y adolescencia y el debate académico y forense que aún generan. Estas sentencias analizan la constitucionalidad del apremio personal como una medida de exigibilidad alimenticia y los derechos sexuales y reproductivos de adolescentes, respectivamente.

Es imprescindible establecer que, en estas sentencias se realiza control abstracto de constitucionalidad y el test Raíces – Alas está diseñado como un recurso forense para casos concretos, por lo que, el análisis en las mismas se centrará en cómo se interpretó el interés superior, develando si existió una visión de vulnerabilidad intrínseca de niñas, niños y adolescentes o un entendimiento material de satisfacción de necesidades, adquisición de capacidades, vivencia de libertades y ejercicio de derechos, de acuerdo a la perspectiva propuesta en el segundo capítulo.

Por otra parte, como se mencionó, también se analizará una sentencia realizada por quien realiza este trabajo, emitida en un caso concreto, en donde se pueda evidenciar la aplicación práctica del test Raíces -Alas como un recurso posible y objetivo para la aplicación específica del interés superior. Se debe anotar que, a la fecha en la que se emitió la sentencia el test aún no se encontraba construido con la estructura propuesta,

pero si recoge parte del sentido de las preguntas que lo componen. La sentencia analiza y resuelve el caso de una adolescente no acompañada, de nacionalidad venezolana, quien tuvo un parto en un hospital en el Ecuador, a quien no se le permitió el egreso con su hijo neonato, y fue separada de él, debido a que no podía ser inscrito, al ser su madre adolescente y no estar presentes sus representantes legales, quienes viven en Venezuela.

1.- Análisis de la sentencia de inconstitucionalidad sustitutiva de las condiciones en las que se deben emitir apremios personales en casos alimenticios (sentencia No. 012-17-SIN-CC)

1.1.- Contexto

La sentencia resolvió tres acciones públicas de inconstitucionalidad acumuladas, más, por pertinencia, realizaremos nuestro estudio exclusivamente sobre una de ellas, la demanda de inconstitucionalidad de actos normativos presentada por el señor Javier Renán Donoso Saldarriaga en contra del primer inciso del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), publicado en el suplemento del Registro Oficial NO. 506 del 22 de mayo de 2015.

En la sentencia antes de plantear los problemas jurídicos a resolver, como consideraciones previas de control material de constitucionalidad, se estableció la necesidad de abordar tres principios constitucionales, el interés superior de niñas, niños y adolescentes, la prevalencia de sus derechos o trato prioritario y la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia.

Concentrándonos en el interés superior se mencionó literalmente:

El principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes está reconocido a nivel internacional en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en el numeral 1 del artículo 3, establece: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva 17/2002, al referirse al interés superior del niño, señaló: 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 los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño

El principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes implica considerar de manera primordial su condición cuando se tomen decisiones que les puedan afectar.

Conlleva un proceso continuo de valoración sobre los efectos que tal o cual decisión pueda tener sobre el cumplimiento efectivo de sus derechos.¹¹³

Como puede advertirse, primordialmente se realiza una función de citación de ciertos instrumentos, sin una intención material de explicación práctica y sencilla de lo que busca el interés superior en cada caso concreto en el que se lo aplique. Se transcribe un significativo parcial, desprovisto de significado.

1.2.- Problema jurídico y su resolución

La Corte Constitucional se plantea cuatro problemas jurídicos, pero, en el énfasis propuesto, únicamente nos centraremos en el último, expresado a través de la pregunta: ¿Las normas contenidas en el artículo 23 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia y el primer inciso del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, ¿vulneran el derecho a la libertad consagrado en el artículo 66 numeral 29 literal c de la Constitución de la República?

Ambas disposiciones, la una derogada y la otra vigente, regulan el apremio personal de obligados principales por el incumplimiento de pensiones alimenticias en favor de sus hijas/os (niñas, niños o adolescentes), en virtud que dicha medida implica la privación de la libertad de los progenitores, es criterio de la Corte que se estaría ante una posible colisión entre los derechos constitucionales a la vida digna de niñas, niños y adolescentes, y de su desarrollo integral y, el derecho a la libertad personal de la obligada u obligado a la prestación de alimentos, cuya afectación perturbaría el goce de otros derechos.

Para analizar esta colisión la Corte aplica el principio de proporcionalidad. El primer elemento de idoneidad se abordó a partir de dos supuestos: **(a)** cuando el obligado cuenta con un empleo y lo pierde a causa de la imposición de un apremio personal; y, **(b)** cuando la imposición de esta medida le impide encontrar uno, mientras las pensiones alimenticias continúan generándose.

En el primer supuesto, el deber primordial del obligado, al contar con un empleo y remuneración sería garantizar la vida digna y desarrollo integral de sus hijas/os, el no

¹¹³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 012-17-SIN-CC”, Consideraciones previas. Debido a que la sentencia no está numerada, en este punto y los posteriores, no será posible determinar los párrafos citados

hacerlo por dos o más pensiones no tiene una justificación, sin embargo, la disposición normativa contempla excepciones como por ejemplo cuando:

la o el progenitor usa dichos recursos para dar tratamiento a una discapacidad o a una enfermedad catastrófica, grave o de alta complejidad que permiten su supervivencia, como es el caso del accionante, que a pesar de poseer un cáncer terminal fue privado de su libertad por haber incumplido el pago de las pensiones alimenticias, además de haberse visto obligado a interrumpir sus tratamientos médicos, lo cual puso en riesgo sus derechos a la salud, integridad y vida, así también puede darse el caso que dicho progenitor erogase dichos ingresos para solventar los gastos de otras cargas familiares que posean las enfermedades antes descritas, para otros hijos e hijas.

En el segundo supuesto, la Corte considera que:

la mentada regulación si limita el encontrar un empleo que permita al progenitor pagar no solo las pensiones adeudadas que generaron el apremio personal, sino las demás que se acumulan durante la privación de la libertad con los respectivos intereses de ley lo cual se constituye en un círculo vicioso que agrava más la situación, no logrando garantizar el derecho a la vida digna y desarrollo integral que se merece la niña niño o adolescente

Por estos razonamientos la Corte concluye que:

la medida de apremio personal establecida en el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, no es idónea por cuanto no cumple los preceptos generales de aplicación del artículo 134 *ibidem* y tampoco garantiza de manera eficaz el derecho de alimentos de niñas niños y adolescentes; así también, vulnera derechos constitucionales de los precedentes.

Sin embargo, que la normativa no supera el principio de idoneidad, con el fin de motivar ampliamente su control constitucional, también examina los dos principios restantes. En el análisis del principio de necesidad, la Corte evidencia la existencia de apremios de tipo real dirigidos al mismo fin, pero a través de los bienes patrimoniales del obligado, generando favorabilidad para quienes tienen recursos y un perjuicio gravoso para las personas que no, a quienes se les aplicaría directamente la privación de libertad, por lo que el apremio personal terminaría siendo una medida discriminatoria por razones socio-económicas.

También, conforme la naturaleza del principio de necesidad analiza la existencia de medidas menos gravosas existentes en el derecho comparado (apremios personales nocturnos) y de forma previa desarrolladas en el ámbito constitucional en nuestro país, como las actas de compromiso de pago (Ex Tribunal Constitucional, en las sentencias Nro. 147-2007-HC, 161-2007-HC y 170-2007-HC) que cumplirían con el fin de garantizar vida digna y desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes.

Finalmente, respecto del principio de proporcionalidad, entendiendo que “los beneficios de la medida deben ser suficientes como para “compensar” los sacrificios de un derecho”, la Corte considera que el apremio personal en los términos en los que se encuentra regulado el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, afecta:

principalmente el derecho a la libertad, que ante su limitación es lesivo para otros derechos por su grado de interdependencia, como: derecho a la vida, derecho a la salud derecho al trabajo, derecho al ejercicio de actividades económicas y principalmente, el derecho a la vida digna y desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes, que no es satisfecho en su totalidad de manera continua y permanente

A base de estos razonamientos, la Corte declaró la constitucionalidad sustitutiva del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, y lo reemplazó íntegramente, hasta que la Asamblea Nacional lo regule,¹¹⁴ de la siguiente forma:

Art. 137.- Apremio personal en materia de alimentos. - En caso de que el alimentante incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias sean o no sucesivas, la o el juzgador a petición de parte, previa constatación del incumplimiento del pago pecuniario o no pecuniario, dispondrá la prohibición de salida del país y convocará a audiencia que deberá realizarse en un término de diez días conforme a este artículo.

La audiencia tendrá por objeto determinar las medidas de apremio aplicables de acuerdo a las circunstancias del alimentante que no le permitieron cumplir con el pago de sus obligaciones, por lo que no se discutirá sobre el monto de las pensiones adeudadas u otros aspectos que no tengan que ver con su objeto.

Si el alimentante no compareciere a la audiencia, la o el juzgador aplicará el régimen de apremio personal total. Si el alimentante no demostrare de manera justificada su incapacidad de cumplir con el pago de las pensiones adeudadas a causa de no tener actividad laboral ni recursos económicos; o, ser persona discapacitada, padecer una enfermedad catastrófica o de alta complejidad que le impidan el ejercicio de actividades laborales, la o el juzgador dispondrá el apremio total hasta por treinta días, los apremios reales que sean necesarios: prohibición de salida del país; y, el pago por parte de los obligados subsidiarios. En caso de reincidencia el apremio personal total se extenderá por sesenta días más y hasta un máximo de ciento ochenta días.

En el caso que el alimentante demostrare de manera justificada su incapacidad de cumplir con sus obligaciones, la o el juzgador aprobará una propuesta del alimentante en torno a su compromiso de pago para cancelar lo adeudado, precautelando siempre los derechos del alimentado.

En caso de incumplimiento del compromiso de pago, el juzgador dispondrá el apremio parcial, los apremios reales que correspondan y el cumplimiento del pago por parte de los obligados subsidiarios. De ser necesario, el juez dispondrá de manera motivada el uso de dispositivo de vigilancia electrónica.

El apremio personal parcial consistirá en la privación de la libertad entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente por treinta días, salvo que

¹¹⁴ Acto normativo que ya se realizó con la Ley Reformativa al Código Orgánico General de Procesos, promulgada el 26 de junio de 2019

el alimentante demostrare que realiza actividades económicas o laborales en el horario señalado, en cuyo caso el juzgador determinará el horario aplicable que deberá ser de ocho horas.

En los casos de reincidencia en el incumplimiento del pago o incumplimiento del apremio personal parcial la o el juzgador ordenará el apremio total.

En la misma resolución en la que se ordene el apremio personal parcial o total, la o el juzgador ordenará el allanamiento del lugar en el que se encuentre el deudor; así también, en los casos en los que se dicte el uso de dispositivo de vigilancia electrónica, dispondrá su instalación a las entidades competentes.

Previo a disponer la libertad de la o el alimentante, la o el juzgador requerirá la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptorá el pago en efectivo, cheque certificado o mediante la verificación de los documentos que justifiquen el pago. Pagada la totalidad de la obligación, la o el juzgador dispondrá su libertad inmediata y de ser el caso, el retiro del dispositivo de vigilancia electrónica por las entidades competentes.

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 ni garantes; o, en contra de personas discapacitadas o que padezcan una enfermedad catastrófica o de alta complejidad que le impidan el ejercicio de actividades laborales.

De esta manera, se diseñó un sistema progresivo de exigibilidad alimenticia que inicia en la convocatoria a una audiencia, en la que se analiza las razones del incumplimiento, que de ser justificadas generarán un convenio de pago, y de no ser así la emisión de un apremio personal de tipo total. El incumplimiento del convenio motivará un apremio personal nocturno, llamado apremio parcial y, la reincidencia en el incumplimiento medidas progresivas de restricción, tanto en el tipo de apremio como en el tiempo máximo de su ejecución.

1.3.- Examen de aplicación del interés superior en la sentencia

Inicialmente la Corte Constitucional estableció un paraguas de los principios que transversalizarían su desarrollo, uno de ellos el interés superior de niñas, niños y adolescentes, el que refirió implica: “considerar de manera primordial su condición cuando se tomen decisiones que les puedan afectar. [...] un proceso continuo de valoración sobre los efectos que tal o cual decisión pueda tener sobre el cumplimiento efectivo de sus derechos”, por lo que, es imprescindible valorar si esta consideración estuvo implícita en su análisis en el cuarto problema jurídico.

El derecho/obligación de suministro alimenticio se origina en el vínculo parentofilial y de cuidado familiar, cuando su determinación es procesal, para la fijación de una pensión alimenticia se valoran dos ejes fundamentales: las necesidades filiales

para el desarrollo integral y las posibilidades parento/familiares expresadas en su situación socio-económica.

En la sentencia se aprecia un énfasis en el segundo eje, dirigido a valorar la situación del progenitor alimentante en la inminencia o privación de la libertad por disposición de un apremio personal, analizando los supuestos de posible pérdida de un empleo adquirido o la imposibilidad de adquirirlo en detención, cuando esta situación muy posiblemente agrava el incumplimiento.

Este enfoque es legítimo, pero incompleto, ya que omite estructuralmente el análisis del interés superior de las hijas e hijos protegidos por medio de la pensión alimenticia, en dos aspectos fundamentales:

(1) Su opinión en una situación tan compleja, que involucra la omisión de responsabilidades de cuidado y la privación de libertad de su padre o madre, es decir, conocer ¿qué dice? en este asunto que incide en su vida y derechos, ya que en muchos casos la hija o el hijo no desea la detención de su progenitor, o se opone a ella,¹¹⁵ y es dispuesta priorizando necesidades de adultos generadas por falta de competencias parentales o problemas conyugales no resueltos o, más aún, la hija o el hijo tienen ideas distintas de cómo garantizar estas responsabilidades, entre ellas la satisfacción directa de ciertas necesidades alimenticias que pueden -incluso- ser verificadas judicialmente, como lo prevé el artículo innumerado 14.b de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia.

Existen casos en los que, las hijas e hijos han solicitado que sus padres los lleven directamente a la escuela (en bicicleta) garantizando su necesidad de transporte, o piden que les preparen la comida, o les compran diariamente pan, frutas y otros alimentos, o han pedido vivir en una propiedad parental o incluso pasar con ellos todas las tardes para hacer sus tareas educativas, entre muchos ejemplos más, solo conocidos escuchando a las hijas e hijos.

El no considerar en la disposición normativa generada por la sentencia, la opinión de las niñas, niños o adolescentes, que son derechohabientes en un proceso, inaplica directamente lo previsto en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, el

¹¹⁵ Es necesario anotar que el apremio personal se dispone únicamente a petición de parte legitimada, y él o la legitimada activa en un proceso alimenticio es el titular del derecho, es decir la hija o hijo, solo representado por uno de sus progenitores, por lo que, el que la hija o hijo no solicite o se oponga al apremio personal, genera su improcedencia.

artículo 45 de la Constitución, el artículo 60 del Código de la Niñez y Adolescencia y todo el corpus iuris de protección analizado en el capítulo primero de esta tesis.

Frente a esta afirmación, es posible alegar como contraargumento que, dichas disposiciones deben aplicarse con una interpretación sistémica de nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, de acuerdo a la definición realizada por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General No. 14, una de las acepciones del interés superior es ser una norma de procedimiento, por lo que, es injustificado, en una disposición normativa tan detallada en el procedimiento, el no incluir expresamente, como parte del trámite de análisis de medidas de exigibilidad, la escucha de la opinión de niñas, niños o adolescentes; evidenciándose la intención expresa de no hacerlo, una omisión adultocentrista que invisibiliza su opinión, acorde a una perspectiva de irregularidad minorista.

(2) La situación personal de la hija o hijo, conociendo su entorno familiar, el cuidado que recibe, su estado de salud o su acceso a la educación (que son el contenido del derecho alimenticio), en términos de nuestro test: ¿dónde está?, ¿cómo se encuentra?, ¿qué necesita? y ¿qué sabe?, cuyas respuestas nos aproximarían más a la real protección integral de la niña, niño o adolescente, no solo expresada por el análisis de disposición (o no) de un apremio personal.

Conocer su situación nos permitiría pensar en medidas más favorables que las analizadas por la Corte Constitucional (compromisos de pago o apremios parciales), como son la emisión de medidas de protección que permitan atención médica, acceso educativo, bonos de protección especial, ingreso a programas públicos o privados de formación, deporte o recreación, asistencia social y psicológica, etc., o la misma satisfacción directa de necesidades citada en el punto previo.

El conocer a la familia y los vínculos de la niña, niño o adolescente, es importante en la medida de encontrar una solución duradera a la omisión de su cuidado, ya que en muchos casos, los progenitores requieren acompañamiento psicológico para fortalecer sus competencias parentales inexistentes o débiles, que en gran medida tienen que ver con sus propias historias de vida en las que no recibieron cuidado familiar; competencias que se afectan más, cuando son prisionizados por varias veces y por tiempos cada vez mayores.

Por supuesto que todo lo dicho requiere tiempo y recursos, en procesos que son los de mayor número, comparados con cualquier materia en nuestro país, pero eso es el interés superior, detenerse, ver a los ojos, reconocer, preguntar, comprender, atender y

restaurar, ya que el éxito de un proceso alimenticio, y de la gran mayoría, es que no exista (se archive), ya que la intervención estatal fue la necesaria como para generar competencias parentales y herramientas de cuidado, que desarrolladas autónomamente en el grupo familiar, garantizan la vida digna y el mejor proyecto de vida posible para la niña, niño o adolescente; lo contrario es, desnaturalizar el proceso constituyéndolo en un reproductor formal de su vulnerabilidad o de los conflictos no resueltos de sus progenitores.

En conclusión, aplicando la lista de características propuesta por Mary Beloff, podemos referir con fundamentos que en la sentencia se tutela los derechos de objetos de protección, valiosos en función de terceros, no importa la opinión de las niñas, niños o adolescentes, se protege restringiendo derechos (a través del apremio personal), se concibe que la situación familiar será resuelta por un buen padre de familia (juez/a), lo asistencial está confundido con lo penal (prisionización parental), por lo que, existe una clara tendencia a aplicar la naturaleza de la situación irregular del menor.

2.- Análisis de la sentencia sobre el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de adolescentes (sentencia No. 003-18-PJO-CC)

2.1.- Contexto

La Sala de Selección de la Corte Constitucional, para el período de transición, seleccionó el caso N.0 0775-11-JP, resuelto por el Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha. Este caso se originó el 15 de marzo del 2011, cuando el señor Marcel René Ramírez Rhon, en su calidad de presidente de la Fundación Ciudadana Papá por Siempre presentó una acción de protección en contra de la campaña para prevenir el embarazo adolescente elaborada por el Ministerio de Salud Pública del Ecuador que incluía la entrega de preservativos a las y los adolescentes en general y de manera especial, a los comprendidos en el grupo etario de los 12 a 14 años.

El demandante fundamentó su acción de protección en la vulneración de los artículos 83 numeral 16, 69 numeral 1 y 85 numeral 2 de la Constitución de la República, por considerar que el Ministerio de Salud omitió tener en cuenta el punto de vista de los padres antes de iniciar tal campaña; y, por lo tanto, está menoscabando su deber constitucional de educar a sus hijos e hijas. El Tribunal Sexto de Garantías Penales de

Pichincha en la sentencia emitida el 6 de abril del 2011, resolvió rechazar la acción de protección propuesta.

2.2.- Problemas jurídicos y la jurisprudencia emanada de ellos

La Corte Constitucional se planteó dos problemas jurídicos a resolver: ¿Cuáles son los alcances y límites de la posibilidad de intervención de los padres, madres o la persona a cuyo cuidado se encuentran los y las adolescentes, en relación a sus derechos sexuales y reproductivos?, y ¿En qué momento cesa la autoridad tuitiva de los padres y puede intervenir un "salvador externo" como el Estado?

Para tratar el primer problema inicialmente se plantea la pregunta: ¿Qué se entiende por adolescencia?, para lo que, explica la etimología de la palabra adolescente, sus concepciones cronológica y biológica y, su protección jurídica. Establecido esto, se plantea el subtema: “La protección constitucional de los adolescentes conforme el artículo 45 de la Constitución de la República”, mencionando que dicha disposición normativa tiene dos consecuencias de gran importancia, la primera que “reconoce a los adolescentes como sujetos de derechos y no únicamente como sujetos pasivos de medidas de protección u objeto de derechos.”¹¹⁶

Para sustentar este punto, realiza un análisis histórico en el que dijo que:

Tradicionalmente, el parámetro normativo desde el que se abordaba la protección jurídica de las y los adolescentes partía de considerarlos un objeto de derechos de las personas encargadas de su cuidado, así, había una suerte de otorgamiento de prerrogativas a la o el adolescente que dependían directamente de lo que los adultos consideraban mejor para él o ella. En tal virtud, la regulación existente se limitaba al señalamiento de obligaciones del Estado, la sociedad y la familia para con él o la adolescente, poniendo énfasis en su vulnerabilidad y minoría de edad, pero sin reconocer su calidad de sujetos de derechos. Su existencia estaba, pues, limitada a ser el hijo o hija de, o estar a cargo de un adulto, invisibilizando su condición de persona con cierto grado de autonomía, capaz de emitir opiniones en los asuntos que le conciernen.¹¹⁷

Luego postuló que en la actualidad él y la adolescente como sujetos de derecho “no deben pasar por un proceso de concesión por parte de los adultos, sino que estos les son atribuibles por el sólo hecho de ser seres humanos.”¹¹⁸ Por lo tanto, “la vulnerabilidad del adolescente ya no puede ser excusa para limitar sus derechos y su capacidad para ejercerlos, colocándolo en una “... condición de inferior categoría” a la de los

¹¹⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 003-18-PJO-CC”, 30

¹¹⁷ *Ibíd.*, 31

¹¹⁸ *Ibíd.*, 32

adultos”¹¹⁹”Se abandona, por lo tanto, la construcción normativa desde la afirmación "al niño, niña o adolescente se le dará ... " (objeto de derechos) y se da paso a "el niño, niña y adolescente tiene derecho a ... " (sujeto de derechos)".¹²⁰ “De hecho, *la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los adolescentes*, y que van superando conforme se desarrollan, constituye la razón por la cual, se les considera sujetos de atención prioritaria.”¹²¹ (Énfasis añadido)

La Corte refiere que, la segunda consecuencia se encuentra en el artículo 47 de la Constitución que:

es el reconocimiento de la especificidad del contenido de los derechos de los adolescentes. Precisamente, al considerar a los adolescentes como sujetos de derechos también se vuelve necesario reafirmar que el contenido de los derechos cuando *son ejercidos por un adolescente no tiene el mismo alcance que si su titular fuera un adulto*, pues estos gozan de completa autonomía e independencia respecto de los primeros y se presume que han alcanzado el grado máximo de desarrollo físico, psicológico, cultural y social.¹²² (Énfasis añadido)

El siguiente subtema que analiza es el “El principio de autonomía y la posibilidad de decisión de los padres u otras personas que tengan a su cargo el cuidado de los adolescentes”. Parte por entender a la autonomía como un proceso de descubrimiento de sí mismo, de reconocimiento y uso de sus potencialidades y capacidades, identificándose como un ser independiente, singular y diferente. Pero al aplicar la definición a la adolescencia menciona que:

Dado que el desarrollo de la autonomía es paulatino, aquellas personas que aún no han culminado este proceso deben ser sujetos de protección especial, pues, se considera que *su falta de madurez exige la adopción de medidas específicas* que procuren la culminación de ese proceso de manera adecuada, de ahí que, de conformidad con la Constitución, el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de promover de forma prioritaria su desarrollo integral y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos¹²³(Énfasis añadido)

Por tanto: “Los adultos se convierten así en los garantes del adecuado desarrollo de las y los adolescentes, y por lo mismo, están legitimados para adoptar las decisiones pertinentes que posibiliten el ejercicio efectivo de sus derechos”¹²⁴ que deben ser proporcionales a su nivel de autonomía, mientras mayor sea ésta menor debe ser la

¹¹⁹ *Ibíd.*, 33

¹²⁰ *Ibíd.*, 34

¹²¹ *Ibíd.*, 36

¹²² *Ibíd.*, 37

¹²³ *Ibíd.*, 41

¹²⁴ *Ibíd.*, 43

injerencia del adulto, quien si obvia su punto de vista afecta gravemente su autonomía,¹²⁵ “La decisión del adulto deja entonces de tener sentido para proteger el interés superior del adolescente y se convierte en una imposición coactiva al individuo que vulnera sus derechos constitucionales y su calidad de sujeto de derechos”¹²⁶

Posteriormente se examina: “Los derechos sexuales y reproductivos de los y las adolescentes”, abordando inicialmente cada uno de estos derechos. Respecto de los derechos sexuales se analiza que su garantía depende de una adecuada información, libertad, voluntariedad y responsabilidad en el ejercicio de la sexualidad; citando una fuente doctrinal se refiere que:

Sólo el cumplimiento de todos estos supuestos en las decisiones que las personas adopten respecto a su sexualidad, su vida y su orientación sexual podrán garantizar el efectivo goce de los derechos sexuales, los mismos que, entre otros aspectos, implican: la posibilidad de decidir sobre el cuerpo (autonomía del cuerpo); vivir de manera sana y placentera la sexualidad (dar, sentir y recibir placer); decidir libremente la opción sexual sin miedos, estigmas ni discriminación; ejercer la sexualidad de manera independiente a la capacidad reproductiva; el acceso a una educación afectiva y sexual integral; el acceso a información respecto de métodos seguros, eficaces y asequibles que eviten el contagio de enfermedades de transmisión sexual; la igualdad en la asunción de las consecuencias de la conducta sexual, la capacidad para asumirlas¹²⁷

En relación a los derechos reproductivos se manifiesta que aluden “al ejercicio de la potestad del ser humano para decidir las condiciones bajo las cuales, va a ejercer su capacidad reproductiva y la manera de hacerlo en caso de que optara por esa posibilidad.”¹²⁸ Determinado este contexto, la Corte emite su criterio:

esta Corte considera que el derecho a disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y de decidir libre, responsable e informadamente procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, es un derecho que corresponde ejercer directamente a las y los adolescentes, como sujetos plenos de derechos y en virtud del principio de autonomía.¹²⁹

[...]Esta Corte reafirma que el derecho que tienen los y las adolescentes, de decidir autónomamente sobre su salud sexual, de expresar su opinión y su consentimiento de manera directa, sin la injerencia ilegítima del Estado, la sociedad o la familia. Reconociendo además que esa libertad en el ejercicio de sus derechos sexuales está íntimamente relacionada a su grado de autonomía, a partir del cual, conforme lo analizado ut supra, se legitima una mayor o menor intervención en sus derechos. Por lo tanto, la intervención del Estado, la sociedad y la familia en el contenido de estos derechos se legitima únicamente si observa su interés superior y respeta su libertad, dignidad y opinión.¹³⁰

¹²⁵ *Ibíd.*, 45 y 46

¹²⁶ *Ibíd.*, 47

¹²⁷ *Ibíd.*, 75

¹²⁸ *Ibíd.*, 78

¹²⁹ *Ibíd.*, 87

¹³⁰ *Ibíd.*, 90

El segundo problema se aborda a través de la pregunta: ¿En qué momento cesa la autoridad tuitiva de los padres y puede intervenir un "salvador externo" como el Estado? La Corte comienza por establecer que las familias conformadas por adultos y niños, niñas o adolescentes, tienen una igualdad material, por la que, no todos los miembros tienen los mismos derechos y obligaciones, sino que estos dependen del rol que cada persona desempeña en la familia, lo que no debe entenderse como una degradación de la condición de sujeto de derechos de un miembro. “La igualdad a la que alude la Constitución, no debe ser entendida como la ausencia de la autoridad tuitiva de los adultos, pues, [...], la condición de vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes exige su protección especial, la misma que corresponde garantizar al Estado, la sociedad y la familia”¹³¹

Pero esta autoridad tuitiva no es absoluta, ni ilimitada, la Corte refiere que encuentra sus límites en el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, en el principio de prevalencia de sus derechos sobre los de los demás y en su derecho a ser consultados en los asuntos que les afecten:

Caso contrario, dicha obligación se convertiría en un derecho de los adultos de imponer sus decisiones frente a sus hijos, hijas o los niños, niñas o adolescentes bajo su cuidado, convirtiéndose en la herramienta perfecta para perpetuar relaciones de poder lo que deslegitimaría absolutamente la consideración de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, para retomar el viejo paradigma de ser objeto de derechos.¹³²

Para protegerlos es que la Constitución ha incluido la obligación del Estado de adoptar medidas especiales de su protección, aun cuando ello involucre una intromisión en la obligación de los adultos de crianza y educación de sus hijos. Con este fundamento surge el concepto denominado "salvador externo",¹³³ como un rol atribuido al Estado

Con este argumento la Corte concluyó que: “la campaña en cuestión, tenía como objetivo dotar a las y los adolescentes de herramientas necesarias y suficientes que les permitieran ejercer de forma efectiva su derecho a adoptar decisiones libres, voluntarias y responsables acerca de su salud sexual y reproductiva garantizados”¹³⁴ “Por lo tanto, la intervención de ese "salvador externo" es absolutamente justificada”,¹³⁵ “está obligado a cumplir con su deber de otorgar a las y los adolescentes la información adecuada y

¹³¹ *Ibíd.*, 100

¹³² *Ibíd.*, 110

¹³³ *Ibíd.*, 112

¹³⁴ *Ibíd.*, 115

¹³⁵ *Ibíd.*, 116

necesaria para que ellos, en ejercicio del principio de autonomía de su cuerpo, puedan finalmente decidir sobre su salud sexual y reproductiva.”¹³⁶

La respuesta a estos dos problemas jurídicos se constituyó en las dos reglas de jurisprudencia vinculante:

1.- La intervención de los padres, madres o la persona a cuyo cuidado se encuentran, sobre los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes, debe encaminarse a dotarles de la guía y las herramientas necesarias y suficientes que les permitan adoptar decisiones libres, informadas y responsables. Por lo tanto, corresponde únicamente a la o el adolescente decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva, fundamentando sus decisiones en las herramientas otorgadas por la familia y el Estado, para la adopción de decisiones libres, informadas y responsables.¹³⁷

2.- La autoridad tutelar de los padres, madres o de cualquier persona encargada del cuidado de niñas, niños y adolescentes, cesa el momento en el que el ejercicio de la obligación de cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, vulnera su derecho a la información, a la educación y a la salud sexual y reproductiva, transgrediendo los principios constitucionales de su interés superior, su derecho a ser consultados en los asuntos que les afecten, y su calidad de sujetos de derechos, activando la intervención del Estado como un "salvador externo" que imponga medidas que operen a favor del efectivo ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes.¹³⁸

Como puede advertirse, en este punto se ha omitido realizar análisis o valoraciones respecto de lo manifestado por la Corte Constitucional, limitándonos a evidenciar, lo más exactamente posible, las razones de sus argumentos, más en el siguiente punto se examinarán los mismos para identificar el trasfondo de su interpretación del interés superior.

2.3.- Examen de aplicación del interés superior en la sentencia

En el examen propuesto, el primer punto que es importante anotar, es que, cuando la Corte Constitucional concluye que el ejercicio de los derechos sexuales depende de una adecuada información, libertad, voluntariedad y responsabilidad en el ejercicio de la sexualidad y, en función de aquello, reconoce el derecho de las y los adolescentes a decidir sobre su salud sexual, a expresar su opinión y consentimiento sin injerencias indebidas y, conforme su grado de autonomía, se puede apreciar la presencia del interés superior, que nos genera la necesidad de conocer la individualidad de cada adolescente, su opinión y decisiones, nos invita a preguntarnos ¿quién es?, ¿dónde se encuentra?, ¿qué

¹³⁶ *Ibíd.*, 118

¹³⁷ *Ibíd.*, 122

¹³⁸ *Ibíd.*, 123

sabe? y ¿qué quiere?; pero, por los razonamientos realizados por la Corte para llegar a esta conclusión, es necesario no adelantarse y analizarlos.

Inicialmente, la Corte establece como base de su análisis reconocer “a los adolescentes como sujetos de derechos y no únicamente como sujetos pasivos de medidas de protección u objeto de derechos”, buscando separarse de uno de los ejes de la situación irregular. Sin embargo, a la vez, manifiesta que “la vulnerabilidad del adolescente ya no puede ser excusa para limitar sus derechos y su capacidad para ejercerlos”, “que la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los adolescentes, y que van superando conforme se desarrollan, constituye la razón por la cual, se les considera sujetos de atención prioritaria.”, y más aún, que “al considerar a los adolescentes como sujetos de derechos también se vuelve necesario reafirmar que el contenido de los derechos cuando son ejercidos por un adolescente no tienen el mismo alcance que si su titular fuera un adulto, pues estos gozan de completa autonomía e independencia respecto de los primeros y se presume que han alcanzado el grado máximo de desarrollo físico, psicológico, cultural y social.”

Afirmaciones, que pueden identificarse como muestras de discriminación etaria, basadas en la vulnerabilidad intrínseca de las y los adolescentes, solo por su edad, y la predeterminación de la autonomía existente en los adultos, de la que, las y los adolescentes carecen, es decir, se los estigmatiza por lo que no son, adultos; en nuestro test involucra la respuesta a la pregunta: ¿quiénes no son?

Esta perspectiva se reafirma cuando la Corte aborda el principio de autonomía y la posibilidad de decisión de los padres u otras personas que tengan a su cargo el cuidado de las y los adolescentes, en donde se sostiene que los mismos se encuentran en un desarrollo de autonomía paulatino, y al no haberlo culminado “deben ser sujetos de protección especial”, “pues, se considera que su falta de madurez exige la adopción de medidas específicas que procuren la culminación de ese proceso de manera adecuada”, y es allí donde surge la obligación del Estado, la sociedad y la familia para lograrlo, y de esta forma “Los adultos se convierten en los garantes del adecuado desarrollo de las y los adolescentes”

Sobre esta base, parte el segundo problema jurídico, que añade que las familias conformadas por adultos y niños, niñas o adolescentes, tienen igualdad material, “por la que, no todos los miembros tienen los mismos derechos y obligaciones, sino que estos dependen del rol que cada persona desempeña en la familia” y aclara que “La igualdad a la que alude la Constitución, no debe ser entendida como la ausencia de la autoridad

tuitiva de los adultos, pues, [...], la condición de vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes exige su protección especial, la misma que corresponde garantizar al Estado, la sociedad y la familia”, reafirmando nuevamente, que la protección especial se origina de la vulnerabilidad o carencia de las niñas, niños y adolescentes.

En esta línea de pensamiento, analiza que la autoridad tuitiva de los padres no es absoluta, ni ilimitada, que encuentra sus límites en los principios de interés superior, de prevalencia de sus derechos sobre los de los demás y, en su derecho a ser consultados en los asuntos que les afecten, y cuando esto no se respeta, se hace necesaria la presencia de un "salvador externo" que es el Estado, sustentado en el principio de corresponsabilidad de protección del Estado, la sociedad y la familia.

Por lo tanto, las y los adolescentes son personas vulnerables por su carencia de madurez y autonomía, que requieren la protección especial del mundo adulto, expresada inicialmente en sus progenitores, quienes, si fallan en este rol, habilitan la intervención del Estado como su salvador externo, sin importar apriorísticamente ¿quiénes son?, ¿qué dicen?, ¿dónde están?, ¿cómo se encuentran?, ¿qué necesitan?, ¿qué saben?, ¿qué hacen?, o ¿qué quieren?

Basada en esta misma estructura, la Corte, también manifiesta que corresponde a las y los adolescentes decidir sobre sus derechos reproductivos, afirmación, que si bien puede entenderse como el reconocimiento de la dignidad de sujetos de derechos que razonan, deciden y ejercen, obvia un análisis principal, atinente al estado de vulnerabilidad que, prácticamente en todos los casos, se produce en el embarazo adolescente y la posterior maternidad y paternidad; omite citar estudios, estadísticas, informes locales y regionales que investigan el número de adolescentes embarazadas, sus condiciones de riesgo y precariedad, su muerte por falta de atención, las causas frecuentes del embarazo asociadas a delitos sexuales, la trata de personas, la prostitución infantil, la entrega en matrimonio, la violencia intrafamiliar, etc.; evita preguntar y responder ¿En qué casos las y los adolescentes ejercen derechos reproductivos y en qué casos son vulneraciones a los mismos o situaciones de vulnerabilidad?, por lo que, omiten preguntarse ¿dónde se encuentran? y ¿qué necesitan?. Tal es el vacío que, el proceso seleccionado trata sobre una campaña gubernamental para prevenir el embarazo adolescente, que la Corte considera justificada y no vulneratoria de derechos.

De esta forma se aprecia la contradicción permanente en la aplicación práctica del interés superior, consistente en afirmar expresamente una perspectiva de protección integral, pero en las ideas, la práctica y los hechos, reproducir los pilares de la doctrina

de situación irregular del menor, basados en su vulnerabilidad y carencia, la existencia de cuidadores adultos (autónomos y capaces) que saben que es lo mejor para ellas y ellos, y cuando ellos fallan, a la luz de sus propios análisis, la necesidad del Estado como “buen padre de familia”, que ahora se llama “salvador externo”.

3.- Análisis de la sentencia sobre el ejercicio de los derechos parento-filiales, a la salud e identidad de una madre adolescente no acompañada, de nacionalidad venezolana y su hijo neonato nacido en Ecuador (caso No. 05202-2019-01771)

3.1.- Contexto

Una adolescente de 16 años, no acompañada, de nacionalidad venezolana, el 18 de noviembre de 2019, ingresó al Hospital General de Latacunga y dio a luz en parto normal a un niño. Al día siguiente ella y su hijo estuvieron en condiciones de alta médica, sin embargo, cuando la adolescente acudió a la oficina de Registro Civil que se encuentra al interior del Hospital de Latacunga, esta dependencia se negó a inscribir al niño, por la minoría de edad de su madre exigiendo que los padres de la misma (abuelos del niño) concurran a inscribirlo, la adolescente informó que eso no era posible debido a que ellos se encuentran en Venezuela, y no los ve desde que ingresó al Ecuador, pese a lo que, dicha entidad ratificó la negativa de inscripción.

Por este motivo, la adolescente y su hijo fueron separados en áreas distintas, solo permitiéndoles tener contacto cada 3 horas para que el niño se alimente; permaneciendo en estas condiciones hasta que la Defensoría del Pueblo de Cotopaxi presentó una acción de protección que fue conocida por la Unidad de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Latacunga, que en audiencia declaró vulnerados sus derechos y emitió medidas de reparación. La adolescente y su hijo permanecieron, sin razón, en el hospital por 10 días.

3.2.- Preguntas formuladas en la sentencia y su fundamento

En la sentencia para garantizar acceso, cercanía y comprensión, en el razonamiento, metodológicamente se presentaron y respondieron las preguntas ¿Quién? ¿Por qué? ¿Qué? y ¿Cómo? Respecto de la pregunta ¿Quién?, se explicó que: “Esta pregunta es la primera en efectuarse, para establecer que en esta garantía jurisdiccional

(así como en toda actividad estatal) la centralidad son las personas, su dignidad y derechos”.¹³⁹

Además de lo presentado por la Defensoría del Pueblo, sobre todo, se escuchó a la adolescente:

Entendiendo que garantizar la voz y escucha de una adolescente no es una prueba, ni un requisito procesal, sino el ejercicio de un derecho humano que es parte inherente de su reconocimiento como sujeto con un interés superior, se consultó a la adolescente S[...]¹⁴⁰ si deseaba ser escuchada en la audiencia, a lo que la misma respondió afirmativamente y manifestó:

a.- Hace 1 año y medio vino al Ecuador por la grave crisis que afecta a su país, ingresó sin sus padres, quienes viven en Venezuela;

b.- No tiene pasaporte, ya que en Venezuela ya no los dan;

c.- Actualmente vive en el barrio San Felipe de esta ciudad de Latacunga con su pareja el señor A[...]; se dedica a actividades del hogar ya que su pareja trabaja; ella no estudia;

d.- El 18 de noviembre dio a luz a su hijo en el Hospital, al día siguiente los dieron de alta, pero le dijeron que no podía inscribir a su hijo porque ella es menor de edad y extranjera y que debían concurrir sus padres, quienes no pueden hacerlo porque se encuentran en Venezuela;

e.- Ha permanecido en el Hospital todos estos días en una habitación de alojamiento y su hijo está en neonatología pese a estar sano, ella lo ve cada tres horas para darle de comer y luego nuevamente lo retornan a neonatología;

f.- Su deseo es permanecer en este país, ya que quiere darle un futuro a su hijo;

g.- No ha iniciado algún proceso para obtener protección internacional porque desconoce que debe hacer, pero necesita permanecer legalmente en el país.¹⁴¹

En coherencia directa con lo referido por la adolescente, en la sentencia se concluyó respecto de ella y su hijo:

S[...]

Es una adolescente de 17 años, que es madre desde el 18 de noviembre de 2019, su nacionalidad es venezolana, salió de su país por la grave crisis que enfrenta e ingresó al Ecuador desde hace 1 año y medio no acompañada por sus padres o familiares, actualmente no estudia y hasta la audiencia que motivo esta acción se encontró interna en el Hospital por 10 días, 9 de ellos sin necesidad médica, sin poder cuidar y permanecer con su hijo, sino cada 3 horas para alimentarlo.

A[...]

Es un niño de 9 días de nacido (a la fecha de realización de la audiencia), sin registro de identificación de sus nombres, apellidos, procedencia familiar y nacionalidad, que no

¹³⁹ Ecuador Unidad de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Latacunga. “Sentencia”, en *Juicio No: 05202-2019-0177*, 11 de diciembre de 2019, 21

¹⁴⁰ En el presente análisis únicamente se identificará a la adolescente y el niño con la primera inicial de su nombre

¹⁴¹ *Ibíd.*, 9

goza del cuidado integral y permanente de su madre, que se encuentra en el área de neonatología de una unidad salud no prevista ni adecuada para su estancia, sin razones clínicas, expuesto a un riesgo latente de contagio de enfermedades.¹⁴²

La pregunta ¿Por qué? “se dirige a identificar las razones por las que las personas requieren el conocimiento de su situación y la garantía de sus derechos a través de un recurso/acción que debe ser efectivo e interpuesto ante un órgano que ejerce jurisdicción”¹⁴³ En relación con lo previamente conocido, esta pregunta se respondió de esta forma:

La adolescente S. a través de la Defensoría del Pueblo acude con el objeto de poder cuidar directa y permanentemente de su hijo, inscribirlo en el Registro Civil, obtener el alta del Hospital, retornar a su hogar y garantizar su estancia en el Ecuador.

El niño A., representado por su madre y la Defensoría del Pueblo es legitimado activo de esta acción, porque permanece en un área del Hospital no adecuada para su cuidado, que le genera riesgo a su salud, sin necesidad médica, porque debe ser inscrito con nombres, apellidos y procedencia familiar, porque necesita de su madre para un desarrollo idóneo e integral y, ser cuidado en el hogar que le brinden sus padres.¹⁴⁴

“La pregunta ¿qué?, busca identificar los derechos que se encuentran afectados o vulnerados con los hechos en análisis, reconociendo imprescindiblemente que el fundamento de los derechos es la dignidad, que es la esencia de las libertades (en sentido amplio)”¹⁴⁵ Esta pregunta general motivó el desarrollo de varias sub preguntas que, para no generar una transcripción literal únicamente se enunciarán, citando lo más relevante.

La primera pregunta planteada fue ¿Qué implica que S[...] sea una adolescente?, identificando a la adolescencia como una categoría etaria de protección y no de vulnerabilidad; posteriormente, ¿Cómo debe entenderse el interés superior?, para lo que, se acogieron los criterios expresados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 17/2012 y el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, que luego de ser citados, generaron la siguiente previsión:

Por lo tanto, al ser una obligación para esta unidad judicial, el eje transversal del análisis, valoración y motivación será el interés superior de la adolescente y niño sujetos de protección, que integrando los criterios expuestos se entenderá como la garantía de ejercicio pleno de sus derechos, la consideración primordial de su interés en toda decisión,

¹⁴² *Ibíd.*, 23 y 24

¹⁴³ *Ibíd.* 25

¹⁴⁴ *Ibíd.*, 26 y 27

¹⁴⁵ *Ibíd.* 28

la interpretación que más lo satisfaga, el análisis de las posibles repercusiones en las decisiones tomadas, todo expresado de forma motivada.¹⁴⁶

Las siguientes preguntas fueron: ¿Qué consideración debe darse a una madre adolescente y qué garantías en su favor?, entendiendo que la maternidad en la adolescencia genera una situación de vulnerabilidad que maximiza la atención y garantía y, determinado lo previo se preguntó: ¿Se vulneraron los derechos de S[...] en esta condición?, cuya conclusión fue:

Concentrándonos, aún solo en el hecho de que S[...] es una madre adolescente, se advierte que el Estado, a través del Registro Civil y también el sistema de salud pública, no brindó garantías especiales y preferentes a la adolescente en su parto y posparto, no diseñó una estrategia efectiva para analizar su situación integral, ni activó servicios o recursos públicos preferentes para su atención, de esta forma incumplió con sus obligaciones positivas, vulnerando el interés superior de la adolescente como un derecho, pero más aún, por su acción limitó el contacto de la madre con su hijo a un horario predeterminado, que incluso si fuere recomendable en términos médicos no lo es en una perspectiva holística que reconozca el vínculo afectivo entre madre e hijo, no permitió el alta de ambos para que pueden acudir a su hogar, no verificó si tenían un hogar, impidió el ejercicio de la patria potestad de la madre al no permitirle inscribir a su hijo y además los expuso a un riesgo a su salud al mantenerlos en el Hospital sin necesidad clínica, por la exigencia de un requisito administrativo que — como se analizará— pudo tener salidas jurídicas previstas en nuestro sistema.¹⁴⁷

Posteriormente se preguntó: ¿Qué involucra ser una adolescente no acompañada en movilidad humana?, definiendo desde los derechos humanos a esta nueva categoría de protección, para luego preguntar: ¿Se vulneraron los derechos de la adolescente S[...] como persona en movilidad humana?, cuya respuesta fue:

En el caso de la adolescente S[...] el Hospital y el Registro Civil no realizaron ninguna acción institucional o forense dirigida a analizar y efectivizar cualquiera de las medidas antes descritas, no buscaron conocer su condición integral, saber si se encontraba en una situación de riesgo, garantizarle un medio familiar, comunitario, social o institucional adecuado, el reconocimiento de su autonomía, el acceso a protección internacional o en general formas sostenidas que garanticen más que un servicio su desarrollo integral.¹⁴⁸

El Hospital [...] es una entidad de atención que forma parte del Sistema de Protección Integral a este grupo etario [...] que tiene como obligaciones específicas garantizarles que cuenten con los documentos de identidad, realizar todas las acciones sociales, legales y administrativas orientadas a definir y solucionar su situación física, psicológica, legal, familiar y social y, poner en conocimiento de la autoridad competente la situación de amenaza o violación de derechos [...], pero además, nuestra legislación les reconoce la atribución directa de emitir medidas de protección emergente como la custodia familiar, acogimiento institucional, la inserción en un programa de protección y atención, el seguimiento por parte de los equipos de trabajo social y, poner en conocimiento de la autoridad competente estas medidas en el plazo de 72 horas, para que

¹⁴⁶ *Ibíd.*, 35

¹⁴⁷ *Ibíd.*, 42

¹⁴⁸ *Ibíd.* 67

se dispongan las medidas definitivas [...]. Por lo que principalmente por omisión el Hospital y el Registro Civil vulneraron los derechos de la adolescente S[...] en su condición de persona en movilidad humana.¹⁴⁹

Seguidamente se analizó si: ¿Se vulneraron los derechos parento-filiales de la adolescente S[...]?, examinando la naturaleza jurídica de la patria potestad y las funciones de cuidado, estableciendo que:

al no permitir a la adolescente S[...] cuidar, representar e inscribir a su hijo, se la privó de ejercer la patria potestad sobre el mismo y los derechos y obligaciones que ésta ampara, sobre todo cuando el Hospital y el Registro Civil tenían y tienen conocimiento pleno de que el niño A. es hijo de la adolescente S., ya que nació en la unidad de salud y permaneció en ella 10 días ininterrumpidamente.¹⁵⁰

Cuando el Registro Civil decidió exigir el cumplimiento del Art. 24 del Reglamento a la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles que prevé que un progenitor menor de edad que inscriba o reconozca a su hijo debe estar acompañado por su representante legal, pese a conocer que los padres de la adolescente S[...] se encuentran en otro país y que ella ejerce la patria potestad de su hijo, antes que realizar una aplicación directa de la Constitución o incluso del Código de la Niñez y Adolescencia o el Código Civil, que regulan especialmente la patria potestad y el derecho familiar (como fue analizado), vulneró el interés superior como principio de interpretación normativa favorable y además el Art. 11.5 de la Constitución que determina que en materia de derechos constitucionales las y los servidores públicos deben aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.¹⁵¹

Luego se formuló la pregunta: ¿Se vulneró el derecho a la salud de la adolescente S[...]?, en la que se presentó una visión integral de este derecho a partir de la que, se determinó que:

se verifica que el derecho a la salud física y psicológica de la adolescente S[...] se vio afectado al permanecer en una unidad de salud sin una necesidad clínica, sin poder recuperarse adecuadamente después de su parto [...], sin desarrollar integralmente sus capacidades y necesidades maternas, tanto físicas como psicológicas, desde el cuidar y permanecer junto a su hijo recién nacido, alimentarlo conforme sea su necesidad individual (no en un horario impuesto), brindarle calor materno, comunicarse con él, dormir con él, asearlo y compartir cada momento de su vida, en aprendizaje y desarrollo de sus competencias parentales; en estas condiciones se vulneró su derecho a una atención sanitaria postnatal apropiada (Art. 24.d de la Convención de los Derechos del Niño) a un completo estado de bienestar físico y mental.¹⁵²

Desde este momento se analizó la situación del niño, realizando inicialmente la pregunta: ¿Qué consideración debe tener A[...] al ser un niño neonato?, reafirmando que la niñez, al igual que la adolescencia, es una categoría de protección; subsecuentemente se interrogó si: ¿Se vulneró el derecho a la familia del niño A[...]?, definiendo

¹⁴⁹ *Ibíd.*, 69

¹⁵⁰ *Ibíd.* 74

¹⁵¹ *Ibíd.*, 75

¹⁵² *Ibíd.*, 78

sucintamente la concepción jurídica de la familia, pero sobre todo, lo que implica el vínculo de apego para un niño neonato, estableciendo que:

Este medio natural de desarrollo integral, la construcción inmediata de un vínculo de apego afectivo con su madre, el cuidado propio de la misma y estructuralmente el derecho a una familia y su convivencia con ella, fue vulnerado para el niño A[...] al mantenerlo en una unidad de neonatología innecesariamente, limitando el contacto con su madre a un horario institucional que invisibiliza al ser humano y sus necesidades individuales; además, del reconocimiento de su procedencia familiar por medio de la inscripción.¹⁵³

Posteriormente, se planteó la pregunta: ¿Se vulneró el derecho a la identidad y a la personalidad jurídica del niño A[...]?, analizando el vínculo interdependiente entre ambos, desde la perspectiva constitucional y de los derechos humanos determinando que: “la no inscripción de A[...] por parte del Registro Civil vulneró sus derechos a la identidad en su dimensión material, al reconocimiento de su personalidad jurídica y su calidad de sujeto de derechos”¹⁵⁴

Siguientemente, se preguntó si: ¿Se vulneró el derecho a la salud del niño A[...]?, ratificando los estándares constitucionales y del Sistema de Derechos Humanos que vinculan a este derecho con la integridad personal, y haciendo énfasis en la primera infancia, con este contexto se manifestó que:

mantener a A[...] internado por 9 días en un área inapropiada que generaba la posibilidad de contagio de enfermedades y sin razones médicas, vulneró su derecho a la salud e integridad personal al no garantizarle un desarrollo idóneo de sus capacidades físicas, psíquicas y afectivas en el medio natural de su familia, en contacto permanente con su madre, con una lactancia natural y acorde a sus necesidades individuales, afectando su vínculo afectivo de "apego", generando —muy posiblemente- en él miedo, ansiedad y sufrimiento. Al niño A[...] no se le proporcionó una atención médica adecuada, necesaria, ni proporcional a sus circunstancias.¹⁵⁵

Finalmente, se explicó que la pregunta ¿Cómo? “se genera luego de identificada la vulneración de derechos y debe determinar la forma más efectiva e idónea para repararlos y garantizarlos sostenidamente, por lo que, inicialmente requerirá un análisis del medio utilizado (acción de protección), la naturaleza de la responsabilidad estatal y posteriormente de la reparación integral.”¹⁵⁶ Hecho ese análisis e identificando que la acción de protección era el medio idóneo y eficaz de protección derechos, en la parte resolutive de la sentencia se declaró:

¹⁵³ *Ibíd.*, 83

¹⁵⁴ *Ibíd.*, 90

¹⁵⁵ *Ibíd.*, 94

¹⁵⁶ *Ibíd.*, 95

vulnerado el derecho de la adolescente S[...] a su interés superior respecto de que éste sea una consideración primordial, que se aplique a su favor la normativa más favorable a la garantía de sus derechos y, a decisiones estatales que valoren sus impactos y sean motivadas integralmente, de igual forma sus derechos a una atención prioritaria como madre adolescente no acompañada en situación de movilidad humana y condición múltiple de vulnerabilidad, sus derechos parentales derivados de su maternidad y, el derecho a su salud integral; a su vez, se declara vulnerados los derechos del niño A[...] a su interés superior, en los mismos términos detallados anteriormente, a su atención prioritaria como neonato, a la identidad, a la personalidad jurídica, a tener una familia y ser cuidado por ella, a su salud integral y, a ser protegido en su condición de vulnerabilidad.¹⁵⁷

Y en consecuencia se dispusieron las siguientes medidas de reparación:

- 1.- La inscripción inmediata del niño A[...], con los nombres escogidos por su madre, su procedencia familiar, fecha y lugar de nacimiento, nacionalidad y demás requisitos necesarios para su identificación. [...]
- 2.- El alta médica de la adolescente S[...] y el niño [...] luego de producida la inscripción del niño, medida que fue prevista para ser ejecutada por el Hospital Provincial General de Latacunga de forma inmediata en la resolución oral. [...]
- 3.- En virtud de la situación de vulnerabilidad de la adolescente S[...] y el niño [...], la Dirección Distrital 05D01 Latacunga-Salud articulándose con la Defensoría del Pueblo de Cotopaxi, atenderá a la adolescente y su hijo a través de la estrategia "Médico del Barrio" en su domicilio, generando acceso e inserción a todos los servicios públicos necesarios; presentará por seis meses un informe mensual en la presente causa. Notifíquese esta sentencia a la Dirección Distrital 05D01 Latacunga-Salud.
- 4.- La Defensoría del Pueblo de Cotopaxi en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales respecto de personas que requieren atención prioritaria, investigará y evaluará la situación integral de la adolescente S[...] y su hijo, para —de ser necesario— analizar otras medidas de protección y reparación. Presentará un primer informe en 15 días y luego por dos ocasiones de forma bimestral.
- 5.- En virtud que las medidas de reparación en una garantía jurisdiccional deben ser aplicables y efectivas y, para este fin pueden utilizarse figuras jurídicas reconocidas en nuestro sistema jurídico, se declara la emancipación judicial de la adolescente S[...], reconociendo su proceso de autonomía y su voluntad, por lo que a base de esta sentencia ejercerá su representación legal propia y no le será exigido en ningún estamento público o privado, servicio o procedimiento la representación de sus padres.
- 6.- Notifíquese de esta sentencia a la Defensoría Pública de Cotopaxi, con el objeto de que en aplicación del Art. 99, numerales 7, 8 y 9 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana asesore y represente procesalmente a la adolescente S[...] en la determinación más adecuada y efectiva de su derecho a una condición migratoria, analizando en particular su necesidad de protección internacional. [...]
- 7.- Notifíquese la presente sentencia a la Dirección de Protección Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, con el objeto de poner en su conocimiento sus análisis y medidas de reparación, para que sean valoradas en las acciones que serán iniciadas por la Defensoría Pública de Cotopaxi.
- 8.- Como medida de no repetición las y los servidores públicos pertinentes de la Oficina Técnica de Registro Civil, Identificación y Cedulación de Cotopaxi, el Hospital Provincial General de Latacunga y la Coordinación Zonal 3 del Ministerio de Salud Pública gestionarán una capacitación a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR, sobre derechos y garantías de niñas, niños y adolescentes no acompañados y separados. [...]¹⁵⁸

¹⁵⁷ *Ibíd.*, 109

¹⁵⁸ *Ibíd.*, parte resolutive

Como puede observarse, la mayoría de las medidas de reparación responden a una línea causal que inicia en las necesidades de la adolescente y el niño, los derechos vulnerados y la forma de repararlos, siendo ellos el origen y el fin del proceso. Las medidas de reparación que no se adecuan exactamente a esta lógica, buscan un cambio estructural en el sistema, que estas situaciones no se repitan para ninguna otra niña, niño o adolescente.

3.3.- Análisis de la sentencia aplicando el test Raíces-Alas

Como se refirió previamente, en esta sentencia emitida hace aproximadamente dos años, se comienzan a esbozar algunos elementos del test y, pese a que no se realicen expresamente sus preguntas constitutivas, contienen su estructura principal. La pregunta ¿quién?, que busca establecer “la centralidad en las personas, su dignidad y derechos”, es respondida fácilmente porque antes se escuchó a la adolescente, es decir, se conoció ¿qué dice?, escuchando directamente, sin tecnicismos ni circunloquios, su realidad, permitiéndonos saber -en la práctica- ¿dónde está?, ¿cómo se encuentra?, ¿qué necesita?, y ¿qué quiere? Con este conocimiento, en la sentencia se pudo formular la pregunta ¿por qué?, que busca “identificar las razones por las que las personas requieren el conocimiento de su situación y la garantía de sus derechos”

Posteriormente, este contexto permitió realizar la pregunta ¿qué?, de la que se derivaron varias sub preguntas que, en un primer momento, se dirigieron a conceptualizar el contenido y estándares de los derechos analizados, para luego, concentrarse de forma directa en la adolescente y el niño, que -como se mencionó- son el origen, desarrollo y objetivo de la protección estatal.

Este compromiso puede evidenciarse cuando se visibilizan las preguntas de forma conjunta, estas fueron: ¿Qué implica que S[...] sea una adolescente?, ¿Cómo debe entenderse el interés superior?, ¿Qué consideración debe darse a una madre adolescente y qué garantías en su favor?, ¿Se vulneraron los derechos de S[...] en esta condición?, ¿Qué involucra ser una adolescente no acompañada en movilidad humana?, ¿Se vulneraron los derechos de la adolescente S[...] como persona en movilidad humana?, ¿Se vulneraron los derechos parento-filiales de la adolescente S[...]?, ¿Se vulneró el derecho a la salud de la adolescente S[...]?, ¿Qué consideración debe tener A[...] al ser

un niño neonato?, ¿Se vulneró el derecho a la familia del niño A[...]?, ¿Se vulneró el derecho a la identidad y a la personalidad jurídica del niño A[...]?, ¿Se vulneró el derecho a la salud del niño A[...]?

Al responder cada una de estas preguntas, se concluyó desde las vivencias de la adolescente y su hijo, no desde las normas, que sus derechos fueron vulnerados, generando una reparación conectada directamente a lo que la adolescente dijo y solicitó. En primer lugar, la inscripción de su hijo, con los nombres escogidos por ella, el alta médica de ambos de forma inmediata a la conclusión de la audiencia, su atención médica sostenida y en su hogar (a través de la estrategia Médico del Barrio), reconociendo la autonomía de la adolescente su emancipación legal para poder acceder a todos los servicios públicos que requiera sin la representación de un adulto, la evaluación integral de otros aspectos no conocidos en el proceso que ameriten otras medidas de protección (a través de la Defensoría del Pueblo), la disposición de patrocinio jurídico para la determinación de su protección internacional (por medio de la Defensoría Pública), así como, la notificación de esta sentencia a la Dirección de Protección Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y, la capacitación especializada al Registro Civil, Identificación y Cedulación, el Hospital Provincial General de Latacunga y el Ministerio de Salud, sobre los derechos y garantías de niñas, niños y adolescentes no acompañados y separados.

De esta manera, no absoluta ni única, se favorece un acercamiento real a las niñas, niños y adolescentes, el respeto a su identidad, voz y peticiones, por ende, a su interés superior vinculado a su protección integral, no construido desde la disposición adulta o el Estado como un “salvador externo”.

Es importante señalar que esta sentencia fue seleccionada por la Corte Constitucional para su análisis jurisprudencial, respecto a la protección de niñas, niños y adolescentes separados y no acompañados en el Ecuador, generándose el caso No. 2185-19-JP y acumulados, en donde, el 1 de diciembre de 2021 se emitió la sentencia del mismo número en la que se establecieron parámetros mínimos para la inscripción de niñas y niños cuyos progenitores sean menores de edad y no cuenten con un representante legal en el país.

Conclusiones

Existen investigaciones objetivas, de las que se puede conocer que las niñas y niños en nuestro país eran parte activa e importante de las comunidades, en un equilibrio de roles y funciones acordes a las necesidades y posibilidades de sus miembros, sin embargo, esta realidad cambio abruptamente con el proceso de conquista, que trajo consigo violencia, opresión, abandono y muerte, para todos los habitantes de este territorio, y en mayor medida para niñas y niños.

En este contexto surge la llamada doctrina de situación irregular del menor, con el fin de mejorar las circunstancias precarias y lacerantes en las que vivían las niñas y niños, pasando de la inexistencia a la caridad, a ser objetos sin voz, ni capacidad, susceptibles de compasión y represión de los adultos, pero existentes para el Derecho de forma especial.

Posteriormente, a partir el compromiso mundial de respeto a los derechos humanos en el siglo XX, se generó la propuesta de una nueva mirada de las niñas y niños, basada en el reconocimiento de su dignidad igual a la de todo ser humano (sujeto de derechos), sumado a la protección especial de su desarrollo, a su escucha como ser único e independiente, que en la academia se la ha denominado doctrina de protección integral. Esta doctrina se fundamenta en un pilar, que sintetiza su esencia, llamado interés superior de niñas, niños y adolescentes.

El interés superior, en su entendimiento y aplicación concreta, ha respondido a ambas doctrinas, evidenciando que la teoría muchas veces tarda en hacerse una práctica. El desarrollo normativo, consultivo, interpretativo y jurisprudencial del interés superior lo ha reconocido como una medida de garantía integral de derechos, como un derecho sustantivo, un principio hermenéutico y una norma de procedimiento, ha creado estándares para escuchar a niñas, niños y adolescentes y, para evaluar y determinar su situación, sin embargo, en la mayoría de los casos, basados en su vulnerabilidad intrínseca, no de un agente externo que amenace o vulnere, sino en el hecho mismo de ser menor de edad, a lo que se atribuye apriorísticamente inmadurez, debilidad e incapacidad, en una constante contradicción de las formas con el fondo, de la protección con la compasión, del reconocimiento con la discriminación.

La concepción del interés superior se ha visto afectada con el mal más frecuente en el Derecho, la falacia normativista, por la que, se considera que las previsiones jurídicas valen por sí mismas y cambian realidades con su sola vigencia. De tal forma que, el interés superior se ha constituido en un conjunto de declaraciones políticamente correctas, pero altamente abstractas, que conscientemente o no, homogenizan y a la vez invisibilizan las realidades concretas de niñas, niños y adolescentes con voz y rostro.

Frente a esta situación, este trabajo plantea una mirada deconstructiva del interés entendida desde la satisfacción de necesidades fundamentales, el desarrollo de capacidades básicas que posibiliten la libertad de hacer, ser y decidir, en la construcción de un proyecto de vida único y valioso; proceso al que debemos llamar ejercicio de derechos.

Con esta intención, se realiza la propuesta central de la tesis: el test Raíces-Alas, cuyo nombre se sustenta en dos metáforas utilizadas como simbolismos en los ámbitos interdisciplinarios y comunitarios cuando se aborda la crianza de hijas e hijos. El test contiene categorías que implican derechos, que basados en su contenido dan como resultado la formulación de preguntas sencillas, pero no simples, que buscan el conocimiento de una persona, su comprensión y asistencia en el ejercicio de sus derechos, estas preguntas son: ¿quién es?, ¿qué dice?, ¿dónde está?, ¿cómo se encuentra?, ¿qué necesita?, ¿qué sabe?, ¿qué hace?, y ¿qué quiere?; preguntas que no son exhaustivas, ni mucho menos obligatorias, sino flexibles, elegibles o ampliables dependiendo de situación de cada caso concreto.

Al responderlas, no podremos concluir con la ley, las instituciones, ni el proceso, precisaremos aproximarnos a niñas, niños y adolescentes concretos, con respeto y humildad, preguntando y no respondiendo, explicando y no disponiendo, con paciencia y prudencia. De esta manera nos acercaremos a conocer la percepción particular de su realidad, la significación que le dan a sus derechos y la construcción de formas prácticas para garantizarlos y, de manera especial, a entender cuál es su único interés superior.

Por este motivo, pese a no ser el objetivo original de la tesis, por su sencillez, se ha advertido la posibilidad de aplicar el test como un recurso legítimo en el ámbito interdisciplinario vinculado a la niñez y adolescencia, más por los objetivos específicos de este trabajo, no se ha realizado un análisis particular al respecto, sin embargo, será un compromiso futuro de estudio.

Retomando el campo jurídico, la concepción del interés en la que se basa el test (capacidad y no vulnerabilidad), fue utilizada para el análisis de dos sentencias emitidas

por la Corte Constitucional que modifican el sistema jurídico interno amparadas en el interés superior, éstas dirimen la constitucionalidad del apremio personal como una medida de exigibilidad alimenticia y, los derechos sexuales y reproductivos de adolescentes.

En el primer caso el resultado evidenció la omisión absoluta de la opinión de niñas, niños y adolescentes en la privación de la libertad de sus progenitores en nombre de su protección, su tratamiento como objetos de protección, a quienes se defiende restringiendo los derechos de las personas llamadas a cuidarlos, a base del criterio un buen padre de familia (juez/a), en donde lo asistencial se confunde con lo penal (prisionización parental), en una clara tendencia a aplicar la naturaleza de la situación irregular del menor.

En el segundo caso, se observa la referencia expresa a garantizar la protección integral de adolescentes, pero con un fundamento basado en la concepción abstracta de su vulnerabilidad, derivada de su inmadurez, incapacidad y edad, así como, su invisibilización como sujetos subyugados a adultos dominantes, quienes, si fallan en este rol, habilitan la intervención del omnímodo salvador externo (buen padre de familia), llamado Estado; es decir, la situación irregular, vestida con la ropa de la protección integral.

Finalmente, se analizó una sentencia emitida por el autor de esta tesis, cuyo objetivo fue presentar la posibilidad práctica de aplicación del test, que pese a que, en el tiempo en el que se realizó aún no existía como tal, si se pueden evidenciar ideas encaminadas a formular preguntas sencillas que nos acerquen a las personas, su voz, intención y realidad, a la que debe adecuarse el Derecho; nunca, al contrario.

El utilizar esta metodología en la realización de la sentencia, propició la centralidad de las personas que motivaron la protección estatal, el entendimiento del Estado actuando como garante y no como dominante, de las normas y el proceso como medios (garantías) y no como fines, una reparación causal derivada de la única situación de las personas y, en general, la construcción de un entorno que genere un cambio material en las condiciones de vida de una adolescente y un niño, de una madre y su hijo.

Bibliografía

1.- Fuentes doctrinarias:

- Arendt, Hanna. *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Taurus, 1974.
http://www.ula.ve/ciencias-juridicas-politicas/images/NuevaWeb/Material_Didactico/MarcosRosales/MarcosRosales/dictaduraliteratura/Arendt-Hannah-Los-Origenes-Del-Totalitarismo.pdf
- Ares, Patricia. *Psicología de la familia. Una aproximación a su estudio*. La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.
- Ariès, Philippe. “El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen”.
http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/El_nino_y_la_vida_familiar.pdf
- Aristóteles, *La Política*. Traducido por Pedro Simón Abril. Madrid: Ediciones Nuestra Raza, 1935.
- Ayala Mora, Enrique. *Resumen de la Historia del Ecuador*, tercera edición actualizada. Quito: Corporación Editora Nacional, 2008.
<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/836/1/AYALAE-CON0001-RESUMEN.pdf>
- Beloff, Mary. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.
- . “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”. En *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, 9-21. Santiago de Chile: UNICEF, 1999.
- Castro, Francisco Javier. “Abraham Maslow, las necesidades humanas y su relación con los cuidadores profesionales. Cultura de los Cuidados” *Cultura de los cuidados* (2018): 102 – 108. <https://1library.co/document/yr2m2eoz-abraham-maslow-neecesidades-humanas-relacion-cuidadores-profesionales.html>.
- Cillero Bruñol, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En *Derechos y garantía de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*,

editado por Ramiro Ávila y María Belén Corredores. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

———. “Infancia, autonomía y derechos: Una cuestión de principios” *Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes*. http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura4.Infancia.DD.pdf.

D'Ángelo Hernández, Ovidio. “Proyecto de Vida y Desarrollo Integral Humano”. *Revista Internacional Creemos*, año 6, No. 1 y 2-Puerto Rico. 1-31 <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/cuba/cips/caudales05/Caudales/ARTICULOS/ArticulosPDF/07D050.pdf>

De Asís, Rafael. “Sobre el derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”. *Programa Consolider – Ingenio 2010 (HURI-AGE)*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derechos, Universidad Carlos III de Madrid. (2010):1-11. <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7735/wp12.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

García Méndez, Emilio. “Los menores de edad en conflicto con la ley y el problema de los criterios de eficacia de la defensa jurídica: un nudo Gordiano”. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, num. 31 (2009): 97-104. <https://www.redalyc.org/pdf/3636/363635637005.pdf>.

García Yepes, Karen. “Construcción de Proyectos de Vida Alternativos (PVA) en Urabá, Colombia: papel del sistema educativo en contextos vulnerables”. *Estudios Pedagógicos XLIII*, No.3 (2017): 153-173. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estped/v43n3/art09.pdf>.

Granda, Edmundo. “El saber en salud pública en un ámbito de pérdida de antropocentrismo y ante una visión de equilibrio ecológico”. *Revista Facultad Nacional de la Salud Pública*, vol. 26, (2008): 65-90. <https://www.redalyc.org/pdf/120/12058104010.pdf>.

Lagarde, Marcela. “Identidad femenina”. *Texto difundido por CIDHAL* (Comunicación, Intercambio y Desarrollo Humano en América Latina, A.C. México) https://xenero.webs.uvigo.es/profesorado/purificacion_mayobre/identidad.pdf

- Liebel, Manfred. “Infancias Latinoamericanas: Civilización racista y limpieza social. Ensayo sobre violencias coloniales y postcoloniales”. *Revista Sociedades e Infancias*. Madrid: Ediciones Complutense, 2017: 19-38. <http://dx.doi.org/10.5209/SOCI.55646>.
- Lobato R., Patricio. “La Protección de Menores en el Ecuador: Marco Jurídico Nacional y Organizaciones Anexas que se preocupan de este fenómeno social”. Trabajo de Investigación Individual del XII Curso Superior de Seguridad Nacional y Desarrollo, Instituto de Altos Estudios Nacionales, 1984-1985. <https://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/24000/4469/1/Lobato%20R.%20Patricio.pdf>.
- Mari, Enrique. “Rudolf Von Ihering y la interpretación finalista de la ley”. Accedido 20 de diciembre de 2020. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/67-68/rudolf-von-ihering-y-la-interpretacion-finalista-de-la-ley.pdf>.
- Megías, Manuel, Pilar Molist y Manuel A. Pombal. “Atlas de Histología Vegetal y Animal. Órganos vegetales. Raíz”. *Universidad de Vigo*. Septiembre de 2015. <https://docplayer.es/21471808-Atlas-de-histologia-vegetal-y-animal-organos-vegetales-manuel-megias-pilar-molist-manuel-a-pombal.html>.
- Nájera Alarcón, Juan Nicanor. “Las necesidades humanas como una base objetiva de la moralidad”. Tesis de Maestría en Filosofía, Universidad Autónoma de México, 2010. <http://132.248.9.195/ptb2010/mayo/0657417/Index.html>.
- Nussbaum, Martha. *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*. Barcelona: Paidós, 2012.
- O Donnell, Daniel, Emilio García Méndez y Elías Carranza, *Derecho a tener derecho*. Quito: UNICEF, 1998.
- Ordeñana, Tatiana, y Alexander Barahona, *Derecho de Familia en el nuevo paradigma constitucional*. Quito: Cevallos, 2016.
- Palomino Garibay, Laura. “Niñez y Juventud: Una aproximación histórica”. *Revista Electrónica de Psicología Iztacala*. Universidad Nacional Autónoma de México, vol. 18, No. 1, (2015): 68-98. <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rep/article/view/48184>.
- Páramo, Pablo. “La construcción psicosocial de la identidad y del self”. *Revista Latinoamericana de Psicología*, vol. 40, núm. 3 (2008): 539-550, <https://www.redalyc.org/pdf/805/80511493010.pdf>.

- Peña, Carlos. “El Derecho Civil en su relación con el Derechos Internacional de los Derechos Humanos”. En *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, editado por Cecilia Medina y J. Mera. Santiago: Universidad Diego Portales, 1996.
- Quijano, Aníbal. “Colonialidad del poder. Eurocentrismo y América Latina”. En *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*, 777-832. Buenos Aires: CLACSO, 2014.
- Ramírez Padilla, Bernardo, y Rosa Inés Goyes Acosta. *Botánica, generalidades, morfología y anatomía de plantas superiores*. Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2004.
- Restrepo, Diego. “La salud pública como ciencia social: reflexiones en torno a las posibilidades de una salud pública comprensiva”. *Revista Facultad Nacional de la Salud Pública*, vol. 29, num. 1, (2011): 94-102. <https://www.redalyc.org/pdf/120/12020036010.pdf>
- Romero Gross, Manuel. *Compendio de Derecho Romano*. Quito: Centro de Publicaciones PUCE, 2008.
- Sen, Amartya. *Choice, Welfare and Measurement*. Oxford: Blackwell, 1982.
- Simon, Farith. *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. Tomo I. Quito: Editorial Cevallos, 2008.
- . *Interés superior del niño: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. Quito: Ediciones *Iuris dictio*. 2014.
- Sosa Sacio, Juan Manuel. “Crítica a la dignidad humana y la noción de ‘necesidades básicas’ como un posible mejor fundamento para los derechos”. *THEMIS-Revista de Derechos* 67 (2015): 87-99. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14459/15071>.
- Urquijo Angarita, Martín. “La Teoría de las capacidades en Amartya Sen”. *EDETANIA* 46 (2014): 63-80. <https://revistas.ucv.es/index.php/Edetania/article/view/161>.
- Vásquez, Daniel. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de los recursos disponibles*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- Zermatten, Jean. “El interés superior del niño. Del Análisis literal al Alcance filosófico” *Institut International des Droits de Lenfant*.

https://www.childsrightrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf.

2.- Sentencias emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador y la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Latacunga:

Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia 048-13-SCN-CC”. En *caso No. 0179-12-CN y acumulados*. 23 de septiembre de 2013. Gaceta constitucional No. 004.

Ecuador Corte Nacional de Justicia. *Resolución No. 05-2014*. Suplemento del Registro Oficial No. 346 de 02 de octubre de 2014.

Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 131-15-SEP-CC”. En *Caso No. 0561-12-EP*. 29 de abril de 2015.

Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 012-17-SIN-CC”. En “*Casos No. 0026-10-IN y 0052-16-in, acumulados*”. 10 de mayo de 2017.

Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 003-18-PJO-CC”. En *Caso No. 0775-11-JP*. 27 de junio de 2018.

Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)”. En *Caso 11-18-CN*. 12 de junio de 2019.

Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 9-17-CN/19”. En “*Caso No. 9-17-CN*”. 9 de julio de 2019.

Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 1880-14-EP/20”. En “*Caso No. 1880-14-EP*”. 11 de marzo de 2020.

Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 207-11-JH/20”. En “*Caso No. 207-11-JH*”. 22 de julio de 2020.

Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 2691-EP/21”. En “*Caso 2691-18-EP*”. 10 de marzo de 2021.

Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 202-19-JH/21”. En “*Caso 202-19-JH*”. 24 de febrero de 2021.

Ecuador Unidad de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Latacunga. “Sentencia”. En *Juicio No. 05202-2019-0177*. 11 de diciembre de 2019.

3.- Sentencias y Opinión Consultiva realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Corte IDH. “Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Voto razonado conjunto de los jueces Antônio Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli”. *Caso Loaiza Tamayo Vs. Perú*. 27 de noviembre de 1998.
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec42.pdf>

Corte IDH. “Sentencia emitida el 19 de noviembre de 1999 (Fondo)”. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. 19 de noviembre de 1999.
https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

Corte IDH. “Sentencia de 8 de septiembre de 2005”. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. 8 de septiembre de 2005.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf

Corte IDH. “Sentencia de 12 septiembre de 2005. Voto razonado del juez Antônio Cançado Trindade”. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. 12 de septiembre de 2005. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf

Corte IDH. “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. 24 de febrero de 2012.
https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Corte IDH. “Sentencia de 27 de abril de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. 27 de abril de 2012.
https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

Corte IDH. “Sentencia de 13 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Carvajal Carvajal vs. Colombia*. 13 de marzo de 2018.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_352_esp.pdf

Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. 28 de agosto de 2002.
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

4.- Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño:

Comité de los Derechos del Niño. *Observación General No. 1 (2001) Párrafo 1 del artículo 29: Propósitos de la educación.* 17 de abril de 2001. https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CRC_Observaci%C3%B3n_General_1_ES.pdf.

Comité de los Derechos del Niño. *Observación General No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado.* 20 de julio de 2009. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

Comité de los Derechos del Niño. *Observación General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.* 29 de mayo de 2013. https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf

Comité de los Derechos del Niño. *Observación General No. 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute más alto nivel posible de salud (artículo 24).* 17 de abril de 2013. <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2F5F0vHCIs1B9k1r3x0aA7FYrehlsj%2FQwiEONVKEf8BnpvEXSl7WLPnaEMIpupYgu9Jcq5Jnl6KhXRgZtqhSh9BZY9KH>

5.- Normativa interna:

Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador.* Decreto Legislativo No. 000. RO/1 de 11 de agosto de 1998.

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador.* Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador. *Código de Menores de 1938.*

Ecuador. *Código de Menores de 1976.*

Ecuador. *Código de la Niñez y Adolescencia.* Registro Oficial 737, 3 de enero de 2003.

6.- Normativa internacional:

ONU Asamblea General. *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*. 16 de diciembre de 1966.

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

OEA Asamblea General. *Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 17 de noviembre de 1988.

<https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/458/1/Protocolo%20adicional%20sobre%20Derechos%20Humanos%20Protocolo%20San%20Salvador.pdf>.

ONU Asamblea General. *Convención sobre los Derechos del Niño*. 20 de noviembre de 1989.

7.- Documentos o instrumentos de organismos internacionales

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*. 22 de julio de 2005.

[https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/TrataPersonas/Marco NormativoTrata/InsInternacionales/Universales/Directrices_JACNVTD.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Universales/Directrices_JACNVTD.pdf)

CEPAL. “¿Qué Estado para qué igualdad?” *XI Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe*. 13 al 16 de julio de 2010.

https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/16656/S1000327_es.pdf

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Consenso de Santo Domingo*. 15 al 18 de octubre de 2013.

https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/ple_consenso_de_santo_domingo.pdf.



Quito, D. M., 10 de mayo de 2017

SENTENCIA N.º 012-17-SIN-CC

CASOS NROS. 0026-10-IN, 0031-10-IN y 0052-16-IN, ACUMULADOS

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

Casos Nros. 0026-10-IN y 0031-10-IN

El 14 de mayo de 2010, el señor Arturo Alberto Zelaya Gamboa, por sus propios y personales derechos, presentó una acción pública de inconstitucionalidad, por el fondo, en contra de los artículos innumerados 5 incisos segundo, tercero y cuarto; 10 inciso segundo; 15 inciso cuarto, 23, 24, 25 y 37 inciso cuarto de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el suplemento del Registro Oficial N.º 643 de 28 de julio de 2009.

El 18 de mayo de 2010, el secretario general de la Corte Constitucional, para el período de transición, certificó que de conformidad con lo establecido en el segundo inciso del artículo 17 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional¹, en referencia a la acción N.º 0026-10-IN, no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción.

El 14 de junio de 2010, el señor Marcel René Ramírez Rhor en calidad de presidente de la Fundación “Padres Por Siempre”, presentó una acción pública de inconstitucionalidad en contra de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el suplemento del Registro Oficial N.º 643 del 28 de julio de 2009.

El 14 de junio de 2010, el secretario general de la Corte Constitucional, para el

¹ Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 587 de 30 de noviembre de 2011, derogado por la Codificación del Reglamento de Sustanciación Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, publicado en el Registro Oficial Suplemento N.º 613 de 22 de octubre de 2015.

período de transición, certificó que de conformidad con lo establecido en el segundo inciso del artículo 17 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional², en referencia a la acción N.º 0031-10-IN, tiene relación con el caso N.º 0026-10-IN, el cual se encuentra en la Sala de Admisión.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, conformada por los jueces constitucionales Alfonso Luz Yunes, Patricio Herrera Betancourt y Patricio Pazmiño Freire, mediante providencia del 1 de diciembre de 2010, avocó conocimiento de la causa y admitió a trámite la acción N.º 0026-10-IN. Adicionalmente, dispuso que se corra traslado con la demanda y la providencia al presidente de la República, al presidente de la Asamblea Nacional y al procurador general del Estado, a fin de que en el término de quince días, intervengan defendiendo o impugnando la constitucionalidad de la norma demandada.

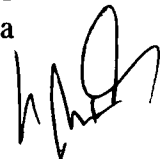
La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, conformada por los jueces constitucionales Alfonso Luz Yunes, Patricio Herrera Betancourt y Patricio Pazmiño Freire, mediante providencia del 30 de noviembre de 2010, avocó conocimiento de la causa y admitió a trámite la acción N.º 0031-10-IN. Adicionalmente, dispuso que se corra traslado con la demanda y la providencia al presidente de la República, al presidente de la Asamblea Nacional y al procurador general del Estado, a fin que en el término de quince días, intervengan defendiendo o impugnando la constitucionalidad de la norma demandada. Finalmente, dispuso la acumulación de la presente causa a la causa N.º 0026-10-IN.

De conformidad con el sorteo efectuado por el Pleno del Organismo, para el período de transición, en sesión ordinaria del 16 de diciembre de 2010, correspondió a la jueza constitucional, Ruth Seni Pinoargote, sustanciar las causas Nros. 0026-10-IN y 0031-10-IN acumuladas.

La jueza sustanciadora, mediante providencia del 29 de noviembre de 2011, avocó conocimiento de las causas y dispuso la notificación con el contenido de la providencia a la Presidencia de la República, a la Asamblea Nacional del Ecuador, a la Procuraduría General del Estado y a los accionantes.

Mediante providencia del 26 de enero de 2012, la jueza sustanciadora convocó a las partes procesales y terceros con interés para que sean escuchados en audiencia pública a celebrarse el 15 de febrero de 2012 a las 11:00.

² Ibidem.





El 6 de noviembre de 2012, se posesionaron ante el Pleno de la Asamblea Nacional los jueces y juezas de la Primera Corte Constitucional, integrada conforme lo dispuesto en los artículos 25 a 27 del Régimen de Transición de la Constitución de la República.

El 5 de noviembre de 2015, se posesionaron ante el Pleno de la Asamblea Nacional, las juezas y juez constitucionales Pamela Martínez Loayza, Roxana Silva Chicaíza y Francisco Butiñá Martínez, según lo dispuesto en los artículos 432 y 434 de la Constitución de la República del Ecuador.

De conformidad con el sorteo de causas realizado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión extraordinaria del 11 de noviembre de 2015, la sustanciación de las presentes causas correspondió al juez constitucional Francisco Butiñá Martínez.

Mediante providencia del 16 de mayo de 2016, el juez sustanciador avocó conocimiento de la causa y dispuso notificar a las partes procesales intervinientes, con la recepción de los casos acumulados.

Mediante la Resolución N.º 004-2016-CCE del 8 de junio de 2016, adoptada por el Pleno del Organismo, se designó a la abogada Marien Segura Reascos como jueza constitucional, y se dispuso que todos los procesos que se encontraban en el despacho del juez constitucional, Patricio Pazmiño Freire, pasen a conocimiento de la referida jueza.

El 11 de noviembre de 2016, el juez sustanciador convocó a las partes procesales y terceros con interés a la audiencia pública a llevarse a cabo el 17 de noviembre de 2016 a las 09:30.

Caso N.º 0052-16-IN

El 4 de agosto de 2016, el señor Javier Renán Donoso Saldarriaga presentó acción pública de inconstitucionalidad de actos normativos, por razones de fondo, en contra del primer inciso del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 506 de 22 de mayo de 2015.

El secretario general (e) de la Corte Constitucional, mediante certificación del 4 de agosto de 2016, señaló que: "De conformidad con lo establecido en el artículo 13 del

Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional³, certifico que, en relación a la acción pública de inconstitucionalidad de actos normativos N.º 0052-16-IN, (...) no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción...”. No obstante, dejó constancia que para los fines pertinentes, la causa referida guarda relación con los casos Nros. 0092-15-IN y 0036-16-IN, que al momento, se encontraban en Sala de Admisión.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, conformada por los jueces constitucionales Pamela Martínez Loayza, Roxana Silva Chicaíza y Manuel Viteri Olvera, mediante providencia del 16 de agosto de 2016, avocó conocimiento de la causa y admitió a trámite la acción N.º 0052-16-IN. Adicionalmente, dispuso que se corra traslado con la providencia al presidente de la República, a la presidenta de la Asamblea Nacional del Ecuador y al procurador general del Estado, a fin de que intervengan defendiendo o impugnando la constitucionalidad de la norma demandada en el término de quince días.

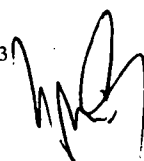
De conformidad con el sorteo realizado por el Pleno del Organismo, en sesión ordinaria del 31 de agosto de 2016, la sustanciación de la causa correspondió a la jueza constitucional Ruth Seni Pinoargote.

La jueza sustanciadora, mediante providencia del 30 de noviembre de 2016, avocó conocimiento de la causa y dispuso la notificación con el contenido de la providencia a la Presidencia de la República, a la Asamblea Nacional del Ecuador, a la Procuraduría General del Estado y al accionante.

Mediante auto del 13 de diciembre de 2016, la jueza sustanciadora convocó a las partes procesales y terceros con interés para que sean escuchadas en audiencia pública a celebrarse el 17 de enero de 2017 a las 09:00.

El 27 de enero de 2017, el Pleno del Organismo dispuso la acumulación de la causa N.º 0052-16-IN, a las causas Nros. 0026-10-IN y 0031-16-IN (acumuladas) que se sustancian en el despacho del juez constitucional Francisco Butiñá Martínez.

³ Reglamento de Sustanciación Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, publicado en el Registro Oficial Suplemento N.º 613 de 22 de octubre de 2015.





Normas acusadas de inconstitucionalidad

Caso N.º 0026-10-IN

La demanda de inconstitucionalidad de actos normativos fue presentada por el señor Arturo Alberto Zelaya Gamboa en contra de los artículos innumerados 5 incisos segundo, tercero y cuarto; 10 inciso segundo; 15 inciso cuarto, 23, 24, 25 y 37 inciso cuarto de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el suplemento del Registro Oficial N.º 643 del 28 de julio de 2009.

Caso N.º 0031-10-IN

La demanda de inconstitucionalidad de actos normativos fue presentada por el señor Marcel René Ramírez Rhor en calidad de presidente de la Fundación “Padres Por Siempre”, en contra de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el suplemento del Registro Oficial N.º 643 del 28 de julio de 2009.

Sin embargo, de la lectura de la demanda, se desprende que el accionante, al desarrollar sus argumentos, hace referencia expresa a los artículos innumerados 6 numeral 1; 7 inciso primero; 8; 9; 10; 15; 23; 24; 25; 26; 27; 28; 29; 30; 33; 34; 35 y la disposición transitoria segunda de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

En función de lo expuesto, el pronunciamiento de esta Corte se referirá a las normas descritas en el párrafo precedente.

Caso N.º 0052-16-IN

La demanda de inconstitucionalidad de actos normativos fue presentada por el señor Javier Renán Donoso Saldarriaga en contra del primer inciso del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 506 del 22 de mayo de 2015.

Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

Artículo innumerado 5.- Obligados a la prestación de alimentos.- (...).

En caso de: ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, debidamente comprobado por quien lo alega, la autoridad competente ordenará que la prestación de alimentos sea pagada o completada por uno o más de los siguientes obligados subsidiarios, en atención a su capacidad económica y siempre y cuando no se encuentren discapacitados, en su orden:

1. Los abuelos/as;
2. Los hermanos/as que hayan cumplido 21 años y no estén comprendidos en los casos de los numerales dos y tres del artículo anterior; y,
3. Los tíos/as.

La autoridad competente, en base al orden previsto en los numerales precedentes, en los grados de parentesco señalados, de modo simultáneo y con base en sus recursos, regulará la proporción en la que dichos parientes proveerán la pensión alimenticia, hasta completar el monto total de la pensión fijada o asumirla en su totalidad, según el caso.

Artículo innumerado 6.- Legitimación procesal.- Estarán legitimados para demandar la prestación del derecho de alimentos a favor de un niño, niña o adolescente o de las personas de cualquier edad que padezcan de una discapacidad física o mental que les impida hacerlo por sí mismas:

1. La madre o el padre bajo cuyo cuidado se encuentre el hijo o hija y, a falta de ellos, la persona que ejerza su representación legal o quien esté a cargo de su cuidado; (...)

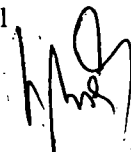
Artículo innumerado 7.- Procedencia del derecho sin separación.- La pensión de alimentos procede aún en los casos en que el alimentado y el obligado convivan bajo el mismo techo.

Artículo innumerado 8.- Momento desde el que se debe la pensión de alimentos.- La pensión de alimentos se debe desde la presentación de la demanda. El aumento se debe desde la presentación del correspondiente incidente, pero su reducción es exigible sólo desde la fecha de la resolución que la declara.

Artículo innumerado 9.- Fijación provisional de la pensión de alimentos.- Con la calificación de la demanda el Juez/a fijará una pensión provisional de acuerdo a la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas que con base en los criterios previstos en la presente ley, elaborará el Ministerio encargado de los asuntos de inclusión económica y social, sin perjuicio de que en la audiencia, el Juez/a tenga en cuenta el acuerdo de las partes, que en ningún caso podrá ser inferior a lo establecido en la mencionada tabla.

Cuando la filiación no ha sido establecida, o el parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, el Juez/a ordenará en la providencia de calificación de la demanda, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), sin menoscabo de la fijación provisional de alimentos.

Artículo innumerado 10.- Obligación del presunto progenitor.- El Juez/a fijará la pensión de alimentos a favor del niño, niña o adolescente a una persona cuya filiación o parentesco en el



caso de los demás parientes consanguíneos no ha sido legalmente establecida, de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) En el evento de existir negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN que el Juez/a disponga, se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, con el alimentario y en la misma providencia se fijará la pensión provisional, la cual será exigible desde la presentación de la demanda.
- b) Si el resultado del examen de ADN es positivo, el Juez/a declarará la filiación y la correspondiente paternidad o maternidad y dispondrá la inscripción de la respectiva Resolución en que así lo declare en el Registro Civil; o la relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos. En la misma providencia fijará la pensión definitiva de alimentos, la cual será exigible desde la fecha de presentación de la demanda.
- c) Si el demandado o demandada funda su negativa para la práctica del examen de ADN en la circunstancia de carecer de recursos para sufragarlo, el Juez/a dispondrá que el Ministerio de Salud Pública, a través de una Unidad de Investigación Genética, realice el examen de ADN en forma gratuita.

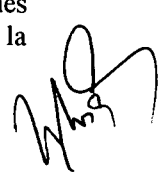
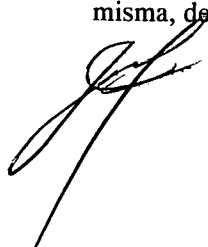
Se admitirá la demostración de la carencia de recursos del presunto padre, madre o pariente consanguíneo obligado a sufragar los gastos que demande el examen de ADN, así como las costas procesales y los gastos del estudio social, cuando del estudio de la oficina técnica se probare dicho particular y de conformidad con la prueba que se actúe en la audiencia respectiva.

Se prohíbe practicar los exámenes de ADN al que está por nacer; sin embargo se lo puede hacer en personas fallecidas, cuando ello sea necesario para establecer la relación parentofilial.

Artículo innumerado 15.- Parámetros para la elaboración de la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas.- El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia definirá la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas en base a los siguientes parámetros:

- a) Las necesidades básicas por edad del alimentado en los términos de la presente Ley;
- b) Los ingresos y recursos de él o los alimentantes, apreciados en relación con sus ingresos ordinarios y extraordinarios, gastos propios de su modo de vida y de sus dependientes directos;
- c) Estructura, distribución del gasto familiar e ingresos de los alimentantes y derechohabientes; y,
- d) Inflación.

El Juez/a, en ningún caso podrá fijar un valor menor al determinado en la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas. Sin embargo podrá fijar una pensión mayor a la establecida en la misma, dependiendo del mérito de las pruebas presentadas en el proceso.



Las pensiones establecidas en la tabla serán automáticamente indexadas dentro de los quince primeros días del mes de enero de cada año, considerando además el índice de inflación publicado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, (INEC) en el mes de diciembre del año inmediato anterior y en el mismo porcentaje en que se aumente la remuneración básica unificada del trabajador en general.

En los casos en que los ingresos del padre y la madre no existieren o fueren insuficientes para satisfacer las necesidades del derechohabiente, el Juez/a a petición de parte, dispondrá a los demás obligados, el pago de una parte o de la totalidad del monto fijado, quienes podrán ejercer la acción de repetición de lo pagado contra el padre y/o la madre, legalmente obligados al cumplimiento de esta prestación.

Artículo innumerado 23.- Apremio personal a los obligados subsidiarios.- El juez dispondrá el apremio personal de las/los obligadas/os subsidiarios que habiendo sido citados con la demanda de alimentos, bajo prevenciones de ley, no hayan cumplido con su obligación de pago conforme lo previsto en esta ley.

Artículo innumerado 24.- Otras medidas cautelares a los obligados subsidiarios.- La prohibición de salida del país como las demás medidas cautelares reales previstas en la presente ley, se impondrán a los obligados subsidiarios siempre que hayan sido legalmente citados con la demanda y bajo prevenciones de ley.

Artículo innumerado 25.- Prohibición de salida del país.- A petición de parte, en la primera providencia, el juez decretará sin notificación previa, la prohibición de ausentarse del territorio nacional, la que se comunicará de inmediato a la Dirección Nacional de Migración.

Artículo innumerado 26.- Medidas cautelares reales.- Para asegurar el pago de la prestación de alimentos, el Juez/a podrá decretar cualquiera de los apremios reales contemplados en el Código de Procedimiento Civil.

Artículo innumerado 27.- Cesación de los apremios.- La prohibición de salida del país y el apremio personal a los que se refieren los artículos anteriores podrán cesar si el obligado brinde garantía real o personal estimada suficiente por el Juez/a. En el caso de garantía personal, el garante o fiador estará sujeto a las mismas responsabilidades y podrá ser sometido a los mismos apremios que el deudor principal.

Los demás apremios e inhabilidades sólo cesarán con la totalidad del pago adeudado y sus respectivos intereses en efectivo o mediante cheque certificado.

Artículo innumerado 28.- Otras Inhabilidades.- El progenitor que se encuentre en mora en el pago de la prestación de alimentos no podrá solicitar que se le entregue la patria potestad del hijo o hija beneficiario, pero si podrá ejercer el derecho de visitas regulado en el presente Código.

Artículo innumerado 29.- Aplicación de estas normas en otros juicios.- Dentro de los juicios o procesos por violencia intrafamiliar, reclamación de la filiación, separación de bienes,





divorcio y en general, en cualquier otro procedimiento en el que la ley contemple expresamente la posibilidad de solicitar alimentos a favor de niños, niñas y adolescentes, se aplicarán obligatoriamente las normas establecidas en la presente ley.

Artículo innumerado 30.- Obligación privilegiada.- La prestación económica de alimentos, tiene privilegio de primera clase y se preferirá a cualquier otra obligación.

Artículo innumerado 33.- Improcedencia de la acumulación de acciones y de la reconvencción.- Las acciones por alimentos, tenencia y patria potestad deberán tramitarse por cuerda separada. Prohíbese la reconvencción.

Artículo innumerado 34.- La demanda.- La demanda se presentará por escrito, en el domicilio del titular del derecho y en el formulario que para el efecto elabore el Consejo de la Judicatura, el cual estará disponible en su página Web. El formulario deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil y esta ley y además contendrá una casilla en la que el/la reclamante individualice los datos de las personas que son obligados subsidiarios de la prestación de alimentos según lo determina el artículo 5 innumerado de esta ley; para notificaciones se señalará casillero judicial y/o la dirección de correo electrónico para las notificaciones que le correspondan al actor.

El Juez/a que estuviere en conocimiento de la demanda mantendrá su competencia en caso de que el titular del derecho cumpliera la mayoría de edad.

En el formulario que contiene la demanda, se hará el anuncio de pruebas que justifiquen la relación de filiación y parentesco del reclamante así como la condición económica del alimentante y en caso de contar con ellas se las adjuntará. De requerir orden judicial para la obtención de pruebas, deberá solicitárselas en el formulario de demanda.

El/la demandado/a podrá realizar anuncio de pruebas hasta 48 horas antes de la fecha fijada para la audiencia única.

Artículo innumerado 35.- Calificación de la demanda y citación.- El Juez/a calificará la demanda dentro del término de dos días posteriores a su recepción; fijará la pensión provisional de alimentos en base a la tabla de pensiones; dispondrá la citación bajo prevenciones que de no comparecer el demandado se procederá en rebeldía; y convocará a las partes a una audiencia, la misma que será fijada dentro del término de diez días contados desde la fecha de citación.

La citación se la hará en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil, a través de notario público o por boleta única de citación que será entregada al demandado de ser necesario, con el apoyo de un miembro de la fuerza pública, quien sentará la respectiva razón.

En los casos en los que se desconozca el domicilio del demandado/a, y quien represente al derechohabiente carezca de los recursos para hacerlo, el Consejo de la Judicatura realizará una sola publicación mensual en el periódico de mayor circulación nacional, pudiendo solicitar la devolución de lo pagado, cuando el citado/a comparezca.

Artículo innumerado 37.- Audiencia única.- La audiencia será conducida personalmente por el Juez/a, quien informará a las partes sobre las normas que rigen la fijación de las pensiones alimenticias, subsidios y beneficios, y su cumplimiento; se iniciará con la información del Juez/a al demandado sobre la obligación que tiene de proveer los alimentos para cubrir las necesidades señaladas en el artículo innumerado 2 de esta ley; sobre las consecuencias en caso de no hacerlo; sobre la obligación que tiene de señalar casillero judicial o dirección electrónica para futuras notificaciones; y acerca de sus obligaciones que incluyen la provisión de cuidado y afecto. Estas indicaciones en ningún caso constituyen prevaricato por parte del Juez/a.

A continuación, se procederá a la contestación a la demanda, y, el Juez/a procurará la conciliación y de obtenerla fijará la pensión definitiva de común acuerdo, mediante el respectivo auto resolutorio, el cual podrá ser revisado.

De no lograrse el acuerdo continuará la audiencia, con la evaluación de las pruebas y en la misma audiencia, el Juez/a fijará la pensión definitiva.

Si el obligado/a negare la relación de filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, el Juez/a ordenará la realización de las pruebas de ADN y suspenderá la audiencia por un término de 20 días, transcurridos los cuales y con los resultados de las pruebas practicadas, resolverá sobre la fijación de la pensión alimenticia definitiva y sobre la relación de filiación.

Si las partes no comparecieren a la audiencia única convocada por el Juez/a, la resolución provisional se convertirá en definitiva.

DISPOSICION TRANSITORIA SEGUNDA.- El Consejo de la Judicatura, en el plazo de hasta noventa días contados a partir de la vigencia de la presente ley, ejecutará un Programa Nacional de Mejoramiento y Modernización de los Juzgados de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. Dicho programa incluirá: la depuración de los procesos judiciales inactivos o en abandono; eliminación de la mora judicial a través de la fijación masiva de pensiones alimenticias básicas de conformidad con lo que se determina en la presente ley y el establecimiento de medidas emergentes e inmediatas para impedir el retardo del pronunciamiento judicial en materia de fijación de pensiones alimenticias.

En el mismo plazo facúltase al Consejo de la Judicatura la designación provisional y emergente de Jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, en el número que sea necesario para las ciudades de: Quito, Guayaquil, Manta, Santo Domingo de los Colorados, Esmeraldas y en las capitales de provincia que el Consejo determine.

Una comisión especializada del Ministerio de Justicia evaluará los resultados del programa y emitirá el informe respectivo, para que en caso de negligencia o incumplimiento, la Asamblea Nacional inicie el juicio político respectivo contra los y las Vocales del Consejo de la Judicatura.





Código Orgánico General de Procesos

Artículo 137.- Apremio personal en materia de alimentos. 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.

Identificación de las normas constitucionales presuntamente vulneradas

Caso N.º 0026-10-IN

En su demanda, el accionante manifiesta que los artículos innumerados 5, 10, 15, 23, 24, 25 y 37 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, vulneran los artículos 66 numeral 29 literal c; 69 numerales 1, 4 y 5, y 83 numeral 16 de la Constitución de la República.

Caso N.º 0031-10-IN

En su demanda, el legitimado activo afirma que la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia violenta los artículos 11 numerales 2, 4, y 6; 67; 69 numerales 1, 3, 4 y 5; 76 inciso primero; 77; 82 y 137 segundo inciso de la Constitución de la República.

Caso N.º 0052-16-IN

El demandante considera que el primer inciso del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos vulnera los artículos 33; 44; 45; 66 numeral 15, 69 numerales 1 y 4; 76 numeral 6 y 325 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 1, 8, 9, 10, 11, 22, 27 numeral 8 y 227 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Argumentos jurídicos planteados por los accionantes

Caso N.º 0026-10-IN

El accionante afirma que a través de la aplicación de las normas acusadas de inconstitucionales, se vulnera el derecho a la libertad, porque ninguna persona puede

ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias, contenido en el artículo 66 numeral 29 literal c de la Constitución de la República del Ecuador.

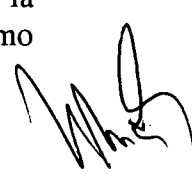
También, el legitimado activo considera que se vulnera la protección que el Estado debe realizar sobre los derechos de las personas integrantes de familia, como son la promoción de una maternidad y paternidad corresponsables, en cuanto padre y madre están obligados al cuidado de sus hijos, más aún cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo, prestando especial atención a las familias disgregadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 numerales 1, 4 y 5 de la Constitución de la República del Ecuador.

De igual manera, el demandante señala que las normas impugnadas violentan el derecho reconocido en el artículo 83 numeral 16 de la referida Norma Suprema, en razón de que es deber y responsabilidad de las ecuatorianas y ecuatorianos asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos, siendo corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción.

El accionante manifiesta la existencia de la prohibición constitucional de la prisión por deudas, se entiende claramente en razón de que las mismas solo se contraen por un acto de voluntad libre de vicios; por tanto, se excluye la posibilidad de que se contraiga una deuda por disposición de una ley.

Además, el legitimado activo afirma que únicamente el padre y la madre tienen la obligación de prestar alimentos a sus hijos e hijas; pues, la Constitución, en ninguno de sus artículos, señala a los abuelos y abuelas, a los hermanos y hermanas, ni a las tías y tíos como obligados a prestar alimentos. Sin embargo de aquello, expresa que en los numerales 1, 4 y 5 del artículo 69 de la Constitución, se señala únicamente como garante y alimentante subsidiario en caso de las familias disgregadas, al Estado ecuatoriano.

En función de las consideraciones expuestas, el accionante indica que las normas citadas de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia son inconstitucionales, al instituir a esos familiares como obligados subsidiarios.





Caso N.º 0031-10-IN

El accionante afirma que a través de la aplicación de las normas acusadas de inconstitucionales, se vulneran los derechos a la igualdad ante la ley, la seguridad jurídica y el debido proceso. Además considera que la norma impugnada viola los principios de reconocimiento de los diversos tipos de familia; de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia; y de aplicación de los derechos, todos recogidos en la Constitución de la República.

El legitimado activo señala que las normas cuya inconstitucionalidad se acusa generan una situación de desigualdad y discriminación de los hombres frente a las mujeres, contraviniendo una norma constitucional expresa como el derecho a la igualdad material y formal.

El accionante manifiesta que el artículo innumerado sexto de la ley reformativa utiliza la palabra “cuidado” cuando en el Código de la Niñez y Adolescencia emplea los términos tenencia o patria potestad, violentando así el derecho a la seguridad jurídica.

De igual manera, en relación al artículo innumerado séptimo, por el cual se establece la procedencia de la pensión de alimentos en los casos que el alimentado y el obligado convivan bajo el mismo techo, el accionante argumenta que se contrapone al propio artículo innumerado sexto ya que “... es evidente que si el alimentado y el obligado conviven bajo el mismo techo es porque el obligado tiene la patria potestad y la tenencia...”. Respecto de los demás artículos impugnados, expresa que estos violentan el debido proceso, sin exponer argumentos específicos.

Finalmente, el demandante afirma que la norma impugnada no obliga a que se rindan cuentas respecto de si el dinero entregado por concepto de pensiones de alimentos ha sido utilizado para ese fin. Señala que la normativa únicamente garantiza que la persona que se encuentre al cuidado del niño cobre el dinero, pero sin la obligación de invertirlo en los menores, ya que no se prevé ningún tipo de fiscalización. Por lo tanto, a criterio del accionante, en ningún momento se garantiza el interés superior del niño.

Caso N.º 0052-16-IN

El actor manifiesta que el apremio personal por el incumplimiento del pago de pensiones alimenticias no es una medida proporcional para garantizar este derecho de niñas, niños y adolescentes, y afecta los derechos de los progenitores.

El demandante señala que en la aplicación del apremio personal por el incumplimiento de pensiones alimenticias, ha colegido que no ha logrado convenientemente su fin, puesto que el progenitor, al ser privado de libertad, está impedido de generar los recursos suficientes que le permitan cubrir sus obligaciones. Establece que tal como está regulada la figura del apremio, no hace esa distinción entre el progenitor que por su situación laboral y económica, no puede pagar las pensiones alimenticias y el progenitor que, haciendo uso de artificios y medios maliciosos, intenta burlar el cumplimiento de su obligación.

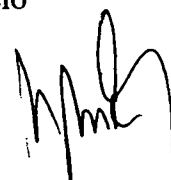
Es criterio del demandante que a diferencia de lo que ocurre con las demás medidas de apremio, en el caso de apremio personal por el incumplimiento de pensiones alimenticias, él identifica que el juzgador no tiene posibilidad de efectuar una valoración para dictar la medida de apremio, ya que el artículo 137 del COGEP establece expresamente como debe ser aplicado, sin que exista un margen de valoración o proporcionalidad entre la inobservancia de la norma o la disposición judicial y la medida de apremio.

Adicionalmente, el accionante realiza un análisis de proporcionalidad de la medida de apremio personal. En cuanto a la idoneidad, señala que:

Tal como está previsto el apremio en el primer inciso del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, no ha resultado eficaz, ya que la privación de la libertad de los progenitores ha generado la pérdida de sus empleos o la limitación para obtención de los mismos; y, por consiguiente no se ha garantizado el derecho de alimentos de niñas, niños y adolescentes...

Respecto de la necesidad, el legitimado activo manifiesta que en el derecho comparado existen otras medidas para garantizar el derecho de alimentos de las niñas, niños y adolescentes, que el legislador no consideró, porque la medida tampoco cumple con el principio de necesidad.

En relación al principio de proporcionalidad en sentido estricto, el accionante considera que la medida de apremio personal afecta el derecho al ejercicio





económico y al trabajo de los progenitores y que además no permite la consecución del derecho de alimentos de las niñas, niños y adolescentes. Además, el legitimado activo expresa que con la medida de apremio no existe la debida proporcionalidad entre la satisfacción del derecho de alimentos y la restricción del derecho a la libertad de tránsito.

Finalmente, el accionante concluye que la medida de apremio personal demandada no cumple con los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Pretensiones

Caso N.º 0026-10-IN

De la revisión integral de la demanda presentada, no se advierte una pretensión específica por parte del legitimado activo. No obstante, de la lectura de la demanda, se deduce que la pretensión del accionante es que este Organismo declare la inconstitucionalidad de los artículos innumerados 5 incisos segundo, tercero y cuarto; 10 inciso segundo; 15 inciso cuarto, 23, 24, 25 y 37 inciso cuarto de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el suplemento del Registro Oficial N.º 643 del 28 de julio de 2009.

Caso N.º 0031-10-IN

El accionante solicitó a esta Corte que "... se declare **INCONSTITUCIONAL LA LEY REFORMATIVA AL TÍTULO V, LIBRO II DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**, publicada en el suplemento del Registro Oficial del martes 28 de Julio del 2009, amparado en lo estipulado en el art. 436 numeral 2 de la Constitución Política Ecuatoriana vigente".

Caso N.º 0052-16-IN

El legitimado activo solicita a este Organismo:

... declarar la inconstitucionalidad sustitutiva por el fondo del primer inciso del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, toda vez que esta alta Magistratura en aplicación de los artículos 5 y 76 de la LOGJCC, puede modular los efectos de las sentencias constitucionales y en aplicación de los principios del control abstracto de constitucionalidad, reformar la disposición acusada como inconstitucional, ya que los derechos de alimentos de las niñas, niños y adolescentes merecen pronta e inmediata satisfacción...

Contestación a las demandas

Caso N.º 0026-10-IN

Asamblea Nacional del Ecuador

De fojas 60 a la 63 del expediente constitucional, constan los escritos presentados por el arquitecto Fernando Cordero Cueva en calidad de presidente de la Asamblea Nacional del Ecuador, quien manifiesta que el legitimado activo en su demanda, establece en forma genérica que las disposiciones impugnadas son inconstitucionales y no brinda mayor fundamento respecto de la supuesta inconstitucionalidad de las mismas.

Por otro lado, señala que conforme lo determinado en el artículo 67 de la Constitución de la República, el Estado debe proteger a la familia, la cual incluye los lazos de afinidad y consanguinidad, conforme lo establece el Código Civil. Por tanto, el derecho de alimentos no es solo para los menores de edad, sino para los miembros de la familia que lo necesiten, y la ley determina a sus parientes como obligados o responsables.

Alega también la aplicación de los principios “pro-constitucional” de la ley y de correspondencia y armonía, en el sentido de que esta Corte habría manifestado previamente que en caso de existir dudas sobre la inconstitucionalidad de una norma, se estará por la constitucionalidad de la misma.

Presidencia de la República del Ecuador

Obra de fojas 22 a la 48 del expediente constitucional, que el doctor Alexis Mera Giler en calidad de secretario nacional jurídico de la Presidencia de la República y delegado del presidente de la República, presenta un informe el 30 de diciembre de 2010 y en lo principal, manifiesta que el accionante ha efectuado una lectura y argumentación no integral y por tanto, insuficiente e infundada en relación al texto constitucional.

En ese sentido, expone que algunas de las constituciones desde 1946 han contemplado la prisión por deudas relacionadas con las pensiones alimenticias. De igual manera, expresa que tanto en el ordenamiento jurídico constitucional como legal, se ha previsto esta obligación, la cual corresponde a los padres y a su falta, sus ascendientes, hermanos y tíos. Asimismo, indica que la legislación nacional ha



contemplado medidas de apremio personal y otras que aseguren la obligación de prestar alimentos.

Además señala que las pensiones alimenticias, de la forma que han sido concebidas, tienen su razón de ser en la protección del derecho a la vida de los menores, que debe ser precautelado por los padres en primer lugar. Recuerda que ellos son los principales obligados en materia de alimentos y en caso de que estos no puedan satisfacer las necesidades de los niños, niñas y adolescentes, son responsables los abuelos, hermanos y tíos, como parientes más cercanos.

Respecto de las medidas de apremio, señala que sean reales o personales, constituyen mecanismos jurídicos a través de los cuales los jueces pueden alcanzar que se ejecute y se cumpla lo resuelto por parte de los obligados. Dichas medidas son impuestas previo un incumplimiento o potencial incumplimiento a ser estimado por el juez y tienen como finalidad principal, preservar directamente el interés superior del niño. Al respecto considera que estas medidas jamás pueden ser consideradas inconstitucionales.

De igual manera, establece que el artículo 37 de la norma alegada como inconstitucional, pretende garantizar el debido proceso —en especial, el derecho a la defensa—, frente a una infundada reclamación de alimentos. Por tanto, esta disposición protege a quienes han sido indebidamente demandados; en cuyo caso, el juez puede suspender la audiencia para que cuando se determine con exactitud la relación familiar, se resuelva en función del interés superior del niño.

Caso N.º 0031-10-IN

Asamblea Nacional del Ecuador

En el expediente constitucional, figura de fojas 16 a la 20, que el arquitecto Fernando Cordero Cueva en calidad de presidente de la Asamblea Nacional del Ecuador, presenta su informe en este Organismo el 28 de diciembre de 2010 y en lo principal, señala que las normas cuya inconstitucionalidad se acusa no son discriminatorias hacia el género masculino, ya que la responsabilidad corresponde tanto a padre y madre, además que el Código Civil sirve como norma supletoria; en ese sentido, el que se encuentra suministrando las pensiones, puede acudir al juez para exigir rendición de cuentas de la administración.

También alega la aplicación de los principios “pro-constitucional” de la ley y de correspondencia y armonía, en el sentido de que esta Corte habría manifestado previamente que en caso de existir dudas sobre la inconstitucionalidad de una norma, se estará por la constitucionalidad de la misma.

Finalmente considera que la demanda carece de fundamentación, por lo cual solicita a este Organismo constitucional, desechar la misma.

Presidencia de la República del Ecuador

Consta de fojas 30 a la 38 del expediente constitucional, que el doctor Alexis Mera Giler en calidad de secretario nacional jurídico de la Presidencia de la República y delegado del presidente de la República, presenta su informe el 30 de diciembre de 2010 y en términos generales, manifiesta que la demanda formulada carece de análisis suficiente que permita determinar la posible inconstitucionalidad de las disposiciones alegadas.

En relación al artículo innumerado 6, señala que no existe vulneración a la seguridad jurídica en los términos alegados en la demanda, debido a que la propia Constitución en su artículo 69, determina que tanto los padres y las madres tienen el deber de cuidar a sus descendientes, por lo que la norma infraconstitucional es coherente con lo dispuesto en la Constitución.

Respecto de los demás artículos impugnados, expresa que estos se encuentran orientados a salvaguardar el interés superior del niño, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución de la República. En este sentido, alega que las disposiciones impugnadas garantizan a los niños, niñas y adolescentes, el ejercicio pleno de sus derechos.

Procuraduría General del Estado

La doctora Martha Escobar Koziel en calidad de directora nacional de Patrocinio, y delegada del procurador general del Estado, presenta el 20 de diciembre de 2010, su escrito respecto de la presente causa, según obra de fojas 26 a la 28 del expediente constitucional.

De esta manera, en primer término, se refiere a la alegada improcedencia de la demanda, porque a su consideración, carece de elementos probatorios sobre la inconstitucionalidad de la misma. Además, señala que el legitimado activo





únicamente hizo referencia a disposiciones constitucionales supuestamente vulneradas, sin un análisis que establezca en qué medida son incompatibles con el texto constitucional.

Señala que la finalidad de la norma es loable y acertada, pues pretende asegurar el derecho a favor de los alimentarios y con ello su bienestar de vida en los términos previstos en la Constitución de la República. Por esta razón, solicita a este Organismo rechazar la demanda formulada.

Caso N.º 0052-16-IN

Asamblea Nacional

Consta de fojas 100 a la 107 del expediente constitucional, el escrito presentado el 16 de septiembre de 2016, por la señora Gabriela Rivadeneira Burbano en calidad de presidenta de la Asamblea Nacional.

En lo principal, la señora Rivadeneira señala que en el presente caso es necesario hacer un análisis de la proporcionalidad de la norma impugnada en relación a los postulados constitucionales que supuestamente entran en conflicto. Además considera que se debe verificar la constitucionalidad o no de la norma impugnada, conforme a los tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La compareciente manifiesta que la norma impugnada busca proteger un fin constitucionalmente válido y reconocido a nivel internacional, como es el de garantizar el interés superior del niño con nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos. Reitera que la norma protege un fin constitucionalmente válido, y por lo tanto, existe un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

La señora Rivadeneira alega en particular, la aplicación de los principios de control integral, constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico y el principio de configuración de la unidad de la norma impugnada.

Finalmente solicita a la Corte Constitucional que mediante sentencia deseche la demanda, la declare improcedente y ordene su archivo.

Presidencia de la República

De fojas 88 a la 98 del expediente constitucional, consta el escrito presentado el 14 de septiembre de 2016, por el doctor Alexis Mera Giler en calidad de secretario general jurídico de la Presidencia de la República y delegado del presidente de la República.

El doctor Mera, en términos generales, señala que la literal c del numeral 29 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, permite constitucionalmente la prisión por incumplimiento en el pago de pensiones alimenticias y por otra parte, tanto el artículo 76 como el artículo 77 de la Carta Suprema entre otros, regulan *in extremis* el derecho a la libertad personal y la no privación de la misma, la cual incluso en materia penal (artículo 77 numeral 1) debe ser aplicada como excepción y como una pena que debe ser proporcional (artículo 76 numeral 6).

Afirma además, que la práctica ha demostrado que en la generalidad, el apremio no ha servido para procurar el pago de la pensión alimenticia, adecuada, puesto que una vez que el obligado pierde su libertad, las posibilidades de garantizar la alimentación del niño quedan notoriamente reducidas, porque el obligado se enfrenta al hecho de la imposibilidad de generar recursos económicos para cumplir con su obligación.

El doctor Mera manifiesta que el apremio personal, en algunos casos, presenta una seria deficiencia pues, si bien es importante el objeto que persigue, la prisión por largos períodos de tiempo impide que los niños y adolescentes puedan ser beneficiarios de la pensión de alimentos que se pretende proteger.

Finalmente manifiesta su allanamiento a la demanda formulada y solicita a la Corte Constitucional que expida una sentencia moduladora que contemple los dos derechos en tensión a favor de niños, niñas y adolescentes.

Procuraduría General del Estado

A fojas ciento nueve y ciento diez del expediente constitucional, consta el escrito presentado el 15 de septiembre de 2016, por el abogado Marcos Arteaga Valenzuela, quien comparece en calidad de director nacional de Patrocinio y delegado del procurador general del Estado.





El compareciente manifiesta que atento al análisis contenido en la demanda y a la falta de un mecanismo que enmarque la disposición impugnada dentro de un parámetro de proporcionalidad que evite los eventuales excesos que su aplicación puede producir, se evidencia que si es necesario regular este aspecto de manera concreta y eficaz.

Finalmente solicita a la Corte Constitucional que dicte sentencia moduladora, permitiendo, en todo caso, la permanencia de la aludida disposición dentro de ordenamiento jurídico interno del Estado ecuatoriano.

Terceros con interés

Casos Nros. 0026-10-IN y 0031-10-IN

A foja 81 del expediente constitucional, consta el oficio N.º CNNA-SEN-2012-0143-OF del 2 de febrero de 2012, mediante el cual, la señora Sara Oviedo Fierro en calidad de secretaria ejecutiva nacional, solicita a la jueza sustanciadora, Ruth Seni Pinoargote, se considere al Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia como tercero interesado en las causas N.º 26-10-IN y 0031-10-IN, acumuladas.

A foja 114 del expediente constitucional, consta el escrito presentado el 22 de febrero de 2012, por la señora Sara Oviedo Fierro, el cual en lo principal señala que con la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se ha avanzado en la protección de niños, niñas y adolescentes pues con la fijación de una audiencia única se han reducido los tiempos que toma resolver el proceso de alimentos. Además señala la compareciente, que con el establecimiento de pensiones provisionales, a partir de la presentación de la demanda, los niños, niñas y adolescentes tienen acceso a una pensión que cubra sus necesidades básicas de subsistencia y desarrollo hasta la determinación de la pensión definitiva.

Por otro lado, la señora Oviedo Fierro manifiesta que si bien la obligación principal la tienen el padre y madre del niño, niñas y adolescente, existe una corresponsabilidad familiar, que a través de disposiciones pautadas en diferentes textos coadyuvan a construir un sistema de protección jurídica en la que los abuelos, los hermanos y tíos tienen el deber constitucional, legal y ético –desde sus facultades contributivas– de solventar las necesidades de un niño, niña o adolescente, para garantizar su desarrollo integral en el marco de la vida digna.

Caso N.º 0052-16-IN

Colectivos “Coparentalidad Ecuador” y “Tenencia Compartida”

De fojas 112 a la 128 del expediente constitucional, consta la comunicación presentada por los señores Henry Santiago Villareal Revelo y Leonardo Fabricio Narváez Ponce, quienes comparecen en calidad de los colectivos “Coparentalidad Ecuador” y “Tenencia Compartida” respectivamente, e interponen un escrito como *amicus curiae* o terceros con interés en la causa N.º 0052-16-IN.

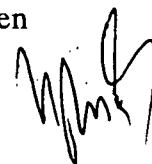
Los comparecientes señalan que lo primero que se debe determinar es la naturaleza constitucional del apremio personal reconocido en el artículo 66 numeral 29 de la Constitución de la República. Manifiestan que no puede pasar desapercibido el término “puede” utilizado en el artículo, pues si el espíritu con el que se configuró el derecho constitucional a la libertad habría sido obligar a la Asamblea Nacional a establecer como imperativa la privación de libertad en los casos de alimentos, se habría establecido en la misma Constitución el apremio personal.

Adicionalmente, los comparecientes exponen que el apremio no es un mecanismo idóneo, necesario y proporcional en estricto sentido para asegurar el pago de una pensión alimenticia. Consideran que el enfoque castigador que ha adoptado el Código es evidente, olvidando el enfoque protector que inspiró la Constitución de la República que ha plasmado una forma de organización garantista, donde los derechos son eje y límite central de las normas.

Finalmente, los señores Villareal y Narváez manifiestan que a partir de la interpretación que más favorece a los derechos reconocidos en la Constitución, resulta oportuno e imperante declarar la inconstitucionalidad y por tanto, la sustitución del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, así como de todas las demás normas vinculadas con dicho precepto.

Consejo Nacional para la igualdad de género

A foja 157 del expediente constitucional, consta el escrito presentado el 13 de enero de 2017, por la doctora Gilda Paulina Palacios en calidad de secretaria técnica y representante legal del Consejo Nacional para la Igualdad de Género, en el que solicita que se tome en cuenta la participación de la abogada María Consuelo Bowen en la audiencia pública, como tercero interesado en la causa N.º 0052-16-IN.





Fabián Alfredo Reyes Tello

De fojas 159 a la 167 del expediente constitucional, consta el escrito presentado por el señor Fabián Alfredo Reyes Tello, quien comparece como tercero interesado en la causa N.º 0052-16-IN.

El compareciente señala que los instrumentos internacionales, la Constitución de la República y el Código de la Niñez y Adolescencia, con justa razón y derecho, han establecido una serie de derechos a favor de niños, niñas y adolescentes, procurando establecer todo un cuerpo normativo dirigido a garantizar el cuidado y protección que asegure el desarrollo integral de este grupo de personas.

El señor Reyes Tello manifiesta que existe una problemática respecto de ciertos padres considerados irresponsables, cuando, contrariamente, en la realidad, han estado pendientes de sus hijos pero han sido víctimas de un sistema judicial que perversamente los ha alejado de ellos, los ha arruinado económicamente al punto de poner en riesgo incluso su trabajo que permite garantizar el pago de las pensiones establecidas, y lo que es más grave, dejando a los padres con un rol de simples proveedores, sin la posibilidad de apoyar en el proceso de formación emocional, psicológica y social de sus hijos e hijas.

Audiencias públicas

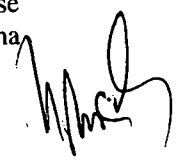
Casos Nros. 0026-10-IN y 0031-10-IN

A foja 110 del expediente constitucional, consta la razón sentada por el actuario de despacho mediante la cual certifica que el 15 de febrero de 2012, a la audiencia pública convocada mediante providencia del 26 de enero del mismo año, asistieron el señor Marcel René Ramírez Rhor en representación de la organización "Papás por Siempre"; el doctor Michele Pineda en representación de la Presidencia de la República y la señora Lorena Dávalos en representación del Consejo de la Niñez y Adolescencia. Además, certificó que las demás partes no acudieron a la misma, a pesar de haber sido legalmente notificados. Finalmente, el actuario sentó razón de que en función de la inasistencia de las demás partes, la audiencia fue suspendida.

El 17 de noviembre de 2016, se llevó a cabo la audiencia pública convocada mediante providencia del 11 de noviembre del mismo año, en los siguientes términos:

1. La presidenta (s) solicita al secretario general que verifique la concurrencia de las partes a la audiencia y compruebe que hayan sido debidamente notificadas.
2. El secretario general informa que se encuentran presentes en la Sala de Audiencias: Por los legitimados pasivos: por la Presidencia de la República, el doctor Erick Pineda; por la Presidencia de la Asamblea, la doctora Martha Gaibor y por la Procuraduría General del Estado, el doctor Rodrigo Durango.
3. La presidenta (s) expresa que la falta de comparecencia de los legitimados activos no suspende la realización de la audiencia pública, a menos que alguien tenga un criterio distinto, haciendo referencia a los criterios esgrimidos por la Corte Constitucional a través de reglas jurisprudenciales. Señala que estando en la fecha y hora señaladas en la convocatoria correspondiente, declara instalada la audiencia e indica a las partes presentes el orden y tiempo de las intervenciones.
4. Interviene el doctor Erick Pineda Cordero en representación de la Presidencia de la República, quien, en lo principal, manifiesta:

Que con motivo de las causas que son de conocimiento en este Pleno, en el año 2011 se presentaron dos demandas de inconstitucionalidad respecto a la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia que regula el procedimiento de alimentos en favor de los niños, niñas y adolescentes, en su momento se celebró la audiencia en febrero de 2012 respecto de estas dos causas y con posterioridad hubo reformas a la Ley Reformatoria en función de lo que determina el COGEP y básicamente en la disposición derogatoria sexta se derogan una serie de artículos de esta Ley Reformatoria que está siendo impugnada. Además existe otra demanda, la N° 052-16-IN que se refiere al artículo 137 del COGEP que regula el tema del apremio. En ese sentido, a fin de que se falle adecuadamente, se debería resolver y acumular las dos demandas, respecto a las cuales se ha procedido a la citación en este Pleno con la demanda N° 052-16-IN que también regula estos temas y de la cual se ha solicitado a la Corte Constitucional que expida una sentencia moduladora respecto del apremio personal. En cuanto a las demandas, los accionantes determinan que al haberse expedido la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia se violentan diversos derechos. Al respecto es necesario señalar que la Constitución de la República del Ecuador establece el derecho de los niños, niñas y adolescentes tanto a la vida como a un desarrollo integral; la Constitución y el Código de la Niñez y Adolescencia establecen que este es un derecho prioritario sobre el resto de derechos establecidos en la Constitución. Cuando se expidió la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia se reguló todo lo relativo a alimentos y se estableció una tabla mínima; estas normas conforme se ha señalado al contestar las demandas en su momento son absolutamente constitucionales y ajustadas al ordenamiento jurídico, es más si se verifica el ordenamiento jurídico nacional, como se hacía memoria en la contestación, a partir del año de 1960 del siglo pasado las normas son similares y a nadie se le ha ocurrido que la protección de niños, niñas y adolescentes, en el sentido que se ha





regulado, sea inconstitucional o ilegal, incluso el tema del apremio personal está expresamente garantizado en la Constitución que establece que no hay prisión por deudas salvo el caso de alimentos y en ese sentido las sentencias tanto de la Corte Nacional de Justicia como de este Tribunal han sido unívocas al expresar que estas disposiciones no son inconstitucionales. A los demandantes lo que les preocupaba era cómo controlar el valor que se entregaba a las madres, porque aludían que esos valores eventualmente no eran dirigidos a atender a los niños, asunto que no está regulado en la ley y no es materia de estas demandas. La Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia es absolutamente constitucional y legal, así lo ha regulado el ordenamiento constitucional y legal desde hace más de 50 años, por lo que la pretendida demanda de inconstitucionalidad es improcedente, por eso se solicitó en su momento que sean rechazadas las demandas y dadas las reformas que ha habido del COGEP respecto de esta ley que está impugnada, se proceda a la acumulación de las dos causas y se resuelva en un solo procedimiento.

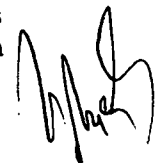
5. Interviene la doctora Martha Gaibor Carvajal en representación de la Asamblea Nacional, quien, en lo principal, manifiesta:

Que en esta acción de inconstitucionalidad corresponde garantizar que los principios constitucionales se encuentren respetados, ajustados a la norma impugnada a fin de garantizar en todo momento la coherencia con el ordenamiento jurídico y en caso de haber una incompatibilidad eliminarlas de forma y de fondo. Los accionantes en su demanda señalan que la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia vulnera algunos artículos como son: el de la igualdad, apremio personal, el artículo 76 al debido proceso y el 82 de la seguridad jurídica, además el artículo innumerado 15 ya fue objeto de control constitucional mediante sentencia 048-13-SCN, así también los artículos 23, 27, 33, 34 y 35 que hacen alusión en sus demandas los accionantes, ya fueron derogados por el Código Orgánico General de Procesos, por lo tanto, de esto no cabe análisis alguno. Por otro lado, los accionantes tenían la obligación de sustentar su demanda de forma fehaciente y pertinente, no solo citar las normas como lo han hecho, o decir que tal norma es inconstitucional, lo que debieron hacer es, ante todo, manifestar claramente como lo manda el artículo 79, numeral 5, literal a y b de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por lo tanto no se cumple lo establecido en el artículo que se debería tomar en cuenta. No obstante de lo manifestado, con la promulgación de la Constitución en Montecristi se estableció un paradigma constitucional de derechos y justicia, el cual tiende a proteger a los niños, niñas y adolescentes; si bien el artículo 69, numeral 1 y el artículo 83, numeral 16 de la Constitución, establece que están obligados los padres a su cuidado, crianza, protección y salud, también el artículo 44 habla del interés superior del niño, que se debe entender como el conjunto de procedimientos y acciones tendientes a garantizar al niño una vida digna y un desarrollo integral para la plena satisfacción de su bienestar. Por lo tanto, el artículo impugnado, el segundo inciso del artículo 5 garantiza que así no estén los obligados principales, los obligados subsidiarios deben garantizar el desarrollo de los niños, que va de la mano con el derecho a la igualdad, porque no se podría concebir que un niño que no tiene padres no tenga el cuidado, la alimentación, la educación necesaria que se requiere, es por esto que el legislador ha adecuado materialmente las leyes a los principios constitucionales tal como lo establece el artículo 84 de la Constitución. En relación al artículo 10 impugnado

que se refiere a la obligación del progenitor a proveer alimentos, es constitucionalmente válido ya que el artículo 45 de la Constitución indica que el Estado garantiza la vida desde el momento de la concepción. Así también el mismo artículo manifiesta que el Estado garantiza la identidad, el nombre y la ciudadanía de los niños, niñas y adolescentes. En relación a los artículos impugnados 24, 25 y 26, referentes a las medidas cautelares, que son medidas necesarias, idóneas para garantizar que las pensiones de los niños sean pagadas en el caso de los obligados principales y de los subsidiarios, por cuanto aquí se encuentra en juego el bienestar del niño, la salud, el desarrollo integral de los niños, así lo establecen los artículos 45, 44, 83 de la Constitución y el artículo 27, numeral 4 de la Convención de Derechos del Niño, es decir son constitucional e internacionalmente válidas las medidas que se han tomado en relación a los artículos 29 y 30 referentes a la aplicación de normas en otros juicios y obligación privilegiada también impugnados por los legitimados activos. Además que estos artículos van acorde a la Constitución de la República según los artículos 44 y 45, pues en materia de niñez, los jueces son garantistas de derechos y tienen que buscar la mejor interpretación constitucional para que sus derechos no se vean violentados conforme lo establece el artículo 427, la interpretación que más se ajuste a la plena vigencia de sus derechos. En conclusión, la ley impugnada, la ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia persigue un fin constitucionalmente válido al garantizar el interés superior del niño. Por lo expuesto solicita que se rechace la demanda, se declare improcedente y se ordene el archivo.

6. Interviene el doctor Rodrigo Durango en representación de la Procuraduría General del Estado, quien manifiesta:

Que complementa lo sostenido por los representantes de la Asamblea Nacional y de la Presidencia de la República, en tres aspectos: primero, la adecuación del acto normativo impugnado a la Constitución; segundo, los principios de la presunción de constitucionalidad y el indubio pro legislatore; y, tercero, la constitucionalidad del acto normativo propiamente dicho. En cuanto al primero, el artículo 132 de la Constitución establece con claridad cuáles son las competencias y facultades de la Asamblea Nacional para expedir leyes orgánicas como la que está siendo impugnada, en este sentido, los artículos que ha señalado de la Constitución son claros en establecer esta facultad de la Asamblea Nacional, porque se trata de un materia que es de interés para toda la sociedad como es la de regular la prestación de alimentos hacia los menores de edad y quienes están obligados a esta, por lo tanto desde este punto de vista el acto normativo impugnado se adecua formal y materialmente a la Constitución, de conformidad con lo que señala su artículo 86. En cuanto al segundo punto, son principios importantes, al hacer el análisis de constitucionalidad de las normas jurídicas que están siendo impugnadas a través de este tipo de acciones, le corresponde al legitimado activo demostrar si es que el acto que está siendo impugnado es inconstitucional, es decir la carga de la prueba la tienen los accionantes y son ellos quienes deben, a través de una correcta argumentación jurídica, demostrar que existen incompatibilidades con las normas impugnadas y el texto constitucional y como tercer punto si se observa, hubiera sido interesante escuchar la argumentación oral de los accionantes para que expliquen de mejor manera, cuáles son sus argumentos para considerar que la norma impugnada es inconstitucional, pero si se revisa la demanda escrita se refiere específicamente a la





obligación subsidiaria que tienen los abuelos, tíos y otros familiares de prestar alimentos cuando son los padres o progenitores los que no están en capacidad de hacerlo. Ya lo han señalado quienes le presidieron en la palabra que existe una derogatoria expresa a través del Código Orgánico General de Procesos, sobre el apremio personal que existía con respecto a los obligados subsidiarios y que efectivamente torna improcedente la demanda en ese sentido. Cuando se presentó esta demanda todavía estaba en vigencia esta norma y por lo tanto no se referirá a este aspecto, pero si quiere señalar que la argumentación del accionante es inconsistente y por lo tanto carece de sostenibilidad jurídica en su argumentación. En primer lugar, si se revisa, la demanda señala que no es posible la prisión por deudas, que es inconstitucional, porque estas se contraen a través de un acto de voluntad, pero el propio accionante cita el artículo 66, 29, c) de la Constitución que efectivamente señala que no cabe prisión por deudas y otro tipo de obligaciones económicas como multas o tributos, pero la propia Constitución establece la excepción de las pensiones alimenticias en este sentido, por lo tanto la argumentación del accionante en este punto específico es inconsistente, carece de lógica. Pero por otro lado señala además que la Constitución a través de los artículos, lo señala en su demanda 69 y 83, los únicos que están obligados a prestar alimentos a los menores de edad son los padres, y no los tíos, abuelos u otros obligados subsidiarios y señala nuevamente a través de un argumento inconsistente que es porque el artículo 83 que señala las obligaciones de los ecuatorianos y ecuatorianas entre ellos asistir, alimentar y cuidar a sus hijos e hijas, en principio la Constitución establece como un deber de los padres el alimentar a sus hijos, pero sin embargo ese mismo artículo señala que los deberes y responsabilidades son entre otros el señalado pero sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y en la ley, es decir, la propia Constitución establece la posibilidad de que existan obligaciones emanadas de normas jurídicas infra constitucionales, es decir, no todas las obligaciones en este caso de alimentos, tienen necesariamente un fuente constitucional sino que pueden ser desarrolladas a través de actos normativos de inferior jerarquía. Por lo expuesto los accionantes no han podido demostrar su razón para considerar a este acto normativo impugnado como inconstitucional. Al amparo de lo señalado en los artículos 89 al 91 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, solicita que se emita sentencia rechazando la presente acción pública de inconstitucionalidad por ser improcedente.

7. La presidenta (s) concede el término de 72 horas para que los comparecientes legitimen sus intervenciones y clausura la presente diligencia.

Caso N.º 0052-16-IN

A foja 168 del expediente constitucional, consta la razón sentada por el actuario de despacho por la cual certifica que el 17 de enero de 2017, tuvo lugar la audiencia pública convocada mediante providencia del 13 de diciembre de 2016, a la cual asistieron el doctor Édison Patricio Rodríguez Flores en representación del legitimado activo Javier Renán Donoso Saldarriaga; el doctor Francis Abad López en representación de la Asamblea Nacional; el doctor Alexis Mera en representación de la Presidencia de la República; el doctor Jimmy Patricio Carvajal en

representación de la Procuraduría General del Estado. En calidad de *amicus curiae*, asistió el doctor José Andrés Charry Dávalos en representación de los señores Leonardo Fabricio Narváez Ponce y Henry Santiago Villareal Revelo, representantes de los colectivos “Tenencia Compartida y “Coparentalidad Ecuador respectivamente. Así como la abogada María Consuelo Bowen en calidad de presidenta del Consejo Nacional para la Igualdad de Género.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

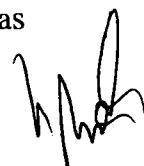
Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 436, numeral 2 de la Constitución de la República, y los artículos 74 y 75 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en concordancia con los artículos 3 numeral 2 literal c y 65 de la Codificación al Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional del Ecuador, este Organismo es competente para conocer y resolver acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado.

Naturaleza y objeto de la acción pública de constitucionalidad de actos normativos

De conformidad con lo determinado en el artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República, corresponde a la Corte Constitucional “conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado”.

El control abstracto de constitucionalidad pretende que todos los actos normativos y administrativos de carácter general, guarden armonía con el texto constitucional. De esta manera, el principal objetivo de esta acción, constituye el garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, evitando que las normas promulgadas por el legislativo o por autoridades públicas con facultades normativas, contradigan las normas constitucionales.





De esta forma, es competencia de este Organismo, revisar la constitucionalidad de las normas impugnadas, contrastando su contenido con el marco normativo consagrado en la Constitución. Por lo expuesto, la Corte Constitucional procederá a efectuar el respectivo control formal y material de la normativa demandada.

Determinación y desarrollo de los problemas jurídicos

Análisis de constitucionalidad por la forma

De conformidad con el artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República y 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver acciones públicas de inconstitucionalidad por el fondo o por la forma.

Respecto al control formal de disposiciones que entraron en vigencia antes de su promulgación, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en la disposición transitoria décimo cuarta dispone: “Décimo cuarta.- Las disposiciones legales de origen parlamentario expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley y sobre cuya constitucionalidad no haya existido pronunciamiento judicial previo, podrán ser demandadas ante la Corte Constitucional únicamente por vicios de fondo”.

En los casos en análisis, este Organismo verifica que las demandas de inconstitucionalidad que se plantearon versan sobre dos normas diferentes, esto es la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, y el Código Orgánico General de Procesos.

La Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia fue publicada en el suplemento del Registro Oficial N.º 643 del 28 de julio de 2009; es decir, entro en vigencia antes que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que fue publicada en el suplemento del Registro Oficial N.º 52 del 22 de octubre de 2009.

Por lo tanto, en función de lo dispuesto en la disposición transitoria décimo cuarta citada oportunamente, esta Corte no se va a pronunciar sobre la constitucionalidad por la forma de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, por lo que centrará su análisis formal en el Código Orgánico General de Procesos, a partir de la resolución del siguiente problema jurídico:

Al promulgar el Código Orgánico General de Procesos, el legislador ¿observó los requisitos formales para su expedición?

Para iniciar con el control formal sobre el Código Orgánico General de Procesos, publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 506 del 22 de mayo de 2015, es necesario señalar que en el artículo 118 de la Constitución se concibe a la Asamblea Nacional como el órgano que ejerce la Función Legislativa del Estado, que de conformidad con el artículo 120 numeral 6 de la referida Norma Suprema, se encuentra facultada para “expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”.

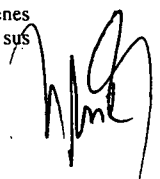
Por otro lado, el artículo 132 de la misma norma, establece los casos en los que se requiere de la elaboración de una ley, entre los cuales consta, cuando se trate de regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. En esta misma línea, el artículo 133 de la Constitución distingue entre leyes orgánicas y ordinarias, y señala, en el numeral 2, que leyes orgánicas son entre otras, aquellas que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Por su parte, el procedimiento para aprobar una ley se encuentra establecido en el Título IV, Capítulo Segundo, Sección Tercera de la Constitución de la República del Ecuador, que contiene los artículos del 132 al 140.

Dicho procedimiento comienza con la presentación de un proyecto de ley por parte de las autoridades o personas facultadas para ello⁴; el cual debe ser sometido a dos debates. Luego el proyecto pasa al conocimiento de la o el presidente de la República para que lo sancione u objete. El procedimiento finaliza con la promulgación y publicación de la ley en el Registro Oficial.

En función de lo expuesto, corresponde analizar si el legislador, durante el procedimiento que precedió a la promulgación del Código Orgánico General de Procesos, observó las normas constitucionales descritas anteriormente, para su expedición.

⁴El artículo 134 de la Constitución regula la iniciativa para presentar proyectos de ley. Textualmente dispone: “Art. 134.- La iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde: 1. A las asambleístas y los asambleístas, con el apoyo de una bancada legislativa o de al menos el cinco por ciento de los miembros de la Asamblea Nacional. 2. A la Presidenta o Presidente de la República. 3. A las otras funciones del Estado en los ámbitos de su competencia. 4. A la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública en las materias que les corresponda de acuerdo con sus atribuciones. 5. A las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional. 6. Quienes presenten proyectos de ley de acuerdo con estas disposiciones podrán participar en su debate, personalmente o por medio de sus delegados”.





El código en referencia tiene por objeto la regulación de la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal⁵. En tal virtud, sus postulados están estrechamente relacionados con el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita. Por tanto, al haberse expedido mediante ley orgánica, se ha dado cumplimiento al numeral 2 del artículo 133 de la Constitución descrito oportunamente.

En cuanto al procedimiento constitucional para la expedición de las leyes, en la certificación de la Secretaría General de la Asamblea Nacional, constante al inicio del Código Orgánico General de Procesos, se señala "... que la Asamblea Nacional discutió y aprobó el **"PROYECTO DE CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS"**, en primer debate el 21 y 26 de agosto de 2014; en segundo debate, el 10, 12 y 26 de marzo de 2015 y se pronunció sobre la objeción parcial del presidente Constitucional de la República, el 12 de mayo de 2015".

Asimismo, en la disposición final de la misma norma se establece: "Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los doce días del mes de mayo del dos mil quince. F) Gabriela Rivadeneira Burbano, presidenta. F) Dra. Libia Rivas Ordoñez, secretaria general".

Finalmente, el COGEP fue publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 506 del 22 de mayo de 2015; sin embargo, de conformidad con lo establecido en la disposición final segunda, su vigencia fue postergada para doce meses después de su publicación en este medio, por lo que entró en vigencia el 22 de mayo de 2016⁶.

Por tanto, de la certificación de la Secretaría General, la disposición final y la publicación en el Registro Oficial del Código, que se han citado, la Corte Constitucional evidencia que la normativa siguió el procedimiento legislativo establecido en el Título IV, Capítulo Segundo, Sección Tercera de la Constitución de la República.

⁵ El artículo 1 del Código Orgánico General de Procesos, señala: "Art. 1.- Ámbito. Este Código regula la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, con estricta observancia del debido proceso".

⁶ La Disposición Final Segunda del Código Orgánico General de Procesos señala: "El Código Orgánico General de Procesos entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, con excepción de las normas que reforman el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Notarial y la Ley de Arbitraje y Mediación y aquellas que regulan períodos de abandono, copias certificadas, registro de contratos de inquilinato y citación, que entrarán en vigencia a partir de la fecha de publicación de esta Ley. Las disposiciones que regulan el remate entrarán en vigencia en ciento ochenta días contados a partir de la publicación de la presente Ley".

Por otro lado, esta Corte procede a examinar si la normativa en análisis cumple con el principio de unidad de materia, previsto en los artículos 136 de la Constitución de la República y 116 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

De la lectura del contenido del Código Orgánico General de Procesos se desprende que las disposiciones que lo componen se encuentran dentro de un mismo núcleo temático, que se refiere a la actividad procesal en casi todas las materias. Además, las disposiciones que componen dicho cuerpo normativo guardan coherencia entre sí y respecto de su título.

En consecuencia, la Corte considera que en el Código Orgánico General de Procesos no existen disposiciones que no se encuentren relacionadas directamente con la actividad procesal, lo cual guarda conformidad con lo dispuesto en los artículos 136 de la Constitución de la República y 116 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Análisis de constitucionalidad por el fondo

Consideraciones previas

Previo a plantear los problemas jurídicos que se absolverán en el marco del control material de constitucionalidad de las normas demandadas, es menester hacer hincapié en los principios constitucionales aplicables a los niños, niñas y adolescentes, por cuanto son los sujetos que la normativa impugnada pretende tutelar.

En efecto, tanto los artículos de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, como el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, contienen reglas relativas al derecho de alimentos de niños, niñas y adolescentes, de ahí que se considere importante puntualizar sobre los parámetros constitucionales relacionados con ellos.

Entre los principios constitucionales aplicables a los niños, niñas y adolescentes, resaltan tres cuyo alcance se requiere determinar. Estos son, el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes; el principio de prevalencia de sus derechos o trato prioritario y el principio de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia. Todos ellos se encuentran regulados en el primer inciso del artículo 44 de la Constitución de la República, que establece: "Artículo 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 de las demás personas**” (énfasis fuera del texto).

El principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes está reconocido a nivel internacional en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en el numeral 1 del artículo 3, establece: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva 17/2002, al referirse al interés superior del niño, señaló:

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 los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño⁷...

El principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes implica considerar de manera primordial su condición cuando se tomen decisiones que les puedan afectar. Conlleva un proceso continuo de valoración sobre los efectos que tal o cual decisión pueda tener sobre el cumplimiento efectivo de sus derechos⁸.

En cuanto al principio de trato prioritario de niñas, niños y adolescentes, esta Corte, mediante la sentencia N.º 048-13-SCN-CC, dictada en el caso N.º 0179-12-CN y acumulados, ha considerado su alcance en los siguientes términos:

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

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002 párr. 56.

⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1); aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones llevada a cabo del 14 de enero a 1 de febrero de 2013; párrafo 35, página 10.

Conforme lo expuesto, el principio de trato prioritario implica que ante una posible confrontación de derechos de distintos sujetos, entre los cuales se encuentren niños, niñas o adolescentes, se debe considerar su especial condición al momento de cotejar los derechos en conflicto.

Por su parte, el principio de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia tiene por objeto involucrar a estos actores en el cumplimiento efectivo de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Este principio implica por un lado, que el Estado, la sociedad y la familia deben coordinar actividades a efectos de asegurar una adecuada atención a los niños, niñas y adolescentes. Por otro lado, el principio de corresponsabilidad exige que cada actor asuma un nivel de responsabilidad y cumpla un rol específico en el cuidado y crianza de dichos sujetos.

En cuanto a la familia, la Constitución de 2008, la concibe como el núcleo fundamental de la sociedad que se constituye por vínculos jurídicos o de hecho y que se basa en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes⁹. Además, rebasa la concepción tradicional y reconoce los diferentes tipos de familia¹⁰; es decir, no concibe como tal únicamente al grupo de personas conformado por padre, madre e hijos, al contrario, parte por considerar que los vínculos que se pueden generar en el núcleo familiar no siempre implican a los progenitores y sus hijos. Por ende, cuando se hace referencia a la corresponsabilidad de la familia, se debe entender a esta en sus diversos tipos.

Ahora bien, en relación con el principio de corresponsabilidad, la familia adquiere la calidad de obligada directa a satisfacer las necesidades de los niños, niñas y adolescentes. Precisamente, por el vínculo que se produce en su seno, la familia tiene a su cargo el cumplimiento de obligaciones orientadas a garantizar la vida digna y el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

No obstante, lo anterior no implica que el ordenamiento jurídico desconozca que, sobre todo, en cuanto a las obligaciones, es distinta la responsabilidad que tienen los

⁹ El artículo 67 de la Constitución de la República dispone: "Artículo 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal".

¹⁰ A diferencia de la Constitución de 2008, la Constitución Política de 1998 no reconocía los diversos tipos de familia, por ende, este concepto jurídico era aplicable únicamente para el grupo de personas conformado por una pareja heterosexual y los hijos o hijas respecto de los cuales tienen un vínculo. Esa es la concepción tradicional de familia a la que se hace referencia.

padres y madres, de la que tiene el resto de miembros de la familia. Sobre este tema se ahondará más adelante.

En relación con el rol que debe ejercer el Estado, este es considerado el responsable de generar las condiciones necesarias para que la familia pueda cumplir cabalmente con sus obligaciones respecto de la satisfacción de las necesidades de los niños, niñas y adolescentes. Así lo ratifica el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al señalar que "... los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños".

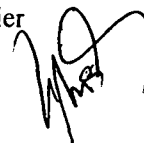
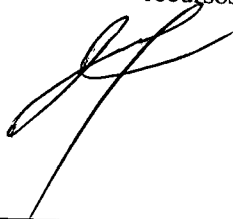
En cuanto a la sociedad, se debe tener en cuenta que todas las personas que la componen asumen un rol de garantes respecto del cumplimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, tanto desde el ámbito personal y familiar, como desde la perspectiva comunitaria, como miembros de un grupo social. Ello, porque es necesario asegurar su debida protección en todas las esferas de su desarrollo. En virtud de lo manifestado, se colige que es deber del Estado, de la sociedad en general y de la familia, prestar especial atención a los niños, niñas y adolescentes, por su condición de vulnerabilidad, al ser personas que se encuentran en proceso de crecimiento y desarrollo, y al no tener los medios propios suficientes para su manutención, ni capacidad legal para adquirir obligaciones por sí solos.

Como se puede constatar, los tres principios constituyen supuestos a partir de los cuales se deben adoptar las decisiones que corresponda, en aras de garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, teniendo en cuenta que las demandas de inconstitucionalidad se centran en la figura de pensiones alimenticias, este Organismo considera necesario que, antes de entrar al análisis de constitucionalidad solicitado, es menester referirse a la naturaleza del derecho a alimentos, que en definitiva constituye el tema central de las acciones de inconstitucionalidad.

En relación al derecho a alimentos, la Corte Constitucional señaló que:

... el derecho a alimentos de todo niño, niña o adolescente está relacionado con su derecho a la vida, a la supervivencia y a una vida digna e, implica la garantía de proporcionarle los recursos necesarios para la satisfacción de sus necesidades básicas por tanto, cualquier



decisión que respecto al mismo adopte la autoridad, debe estar orientada a la protección de dicho derecho y por consiguiente al interés superior del menor de edad¹¹...

De igual modo, este Organismo manifestó que:

La obligación que tienen los padres a pasar una pensión mensual a favor de su hija/o tiene como finalidad cubrir con las necesidades prioritarias y básicas de todo ser humano, es así que el juez tiene la competencia para hacer efectivo este derecho a favor del niño, niña, adolescente o adulto (siempre y cuando se encuentre en los casos establecidos en la Ley); por tanto, es él quien debe determinar el o los mecanismos necesarios y más eficaces para garantizar que se cumpla esta obligación, conforme a la ley¹².

Conforme se puede apreciar de la jurisprudencia transcrita, queda claro para esta Corte que el pago de la pensión de alimentos o el derecho a alimentos, se encuentra directamente vinculado con el ejercicio de otros derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, la norma infraconstitucional, en apego a lo señalado por este Organismo, concibe al derecho a alimentos como connatural a la relación padres-hijos, y señala que implica proporcionar los recursos necesarios para satisfacer las necesidades del alimentante, a través de la cancelación de una pensión de alimentos. Entre las necesidades del alimentante cubiertas por esta pensión, se encuentran: alimentación, salud, educación, cuidado, vestuario, vivienda, cultura, recreación y deportes¹³.

De la revisión de las prestaciones que cubre la pensión alimenticia, esta Corte verifica que están estrechamente relacionadas con aquellas que suponen el gozo de una vida digna según lo señalado en la Constitución: **“Artículo 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios”**.

¹¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 189-14-SEP-CC, caso N.º 0325-13-EP.

¹² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 006-13-SCN-CC, caso N.º 0200-12-CN.

¹³ El artículo 2 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia establece: “Artículo 2.- El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios que incluye: 1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente; 2. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas; 3. Educación; 4. Cuidado; 5. Vestuario adecuado; 6. Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos; 7. Transporte; 8. Cultura, recreación y deportes; y, 9. Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.”



Lo anterior permite colegir que con la prestación de alimentos se pretende garantizar el derecho a la vida digna. No obstante, esta Corte advierte que ese no es el único derecho que se pretende tutelar con el pago de la pensión de alimentos, pues la vida digna constituye un presupuesto para el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes que se encuentra recogido en el segundo inciso del artículo 44 de la Constitución, en los siguientes términos:

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.

Dicha relación fue identificada por esta Corte en la sentencia N.º 048-13-SCN-CC de la siguiente manera:

El derecho a la vida digna, como un principio sustancial, universalmente aplicable a todos los sujetos de derechos constitucionales, halla un refuerzo especial cuando el titular del que se trata es un niño, niña o adolescente. La Constitución, en su afán de promover la igualdad real entre sujetos diversos, ha reconocido adicionalmente el derecho de niños, niñas y adolescentes a su desarrollo integral; así como la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en su promoción...

Lo expuesto lleva a la conclusión de que la prestación de alimentos es un medio para garantizar el cumplimiento del derecho a la vida digna y al desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes.

Una vez revisados los principios de interés superior del niño, de trato prioritario y de corresponsabilidad, así como la naturaleza y fin del derecho a alimentos, esta Corte considera importante hacer una precisión sobre las normas cuya inconstitucionalidad se pretende y su relación con otras normas que pudieran estar íntimamente relacionadas con aquellas.

Conforme se expuso en el primer acápite de esta sentencia, las demandas de inconstitucionalidad versan sobre dos cuerpos normativos, la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia (expedida en el 2009) y el Código Orgánico General de Procesos (expedido en el 2015).

Al respecto, es importante considerar que en el segundo inciso de la disposición derogatoria sexta del COGEP, se derogaron, entre otros, los artículos 23, 27, 33, 34, 35 y 37 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia.

Sin embargo, a su vez, el código dispuso la aplicación de los artículos derogados de la Ley Reformatoria a los procesos que se hubieren iniciado antes de la vigencia del código. Por lo tanto, el legislador contempló la ultractividad¹⁴ de las normas. Así consta en la disposición transitoria primera del cuerpo normativo:

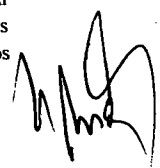
PRIMERA.- Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio. Las demandas interpuestas hasta antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación

Con la disposición transcrita se pretende pues, que aunque las normas se encuentren formalmente derogadas, se sigan aplicando a los procesos que iniciaron al amparo de esa regulación, ya que con ello se estaría garantizando la seguridad jurídica de los involucrados, quienes han generado cierta expectativa respecto a la aplicación de las normas vigentes al momento de verse involucrados en procesos de derecho a alimentos.

En función de lo expuesto y de lo señalado en el numeral 8 del artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁵, que permite el control constitucional respecto de normas derogadas que pudieran producir efectos jurídicos, esta Corte considera que es menester pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos los artículos 23, 27, 33, 34, 35 y 37 de la Ley

¹⁴ Respecto a la ultractividad de la norma, Rafael Hernández Marín, en la página 537 de su libro *Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica*, de la editorial Marcial Pons, afirma que la ultractividad consiste en que un enunciado jurídico hace referencia a un tiempo posterior a su intervalo de validez. Señala que un enunciado jurídico se puede referir a un tiempo posterior a su intervalo de validez, bien en su suposición, bien en su consecuencia. En el primer caso, se consideraría que el enunciado es ultractivo; en el segundo, que el enunciado tiene efectos ultractivos. En consecuencia, afirma el autor, son enunciados ultractivos aquellos en los que el final del intervalo de subsunción es posterior al final del intervalo de validez, o en los que el intervalo de subsunción se prolonga más allá del final del intervalo de validez; son enunciados con efectos ultractivos aquellos en los que el tiempo de efecto es posterior al final del intervalo de validez. Estos postulados han sido recogidos por la Corte Constitucional en la sentencia N.º 001-13-SIO-CC, dictada en los casos N.º 0001-11-IO, 0002-11-IO, 0003-11-IO y 0004-11-IO acumulados.

¹⁵ El numeral 8 del artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece: "Artículo 76.- Principios y reglas generales.- El control abstracto de constitucionalidad se regirá por los principios generales del control constitucional previstos por la Constitución y las normas constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina. En particular, se regirá por los siguientes principios (...): 8. Control constitucional de normas derogadas.- Cuando normas derogadas tengan la potencialidad de producir efectos jurídicos contrarios a la Constitución, se podrá demandar y declarar su inconstitucionalidad."





Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, aunque se encuentran derogados.

Finalmente, este Organismo verifica que si bien las disposiciones están derogadas, su contenido, en la mayoría de casos, está recogido en varios artículos del COGEP, con lo cual se estaría ante el supuesto de unidad normativa.

La unidad normativa se produce cuando el contenido de una norma se reproduce o tiene relación directa con otra. Así lo establece el artículo 76 numeral 9 literal b de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuando señala:

Artículo 76.- Principios y reglas generales.- El control abstracto de constitucionalidad se regirá por los principios generales del control constitucional previstos por la Constitución y las normas constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina. En particular, se regirá por los siguientes principios: (...) 9. Configuración de la unidad normativa.- Se presume la existencia de unidad normativa en los siguientes casos: a) Cuando la disposición acusada o su contenido se encuentran reproducidos en otros textos normativos no demandados; b) Cuando no es posible producir un fallo sobre una disposición jurídica expresamente demandada, sin pronunciarse también sobre otra con la cual guarda una conexión estrecha y esencial; y, c) Cuando la norma impugnada es consecuencia o causa directa de otras normas no impugnadas.

Por lo tanto, esta Corte considerará ambos principios –ultractividad y unidad normativa– en el desarrollo de los problemas jurídicos que se planteen para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas.

Ahora bien, de la lectura de las demandas y de los argumentos esgrimidos por los accionantes, este Organismo considera relevante referirse de manera particular a los artículos 6, 7 y 15 de la Ley Reformativa al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia.

En cuanto al artículo 6, uno de los accionantes, el señor Marcel René Ramírez Rhor, afirma que adolecería de inconstitucionalidad por cuanto:

El término **CUIDADO DE LOS MENORES**, no existe en el **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**, los progenitores o cualquier familiar en el caso de falta de los progenitores, según el Código de la Niñez y Adolescencia tienen o la **PATRIA POTESTAD** o la **TENENCIA** de los menores la cual debe de ser previamente otorgada por el Juez respectivo. De tal manera que este artículo violenta el artículo 82 de la Constitución Política del Estado, ya que este innumerado irrespeta la existencia de norma jurídica previa, clara,

pública y aplicada por autoridad competente alguna, violentando el derecho a la seguridad jurídica que todos tenemos.

En relación a la supuesta inconstitucionalidad del artículo 7 de la ley reformativa, el señor Ramírez Rhor manifiesta que “[e]ste innumerado se contrapone con el artículo innumerado 6 ya que es evidente que si el alimentado y el obligado conviven bajo el mismo techo es porque el obligado tiene la **PATRIA POTESTAD Y LA TENENCIA**, del menor beneficiario del derecho de alimentos”.

De la lectura de los argumentos planteados se desprende que la pretensión del accionante es que esta Corte se pronuncie sobre posibles antinomias infraconstitucionales, lo cual debe ser ventilado en la justicia ordinaria y no mediante una acción pública de inconstitucionalidad. Así lo ha señalado previamente este Organismo en la sentencia N.º 003-13-SIN-CC, dictada en los casos Nros. 0042-11-IN, 0043-11-IN y 0045-11-IN, acumulados:

Por otro lado, se debe precisar que el ordenamiento jurídico contempla mecanismos jurisdiccionales de protección pertinentes para la tutela de los derechos de las personas que puedan ser objeto de lesiones como consecuencia de una antinomia normativa de rango infraconstitucional. Sostener lo contrario y permitir que la justicia constitucional, en este caso la Corte, incursione en esas competencias lesionaría el principio de interpretación integral de la Constitución y generaría como resultado que la justicia constitucional termine por absorber a la justicia ordinaria.

A su vez, resalta en la referida decisión la siguiente conclusión adoptada por el Pleno del Organismo:

En mérito de lo expuesto, considerando que de las alegaciones esgrimidas se desprende un conflicto de índole infraconstitucional, y dejando en claro que no se trata de una residualización de la acción pública de constitucionalidad, esta Corte determina que se encuentra impedida para invadir las competencias que la Constitución y las leyes confieren a la Función Judicial, nos referimos en particular a la jurisdicción contencioso administrativa, sede pertinente para conocer presuntas vulneraciones que se generen como consecuencia de una contravención al principio de jerarquía normativa que no involucre normas de rango constitucional.

Con aquellas consideraciones, esta Corte verifica que se encuentra impedida de pronunciarse sobre las supuestas antinomias legales contenidas en los artículos 6 y 7 de la Ley Reformativa al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, por cuanto su solución corresponde a la instancia respectiva de la Función Judicial.





En cuanto al artículo 15 de la Ley Reformatoria es preciso indicar que la Corte Constitucional, en su sentencia N.º 048-13-SCN-CC, dentro la causa N.º 0179-12-CN y acumulados, realizó el análisis constitucional de la disposición descrita y resolvió:

1. Negar las consultas remitidas por los jueces y juezas de la Primera y la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.
2. Determinar como interpretación, conforme a la Constitución, que para la aplicación del artículo innumerado 15 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, así como de la Resolución N.º 01-CNNA-2013, la determinación del ingreso para la aplicación del porcentaje correspondiente se realizará únicamente con la deducción previa del aporte del trabajador a la seguridad social.

Por lo tanto, en atención a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 96 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁶, este Organismo no se va a pronunciar sobre la constitucionalidad del artículo 15 impugnado, por cuanto ya emitió su criterio al respecto y las circunstancias que motivaron la negación de la demanda de inconstitucionalidad de este artículo no han variado.

Siendo el estado de la causa el de resolver, este Organismo procederá a realizar el control de constitucionalidad solicitado, para lo cual desarrollará los siguientes problemas jurídicos:

1. Las normas contenidas en los artículos 5 incisos segundo, tercero y cuarto; 10 inciso segundo y 37 inciso cuarto de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, ¿vulneran los principios constitucionales recogidos en el artículo 69 numerales 1, 4 y 5 y artículo 83 numeral 16 de la Constitución de la República?
2. Las normas contenidas en los artículos 8, 9, 10, 26, 28, 29, 30, 33, 34 y 35 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, ¿vulneran el derecho a la defensa consagrado en el artículo 76 numeral 7 de la Constitución de la República?

¹⁶ El artículo 96 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional regula los efectos del control de constitucionalidad. Al respecto, en el numeral 2 señala: "Artículo 96.- Efectos del control de constitucionalidad.- Las sentencias que se dicten sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad surten efectos de cosa juzgada, en virtud de lo cual: (...) 2. Cuando la sentencia que desecha la demanda de inconstitucionalidad ha estado precedida de control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado, mientras subsista el fundamento de la sentencia".

3. Las normas contenidas en los artículos 24, 25 y 27 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia, ¿vulneran el derecho a la libertad de tránsito consagrado en el artículo 66 numeral 14 de la Constitución de la República?

4. Las normas contenidas en el artículo 23 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia y el primer inciso del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, ¿vulneran el derecho a la libertad consagrado en el artículo 66 numeral 29 literal c de la Constitución de la República?

1. Las normas contenidas en los artículos 5 incisos segundo, tercero y cuarto; 10 inciso segundo; 15 inciso cuarto y 37 inciso cuarto de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, ¿vulneran los principios constitucionales reconocidos en el artículo 69 numerales 1, 4 y 5 y artículo 83 numeral 16 de la Constitución de la República?

Los artículos demandados de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia tienen por objeto establecer una serie de reglas para el efectivo cumplimiento del derecho a alimentos de los niños, niñas y adolescentes, aplicables a todos los obligados a dicha prestación, sin considerar si se trata de obligados principales o subsidiarios.

Así, el artículo 5, describe cuáles son las personas obligadas a la prestación de alimentos; el artículo 10, contiene las reglas para fijar la pensión alimenticia a personas cuya filiación no ha sido legalmente establecida; el artículo 15, dispone los parámetros mínimos para la elaboración de la tabla de pensiones alimenticias mínimas y finalmente, el artículo 37 –ahora derogado–, establecía el procedimiento a seguir en la audiencia única para fijar la pensión alimenticia definitiva.

Respecto del artículo 37 de la ley reformativa, si bien está derogado, esta Corte identificó que guarda unidad normativa con el artículo 333 del Código Orgánico General de Procesos, por cuanto ambos regulan la audiencia única en materia de alimentos. En virtud de ello y por la ultractividad del artículo 37 de la Ley Reformatoria, contenida en la disposición transitoria primera del COGEP, esta Corte se pronunciará sobre la constitucionalidad de estas disposiciones.





De la revisión de las demandas planteadas se advierte que uno de los accionantes, el señor Arturo Alberto Zelaya Gamboa, argumenta que las disposiciones impugnadas vulneran los principios constitucionales de los artículos 69 y 83 de la Norma Suprema, pues crean la figura de los obligados subsidiarios cuando la normativa establece "... con suma precisión **QUE ÚNICAMENTE PADRE Y MADRE TIENEN LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR ALIMENTOS A HIJOS E HIJAS**".

Los principios a los que hace referencia el accionante, son los siguientes:

Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. (...)

4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.

5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: (...)

16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten.

Por lo tanto, esta Corte procederá a examinar si los artículos 5, 10 y 37 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, y el artículo 333 del Código Orgánico de Procesos, al concebir la figura de los obligados subsidiarios o ser aplicables a estos, estarían vulnerando la Constitución.

Si bien en los artículos 69 y 83 de la Constitución de la República se hace referencia a obligaciones de los padres, madres y el Estado, ello no implica que estos sean los únicos sujetos llamados a satisfacer las necesidades de niños, niñas y adolescentes.

De hecho, conforme se expuso oportunamente, la propia Constitución en el artículo 44, consagra algunos principios por los que se rige la protección a niños, niñas y adolescentes en un Estado de derechos, entre los que se encuentran el de la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, y de su interés superior.

Ello implica que cuando se trata de establecer las obligaciones de los distintos actores respecto de niños, niñas y adolescentes, se atenderá a lo que es lo mejor para ellos considerando a todos los sujetos que componen el círculo familiar en el que se desenvuelven.

Por tanto, no existe un único sujeto responsable de los derechos de la niñez y adolescencia, sino que dada la importancia de estos sujetos y en consideración de su interés superior, el constituyente ha previsto que la obligación de velar por sus derechos sea atribuible a todos quienes tienen cierto nivel de impacto en su desarrollo.

De ahí que cuando se desarrolle el principio de corresponsabilidad se haga referencia a la familia como uno de los obligados, y no exclusivamente a padres y madres.

Precisamente, lo que el constituyente ha instaurado en la Norma Suprema son una serie de postulados tendientes a garantizar que más allá de la situación familiar particular de cada niño, niña o adolescente, estos siempre cuenten con un responsable de su protección, en atención a su interés superior.

Ello no implica que en la Constitución se desconozca que los obligados principales a la satisfacción de las necesidades de los niños, niñas y adolescentes deben ser los padres y madres, en consideración de la relación de filiación que existe entre ellos y sus hijos e hijas.

No obstante, en ausencia de los padres o madres, los llamados a cubrir esas necesidades son los demás miembros de la familia, precisamente por su calidad de corresponsables tanto familiar como socialmente, según lo señalado en el artículo 44 de la misma Norma Suprema.

Por lo tanto, en este caso concreto, cuando la Ley Reformativa establece la categoría de obligados subsidiarios a la prestación de alimentos, lo hace en aplicación del principio constitucional de corresponsabilidad de la familia y del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Si bien los demás miembros de la familia son responsables de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, respecto del derecho de alimentos, la normativa infraconstitucional ha establecido ciertos supuestos que deben observarse para demandar la prestación a los obligados subsidiarios.





En efecto esta obligación de carácter subsidiario operará únicamente de manera residual siempre y cuando exista ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales. Pero además, dicha circunstancia debe ser debidamente comprobada por la persona que demanda la prestación y no se puede imponer a obligados subsidiarios que adolezcan de discapacidad. Por lo tanto, para que se pueda demandar el pago de la pensión de alimentos a los obligados subsidiarios es necesario haber demostrado y utilizado todos los medios y mecanismos jurídicos posibles para cobrar la deuda al obligado principal¹⁷.

Adicionalmente a los supuestos descritos, y por cuanto el obligado subsidiario no es el responsable inicial de la prestación de alimentos, se ha previsto en la legislación la posibilidad de que se reclame por la vía pertinente la repetición del pago contra el obligado principal, para que le sea devuelto el dinero que tuvo que pagar para cubrir la deuda. Así, el obligado subsidiario cuenta con los mecanismos judiciales para hacer valer su derecho contra el obligado principal, pero no se impone esa carga al niño, niña y adolescente, cuyas necesidades son más apremiantes.

En función de las consideraciones expuestas, es el criterio de esta Corte que las normas impugnadas, al hacer referencia a los obligados subsidiarios, no vulneran los principios constitucionales consagrados en los artículos 69 y 83 de la Norma Suprema; pues, la responsabilidad del pago de las pensiones alimenticias de los obligados subsidiarios se activa una vez que se cumpla con los presupuestos descritos, es decir siempre se buscará que el padre o la madre del niño, niña o adolescente en calidad de deudor principal, sea quien satisfaga la misma, atendiendo precisamente, a los artículos 44, 69 y 83 de la Constitución de la República.

2. Las normas contenidas en los artículos 8, 9, 10, 26, 28, 29, 30, 33, 34 y 35 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, ¿vulneran el derecho a la defensa consagrado en el artículo 76 numeral 7 de la Constitución de la República?

En atención al contenido de los artículos objeto de análisis, esta Corte Constitucional constata que los mismos contienen prescripciones normativas que regulan aspectos relacionados con el derecho de alimentos. Por un lado, aquellas relativas a la determinación de la obligación en cuestión, y por otro con las atribuciones conferidas por el legislador a la o las autoridades jurisdiccionales a fin

¹⁷ Las circunstancias que deben operar para contar con los obligados subsidiarios en la prestación de alimentos están reguladas en el artículo 5 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, citado oportunamente.

de garantizar el cumplimiento de la prestación de alimentos, así como con particularidades aplicables al proceso de alimentos.

En este sentido, en lo que respecta a la determinación de la obligación se tiene que el artículo 8 establece que la pensión de alimentos se debe a partir de la presentación de la demanda. En consecuencia, en el artículo 9 se dispone que el juez debe fijar la pensión provisional al momento de calificar la demanda. Por su parte, el artículo 10 establece las reglas que debe considerar el juzgador para determinar la obligación respecto de personas cuya filiación o parentesco no ha sido establecida legalmente.

Así también, el artículo 29 dispone la aplicación de las regulaciones de la ley reformativa, en los procesos en los que la ley contemple expresamente la posibilidad de solicitar alimentos a favor de niños, niñas y adolescentes. El artículo 30 otorga a la prestación económica por alimentos, el privilegio de primera clase y en consecuencia su pago se debe preferir a cualquier otra obligación.

En cuanto a los artículos 33, 34 y 35 se debe considerar que fueron derogados por el segundo inciso de la disposición derogatoria sexta del Código Orgánico General de Procesos. Sin embargo, es importante tener en cuenta que, por un lado, la disposición transitoria primera de dicho código dispuso la ultractividad de los artículos referidos; y por otro, en algunos casos, el contenido de estos ha sido reproducido en varias disposiciones del Código Orgánico General de Procesos, por lo tanto se ajustan al supuesto descrito en el artículo 76 numeral 9 literal a de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional relativo a la unidad normativa. Por tanto, en función de los principios de ultractividad y unidad normativa, corresponde a este Organismo pronunciarse sobre la constitucionalidad de estos artículos impugnados, aunque estén derogados.

El artículo 33 de la Ley Reformativa al Título V del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, prohibía la acumulación de causas y la reconvención en materia de alimentos, patria potestad y tenencia. El artículo 154 del COGEP reproduce parte del contenido de esa disposición y también prohíbe la reconvención en materia de alimentos.

Por su parte, el artículo 34 de la misma ley, establecía el contenido y presentación de la demanda de alimentos, cuestión que ha sido recogida por varias normas del Código Orgánico General de Procesos –artículos 10 numeral 10 y 332 numeral 3–, que regulan de la misma forma el lugar donde se debe presentar la demanda y su contenido, respectivamente.





El artículo 35 de la Ley Reformatoria establecía reglas para la calificación de la demanda y la citación. Al respecto, el Código Orgánico General de Procesos recoge la disposición relativa a la calificación de la demanda, en el artículo 146, no así con lo relativo a la citación, para lo cual establece reglas generales para todos los procesos, que no coinciden con las señaladas en el artículo 35 de la Ley Reformatoria.

En lo referente a los mecanismos conferidos por el legislador a la o las autoridades jurisdiccionales para garantizar el cumplimiento de la obligación, los cuales serán abordados con mayor profundidad en párrafos posteriores, se tiene por ejemplo que el artículo 26 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, otorga al juez la posibilidad de decretar cualquier medida de apremio real establecida en el Código de Procedimiento Civil para asegurar el pago de las pensiones alimenticias.

Así también, este Organismo observa que el artículo 28 de la norma ibidem, prohíbe al progenitor que adeuda pensiones alimenticias, solicitar la patria potestad, no obstante, le permite ejercer el derecho de visitas.

Ahora bien, previo a continuar con el análisis correspondiente, esta Corte Constitucional estima pertinente hacer una aclaración respecto a la alegación formulada por el accionante Marcel Ramírez Rhor, respecto de que los artículos cuya constitucionalidad se cuestiona vulneran el derecho al debido proceso y a la defensa, prescritos en el artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador.

Del análisis de la disposición constitucional, esta Corte advierte que el derecho presuntamente vulnerado no guarda relación con la materia de la demanda, esto es el derecho a alimentos, pues el artículo 77 de la Constitución de la República establece las garantías básicas que se deben asegurar en un proceso penal en el que se hubiera privado de la libertad a una persona.

Así también, es el criterio de este Organismo que el proceso de alimentos y el proceso penal, no pueden ser concebidos como similares bajo ninguna circunstancia. El proceso de alimentos tiene por objeto garantizar el derecho a la vida digna y al desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes, en mérito del principio de su interés superior. El proceso penal, en cambio, deviene de la aplicación del poder punitivo del Estado, en función del cual, está legitimado a imponer una sanción a aquellas personas consideradas responsables de cometer una infracción penal, esto

es, ajustar su conducta a una acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible.

Resulta claro entonces que el fin y el contexto dentro del cual tienen lugar tanto el proceso de alimentos como el proceso penal son esencialmente diferentes, por lo que es un error concebirlos como asimilables.

En función de las consideraciones anteriores y en atención al principio *iura novit curia*, establecido en el artículo 4 numeral 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁸, corresponde a este Organismo emitir un pronunciamiento respecto de los artículos cuya constitucionalidad se cuestiona, a la luz del derecho al debido proceso en la garantía de defensa, establecido en el artículo 76 numeral 7 de la Constitución de la República, toda vez que conforme lo expuesto en párrafos precedentes, la alegación de vulneración del artículo 77 *ibidem*, no resulta pertinente por la materia que este regula.

El derecho al debido proceso regulado en el artículo 76 de la Constitución de la República se rige y se materializa por un conjunto de garantías básicas encaminadas a asegurar un proceso justo, equitativo e imparcial. En ese sentido, esta Corte ha señalado que el debido proceso:

Conlleva un mínimo de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un procedimiento y asegurar condiciones mínimas para la defensa, constituyendo además una concreta disposición desde el ingreso al proceso y durante el transcurso de toda la instancia, para concluir con una decisión adecuadamente motivada que encuentre concreción en la ejecución de lo dispuesto por los jueces¹⁹ ...

Una de las garantías del debido proceso es el derecho a la defensa, el cual:

Constituye uno de los pilares indispensables del debido proceso y se define como el principio jurídico procesal o sustantivo mediante el cual, toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas para asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, el mismo que incluye la oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez²⁰.

¹⁸ El numeral 4 del artículo 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece: Artículo 4.- Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales (...): 13. *iura novit curia*.- La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional.

¹⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 219-15-SEP-CC, caso N.º 1286-14-EP.

²⁰ *Ibidem*.



Precisamente, el derecho a la defensa implica una serie de supuestos orientados a garantizar que en la determinación de derechos u obligaciones de las personas, las autoridades que ejercen el poder público actúen con equidad y justicia.

Conforme se expuso anteriormente, los artículos impugnados de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y del Código Orgánico General de Procesos tienen por objeto establecer cuestiones adjetivas relacionadas con el derecho a alimentos –determinación de la obligación–.

Dado que la pensión alimenticia constituye un presupuesto fundamental para el cumplimiento del derecho a la vida digna y al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, y en mérito a su interés superior, el legislador ha previsto una serie de regulaciones orientadas a permitir que el demandante cuente con la prestación lo antes posible, es decir, a partir de la presentación de la demanda, que constan conforme lo expuesto, en los artículos 8, 9 y 10 de la Ley Reformatoria.

En este contexto, esta Corte Constitucional considera oportuno señalar que el derecho a alimentos es consustancial a la relación parento-filial, y como tal se lo debe satisfacer desde el nacimiento de la hija o hijo, razón por la cual, la previsión normativa propuesta por el legislador no es lesiva, en tanto no toma en cuenta el tiempo que ha pasado desde el nacimiento del hijo o hija hasta la presentación de la demanda, no obstante de la existencia de la obligación. En cambio, garantiza que una vez cumplido con el requerimiento de presentación de la demanda, por la urgencia y prioridad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se cuente con los recursos suficientes que les permitan satisfacer sus necesidades.

Además, es importante tener en cuenta que se trata de una pensión provisional que puede ser contradicha por la o el demandado, en el momento procesal oportuno. Para ello, en los artículos 34 y 35 de la Ley Reformatoria, y 10, 146 y 332 del Código Orgánico General de Procesos, se han establecido los requisitos que debe cumplir la demanda, cómo debe ser calificada por el juez, en qué momento se debe convocar a audiencia y como se debe realizar la citación a la o el demandado.

Con lo anterior se está garantizando, precisamente, que la o el demandado pueda ser escuchado en el momento oportuno, que tenga acceso a los documentos y actuaciones dentro del proceso, que presente las razones, argumentos, y pruebas de las que se crea asistido, y contradiga los de la otra parte. Es decir, en las reglas adjetivas se identifican momentos procesales que garantizan adecuadamente el derecho a la defensa.

Finalmente, en lo referente a las prescripciones normativas relacionadas con la garantía de cumplimiento de la obligación de prestación de alimentos, se tiene que los artículos 26, 28, 29, 30 y 33 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia; así como en el último inciso del artículo 154 del Código Orgánico General de Procesos establecen ciertas particularidades aplicables a los procesos de alimentos.

Así, junto con lo expuesto en párrafos precedentes, el artículo 26 mediante reenvío normativo, faculta al juez a imponer cualquiera de las medidas establecidas en el Código de Procedimiento Civil para asegurar el pago de la correspondiente pensión alimenticia sobre los obligados, sean principales o subsidiarios.

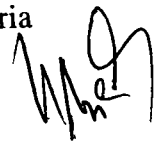
Al respecto, cabe una aclaración sobre la vigencia del Código de Procedimiento Civil. La disposición derogatoria primera del Código Orgánico General de Procesos derogó el Código de Procedimiento Civil; sin embargo, las reglas que contenía se encuentran establecidas en la norma que contiene tal derogatoria. Por lo tanto, las medidas a las que se refiere el artículo 26 de la Ley Reformatoria, deben ser entendidas como aquellas establecidas en el Código Orgánico General de Procesos, y demás normativa pertinente, atendiendo a lo señalado en el artículo 135 de dicha norma, que establece:

Artículo. 135.- Facultades de la o del juzgador. La o el juzgador podrá aplicar como apremio cualquier medida que estime conducente al cumplimiento de una resolución judicial, siempre que a ello haya antecedido la correspondiente prevención legal.

La o el juzgador, puede ordenar la aplicación de un apremio personal cuando la ley expresamente lo autorice. En los demás casos impondrá sanciones pecuniarias de acuerdo a lo previsto en el Código Orgánico de la Función Judicial.

A partir del contenido de los dos artículos transcritos se colige que, actualmente, la autoridad jurisdiccional tiene amplias potestades para definir las medidas de apremio real que se deben adoptar para garantizar, entre otras obligaciones, el pago de las pensiones alimenticias. Es decir, el juez puede aplicar cualquier medida que recaiga sobre el patrimonio del obligado (secuestro, retención, prohibición de enajenar, entre otras) con el fin de generar una presión suficiente para el pago de lo adeudado por derecho de alimentos.

Por otro lado, y en armonía con lo determinado en párrafos precedentes, el artículo 28 limita la posibilidad del deudor de pensiones alimenticias de solicitar la patria potestad, no obstante, ello no limita el ejercicio del derecho de visitas.





En tal virtud, los artículos 26, 28 de la Ley Reformatoria están orientados a establecer medidas que se pueden aplicar como consecuencia del incumplimiento de la obligación del prestador de alimentos. Ello en virtud del principio de trato prioritario de niños, niñas y adolescentes, pues, se limita el ejercicio de los derechos de los alimentantes –derecho a la propiedad y la patria potestad– en aras de garantizar los derechos a la vida digna y desarrollo integral de los hijos e hijas.

Ahora bien, cabe recalcar que las medidas establecidas en los artículos 26 y 28, son aplicables luego que se ha determinado judicialmente la existencia de la obligación a la prestación de alimentos. Es decir, se ha instaurado un proceso que ha culminado con la determinación de la responsabilidad del alimentante respecto del alimentado. Proceso que conforme se expuso oportunamente, observa las garantías del derecho a la defensa.

En cuanto a los artículos 29, 30 y 33 de la Ley Reformatoria y 154 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) se desprende que se trata de ciertas particularidades aplicables a los procesos de alimentos o relacionados con este. Así, el artículo 29 dispone la aplicación obligatoria del procedimiento establecido en dicha ley en todos los juicios en los que se pueda tratar la prestación de alimentos.

El artículo 30 otorga a la obligación de alimentos la categoría de privilegiada, y finalmente el artículo 33 de la Ley Reformatoria prohíbe la reconvención y cualquier otro incidente que retarde la tramitación del proceso. El artículo 154 del COGEP igualmente, prohíbe la reconvención en materia de alimentos.

Todas estas normas están orientadas a garantizar un procedimiento eficaz para la determinación de la prestación de alimentos, así como para su pago. Ello, en virtud que la misma constituye el presupuesto para el ejercicio de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.

Además, dichas reglas no vulneran el derecho a la defensa, pues no limitan de ninguna manera las garantías procesales que lo componen, es decir no privan a la o el demandado de la posibilidad de contar con el tiempo para preparar su defensa, contar con un abogado, ser escuchado oportunamente o de presentar los argumentos o pruebas que considere pertinentes.

Por las consideraciones expuestas, es el criterio de esta Corte, que las normas contenidas en los artículos 8, 9, 10, 26, 28, 29, 30, 33, 34 y 35 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia,

y los artículos 10 numeral 10, 146 inciso tercero, 154 inciso final y 332 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos, no vulneran el derecho a la defensa, consagrado en el artículo 76 numeral 7 de la Constitución de la República.

3. Las normas contenidas en los artículos 24, 25 y 27 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, ¿vulneran el derecho a la libertad de tránsito consagrado en el artículo 66 numeral 14 de la Constitución de la República?

De la revisión de las demandas formuladas, se ha identificado que uno de los accionantes, el señor Ramírez Rhor, considera que los artículos 24, 25 y 27 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia vulneran el derecho al debido proceso y la defensa, establecido en el artículo 76 de la Constitución de la República. Sin embargo, no alega las razones por las cuales existiría tal vulneración.


A partir de la lectura de los artículos invocados, esta Corte advierte que su objetivo es regular la medida de apremio personal de prohibición de salida del país a los obligados subsidiarios y principales, como mecanismo para garantizar el pago de la prestación alimenticia de niños, niñas y adolescentes.

Por lo tanto, no se identifica una relación directa entre la medida de apremio y una posible vulneración al derecho a la defensa. En su lugar, este Organismo considera que, dado que la medida de apremio personal impacta en la posibilidad de salir y entrar libremente del país, por su naturaleza, estaría relacionada directamente con el derecho de libertad de tránsito recogido en el artículo 66 numeral 14 de la Constitución de la República que dispone:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente

En función de lo expuesto, y en aplicación del principio *iura novit curia*, este Organismo procederá a determinar si con la medida de apremio personal de prohibición de salida del país se vulnera o no el derecho transcrito.





Ahora bien, antes de iniciar con el análisis, este Organismo considera pertinente realizar una puntualización sobre la vigencia del artículo 27 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Conforme se expuso oportunamente, este artículo fue derogado por el segundo inciso de la disposición derogatoria sexta del Código Orgánico General de Procesos. Sin embargo, en virtud del control constitucional de normas derogadas, de la ultractividad de los efectos de la norma prevista en la disposición transitoria primera de dicho código y considerando que el artículo 138²¹ del mismo código, guarda unidad normativa con el artículo impugnado, por cuanto recoge su contenido²², se procederá a realizar el análisis de constitucionalidad del artículo 27 de la Ley Reformatoria y 138 del COGEP.

Para resolver el problema de antinomias que se ha suscitado entre los derechos a la vida digna y desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes y el derecho a la libertad de tránsito de los alimentantes, esta Corte considera que se debe partir por considerar el principio de trato prioritario de los derechos de niños, niñas y adolescentes establecido en el artículo 44 de la Constitución de la República, en virtud del cual sus derechos prevalecen sobre los de las demás personas.

No obstante, ello no implica que esa ponderación se la deba realizar en abstracto, es decir, no se trata de un supuesto de jerarquización infundada de los derechos. Lo que pretende el principio de trato prioritario es que, al contrastar los derechos en conflicto, se considere la situación particular de vida y madurez de los niños, niñas y adolescentes. Lo cual no excluye la consideración de otros elementos que permitan obtener una solución lo menos lesiva posible a los derechos en colisión.

En el caso en análisis, se advierte que la medida de apremio personal de prohibición de salida del país tiene por objeto garantizar el derecho a la vida digna y desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes. Para ello, en la norma infraconstitucional se establece la posibilidad de limitar el derecho de la libertad de tránsito del obligado a la prestación de alimentos. Es aquí precisamente donde se produce la colisión de los

²¹ El artículo 138 del Código Orgánico General de Procesos señala: Art. 138.- Cesación de los apremios. La prohibición de salida del país y el apremio personal a los que se refieren los artículos anteriores podrán cesar si la o el obligado rinde garantía real o personal estimada suficiente por la o el juzgador. En el caso de garantía personal, el garante o fiador estará sujeto a las mismas responsabilidades y podrá ser sometido a los mismos apremios que la o el deudor principal. Los demás apremios e inhabilidades sólo cesarán con la totalidad del pago adeudado y sus respectivos intereses, en efectivo o mediante cheque certificado.

²² El artículo 138 del Código Orgánico General de Procesos señala: Artículo 138.- Cesación de los apremios. La prohibición de salida del país y el apremio personal a los que se refieren los artículos anteriores podrán cesar si la o el obligado rinde garantía real o personal estimada suficiente por la o el juzgador. En el caso de garantía personal, el garante o fiador estará sujeto a las mismas responsabilidades y podrá ser sometido a los mismos apremios que la o el deudor principal. Los demás apremios e inhabilidades sólo cesarán con la totalidad del pago adeudado y sus respectivos intereses, en efectivo o mediante cheque certificado.

derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a los de los obligados principales y subsidiarios a la prestación.

Es el criterio de esta Corte que para resolver la antinomia descrita, no es posible aplicar los métodos tradicionales como especialidad, jerarquía o temporalidad de la norma, ya que se trata de dos normas que regulan temas distintos, que gozan de igual jerarquía y que fueron promulgadas al mismo tiempo. Por lo tanto, el método que mejor se adecúa al caso concreto es el principio de proporcionalidad regulado en el artículo 3 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece:

2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

El principio transcrito implica un análisis de tres elementos a saber: que sea idóneo, necesario y proporcional. Ahora bien, previo a realizar el examen es necesario verificar la finalidad de la medida. Así, el apremio es una institución jurídica conducente a garantizar la observancia de una resolución judicial. Se trata de una disposición obligatoria emitida por una autoridad judicial, con el fin que las personas hagan o se abstengan de hacer algo resuelto por el juez.

Ahora bien, conforme lo establecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, las medidas de apremio pueden ser de dos clases: reales, cuando recaen sobre el patrimonio del obligado, o personales, cuando recaen directamente sobre la persona que incumple la disposición del juzgador²³.

Conforme se señaló oportunamente, en los artículos en estudio se trata de una medida de apremio personal que consiste en la prohibición de salida del país para los obligados principales y subsidiarios a prestar alimentos.

Tal medida pretende garantizar el derecho a la vida digna y al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, en aplicación del principio de su interés superior.

²³ Al respecto, el inciso final del artículo 134 del Código Orgánico General de Procesos señala: "El apremio es personal cuando la medida coercitiva recae sobre la persona y es real cuando recae sobre su patrimonio".



Precisamente, lo que se busca con la aplicación de la medida de apremio personal, es generar una presión sobre la voluntad del obligado para garantizar que el niño, niña o adolescente, cuente con recursos suficientes que le permitan un proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y sus capacidades.

Las consideraciones expuestas permiten concluir que, al garantizar el derecho a la vida digna y desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes, la medida persigue un fin constitucionalmente válido.

Idoneidad

Según lo manifestado por Alexy: “el principio de idoneidad excluye la aplicación de medios que, como mínimo, perjudiquen la realización de un principio sin favorecer al menos uno de los principios u objetivos a cuya consecución deben servir”²⁴.

La prohibición de salida del país consiste en una limitación del ejercicio del derecho a la libertad de tránsito, en tanto, aunque la persona se puede movilizar sin restricciones por el territorio del país, le impide abandonar dicho territorio, aun cuando cumpla con los requisitos migratorios para hacerlo.

La aplicación de la medida de apremio personal de prohibición de salida del país se da cuando el responsable de la prestación de alimentos ha omitido su pago. Es decir, lo que se busca es generar influencia en la voluntad del obligado principal o subsidiario para que cancele la pensión alimenticia lo antes posible, pues, de ello depende la satisfacción de las necesidades básicas de niños, niñas y adolescentes:

Al tratarse de una medida que limita la libertad ambulatoria de la persona, ésta se verá conminada al pago de lo adeudado, caso contrario perderá la posibilidad de elegir libremente cuando ingresar o salir del país. Es el criterio de esta Corte que dado el nivel de presión que se impone en el obligado, este se verá forzado a cancelar la prestación debida lo antes posible.

Por lo tanto, al tratarse de un mecanismo que permite obtener el pago de la pensión de alimentos, la medida de apremio personal cumple con el fin que se persigue, esto es garantizar el derecho a la vida digna y desarrollo integral de los hijos e hijas.

²⁴ Robert Alexy, “Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El Cánón Neoconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 17.

Necesidad

La Corte Constitucional, al analizar el parámetro de necesidad, ha establecido que “una norma solamente podrá superar el examen de necesidad si se comprueba que no existe otra medida que, siendo también idónea, sea menos lesiva para los derechos de las personas...”²⁵.

Para determinar si la prohibición de salida del país, es de todas las medidas idóneas, la más adecuada para cumplir el fin que se persigue con ello, es necesario referirse a otras que el ordenamiento jurídico ha establecido para garantizar el pago de la pensión alimenticia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, analizado oportunamente, existen otro tipo de medidas de apremio que se pueden aplicar para garantizar la prestación de alimentos, esto es, medidas de apremio real.

En efecto, la autoridad jurisdiccional tiene amplias potestades para definir las medidas de apremio real que se deben adoptar para garantizar, entre otras obligaciones, el pago de las pensiones alimenticias. Es decir, el juez puede aplicar cualquier medida que recaiga sobre el patrimonio del obligado con el fin de generar una presión suficiente para el pago de lo adeudado por derecho de alimentos.

Si bien las medidas de apremio real constituyen mecanismos adecuados para garantizar el pago de pensiones alimenticias, no es menos cierto que, dependiendo del caso concreto, existen ocasiones en las que la afectación al patrimonio del alimentante no genera el impacto suficiente o no es aplicable para cobrar la deuda de alimentos.

En efecto, puede darse el caso que el obligado no posea un patrimonio respecto del cual se pueda aplicar el apremio real, o que, existiendo patrimonio, su valor no alcance a cubrir por sí solo lo adeudado, o que la cantidad que se deba constituya un porcentaje ínfimo respecto del valor del bien.

En todos estos casos, la aplicación de las medidas de apremio real no sería la más adecuada, pues, no permitiría obtener los recursos necesarios para satisfacer las necesidades fundamentales de niños, niñas y adolescentes, poniendo en riesgo su

²⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 003-14-SIN-CC, caso N.º 0014-13-IN y acumulados N.º 0023-13-IN y N.º 0028-13-IN.





derecho a la vida digna y a su desarrollo integral.

Precisamente, lo que está en riesgo cuando se omite el pago de pensiones alimenticias es la vulneración de los derechos de niños, niñas o adolescentes, por lo tanto, es necesario que las autoridades judiciales cuenten con todas las medidas de apremio posibles, para aplicar la que se adecúe de mejor forma a la situación concreta.

En ese sentido, es el criterio de la Corte Constitucional que la medida de apremio personal de prohibición de salida del país es necesaria en tanto permite generar una medida de presión adecuada para todos aquellos casos en los que no sea posible aplicar otra medida, dadas las circunstancias.

Proporcionalidad en sentido estricto

Finalmente, una vez que la norma cuestionada ha sido sometida al examen de idoneidad y de necesidad, corresponde examinar si la medida es proporcional en estricto sentido. Dicho principio, de conformidad con el artículo 3 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se concreta en la existencia de un equilibrio entre la protección y restricción constitucional.

De conformidad con la norma infraconstitucional demandada, la medida de apremio personal de prohibición de salida del país es aplicable de la misma forma para obligados principales como subsidiarios. No obstante, es necesario considerar que ambos obligados no tienen el mismo grado de responsabilidad respecto de los niños, niñas y adolescentes titulares del derecho.

En efecto, el derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial, es decir aquella que se genera entre padres e hijos. Por lo tanto, a partir del momento en que los padres y madres ostentan tal calidad, por nacimiento o cualquier otro vínculo jurídico, están obligados de forma prácticamente automática, a la satisfacción de las necesidades de sus hijos e hijas.

Dicha satisfacción puede tener lugar a través de la dotación de recursos de manera voluntaria o directa, o mediante la fijación, por la vía pertinente, de una pensión alimenticia. En cualquier caso, lo que se pretende es garantizar la existencia de recursos económicos que permitan asegurar una vida digna y desarrollo integral de los alimentantes.

Sin embargo, cuando no se pueda contar con los padres o madres, los llamados a cubrir esas necesidades son los demás miembros de la familia, en aplicación del principio de corresponsabilidad de la familia y del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Corte considera necesario analizar si la aplicación de la medida de apremio personal respecto a la prohibición de salida del país, se constituye en un medio proporcional para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Ello, por cuanto, al tratarse de obligados subsidiarios, no son quienes deben asumir la responsabilidad de prestación de alimentos de manera inmediata; sino que, en ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad del progenitor, se ven obligados al pago en aras de garantizar el derecho del alimentado.

En función de lo anterior, este Organismo estima que la medida de apremio personal de prohibición de salida del país debe tener una aplicación diferenciada cuando se trata de obligados subsidiarios o principales.


Sobre estos últimos, la Corte Constitucional considera que la medida de apremio personal de prohibición de salida del país guarda equilibrio con la afectación al derecho a la libertad de tránsito, por cuanto, lo que se busca es precisamente, generar una presión en su voluntad que lleve a la satisfacción del derecho de alimentos.

Por tanto, si bien se limita la libertad ambulatoria del padre o madre, con ello se garantiza la obtención de recursos para el cuidado de sus hijos e hijas, por lo que es legítimo que se apliquen las medidas necesarias para ello.

No ocurre lo mismo con los obligados subsidiarios, pues ellos no son los llamados directos a atender las necesidades de los hijos e hijas de sus familiares, por lo tanto, las medidas de apremio que se les apliquen deben afectarles lo justo para garantizar la satisfacción del derecho.

En efecto, si bien no es inconstitucional que los obligados subsidiarios asuman la obligación de satisfacer los alimentos, sí son inconstitucionales aquellas medidas encaminadas a limitar la libertad ambulatoria de éstos, pues existen medidas menos gravosas que pueden perseguir el mismo objetivo.

En ese sentido, es el criterio de esta Corte que, en tanto obligados subsidiarios, al aplicarles la medida de apremio personal que se demanda, la afectación al derecho a





la libertad de tránsito es mayor que el beneficio que se obtiene, esto es, la prestación de alimentos, considerando que los responsables subsidiarios solo asumen tal calidad cuando el obligado principal no ha cumplido, y son requeridos para el pago mediante una demanda. Por lo que existen mejores mecanismos, como las medidas de apremio real, para lograr el fin que se persigue, el cual se consigue con menos lesión a los derechos limitados con la aplicación de la medida de apremio personal.

Por las consideraciones expuestas, este Organismo verifica que, en vista de no cumplir con todos los parámetros propios del test de proporcionalidad, la medida de apremio personal de prohibición de salida del país sobre los obligados subsidiarios, es inconstitucional.

En virtud del análisis realizado, esta Corte con el fin de determinar la medida más adecuada para asegurar la efectiva vigencia de la Constitución, considera oportuno referirse a los principios que rigen el control abstracto de constitucionalidad y que son aplicables al problema jurídico en análisis.

Así, dentro de los principios recogidos en el artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se encuentran los de permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico, interpretación conforme y de declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso.

El primero está establecido en el numeral 4 en los siguientes términos:

4. Permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico.- El examen de constitucionalidad debe estar orientado a permitir la permanencia de las disposiciones en el ordenamiento jurídico.

En relación con el segundo, el numeral 5 del artículo referido señala:

5. Interpretación conforme.- Cuando exista una interpretación de la disposición jurídica que sea compatible con las normas constitucionales, no se declarará la inconstitucionalidad y en su lugar se fijará la interpretación obligatoria compatible con aquella. De igual modo, cuando una parte de una disposición jurídica la torne en su integridad inconstitucional, no se declarará la inconstitucionalidad de toda ella, sino que se invalidará la parte inconstitucional y dejará vigente la disposición así reformada.

En cuanto al segundo principio, este se encuentra en el numeral 6 del mismo artículo, que dispone:

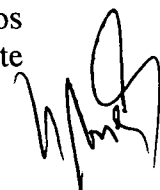
6. Declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso.- Se declarará la inconstitucionalidad de las disposiciones jurídicas cuando exista una contradicción normativa, y por vía interpretativa no sea posible la adecuación al ordenamiento constitucional.

De la transcripción realizada se desprende que, este Organismo, al realizar el control de constitucionalidad de una norma, debe procurar mantenerla dentro del ordenamiento jurídico y en consecuencia, considerar su expulsión únicamente cuando no existan otras vías que permitan mantener vigente la disposición, sin afectar el contenido de la Norma Suprema. Así, la declaratoria de inconstitucionalidad de la integralidad de la norma debe ser entendida como una medida de última *ratio*.

Precisamente, a partir de estas consideraciones, y una vez examinado el contenido de las normas demandadas, esta Corte estima que para el caso de los artículos 24, 25 y 27 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia, es perfectamente aplicable el principio contenido en el numeral 5 del artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Así, en relación con el artículo 24, este Organismo verifica que se estaría ante el supuesto contemplado en la parte final del numeral 5 del artículo 76 de la ley referida, pues, dado que la aplicación de la medida de apremio personal de salida del país es considerada inconstitucional en tanto se aplique a los obligados subsidiarios, es pertinente sustraer la parte inconstitucional y dejar vigente la disposición así reformada.

En función de las consideraciones previas, esta Corte Constitucional, en calidad de máximo órgano de interpretación constitucional y de administración de la justicia en esta materia, y por tanto, competente para establecer la interpretación jurídica final de la Constitución, con carácter vinculante y, en función de lo establecido en los artículos 429 y 436 numerales 1 y 2 de la Constitución de la República y, en virtud del artículo 76 numerales 5 y 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, declara la inconstitucionalidad de la frase “la prohibición de salida del país” del artículo 24 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Consecuentemente, el texto de la norma quedará de la siguiente manera: “Artículo 24.- Otras medidas cautelares a los obligados subsidiarios.- Las demás medidas cautelares reales previstas en la presente





ley, se impondrán a los obligados subsidiarios siempre que hayan sido legalmente citados con la demanda y bajo prevenciones de ley”.

En relación con los artículos 25 y 27 impugnados, es el criterio de este Organismo que se estaría ante el supuesto descrito en la parte inicial del numeral 5 del artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por cuanto es factible establecer una interpretación obligatoria de ambas disposiciones que guarde armonía con la Constitución y, por lo tanto, permita mantener a las normas demandadas en el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, en virtud de su calidad de órgano de cierre en materia de interpretación constitucional²⁶ y con el fin de asegurar la coherencia y consistencia en la aplicación de los mandatos constitucionales por parte de todos los operadores de justicia, la Corte Constitucional, en base a las consideraciones expuestas en este problema jurídico y en atención a lo establecido en el artículo 436 numerales 1 y 2 de la Constitución de la República y en virtud del artículo 76 numerales 5 y 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, declara la constitucionalidad condicionada del artículo 25 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el Registro Oficial Suplemento N.º 643 del 28 de julio de 2009, por lo que se entenderá constitucional siempre y cuando se interprete de la siguiente manera: “Que la prohibición de salida del país, como medida de apremio personal se dispondrá únicamente respecto de los obligados directos a satisfacer el derecho a alimentos”.

En el mismo sentido, se declara la constitucionalidad condicionada del artículo 27 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el suplemento del Registro Oficial N.º 643 del 28 de julio de 2009, sustituida por el artículo 138 de Código Orgánico General de Procesos, publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 506 del 22 de mayo de 2015, por lo que se entenderá constitucional siempre y cuando se interprete de la siguiente manera: “Que la cesación de la prohibición de salida del país y de la privación de libertad, como medidas de apremio personal, se dispondrá únicamente respecto de los obligados directos a satisfacer el derecho a alimentos, por cuanto son los únicos a los que se puede imponer medidas de apremio personal”.

²⁶ Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, sentencia N.º 045-11-SEP-CC, caso N.º 0385-11EP del 24 noviembre del 2011.

4. Las normas contenidas en el artículo 23 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia y el primer inciso del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, ¿vulneran el derecho a la libertad consagrado en el artículo 66 numeral 29 literal c de la Constitución de la República?

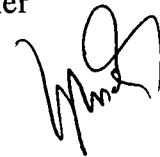
Tanto el artículo 23 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia como el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos tienen por objeto la regulación de la medida de apremio personal de privación de libertad, respecto de los sujetos principales y subsidiarios, obligados a la satisfacción del derecho de alimentos de niñas, niños y adolescentes; sin embargo, es necesario recalcar que el último inciso del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos establece la prohibición expresa respecto al apremio personal en contra de las y los obligados subsidiarios, lo cual guarda coherencia con la disposición derogatoria sexta ibidem, que entre otros artículos, deroga el artículo 23 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que es objeto del presente examen de constitucionalidad.

Conforme se ha expuesto oportunamente, el derecho de alimentos guarda estrecha relación con el derecho a una vida digna y al desarrollo integral. Por esta razón, cualquier medida orientada a garantizar la prestación de alimentos está, a su vez, coadyuvando al cumplimiento efectivo de los derechos de niños, niñas y adolescentes, lo cual cobra especial relevancia por su calidad de "... sujetos plenos de todos los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, pero a la vez, como individuos en pleno desarrollo de su personalidad y la capacidad para procurarse del sustento por ellos mismos"²⁷.

En ese contexto, para garantizar el efectivo cumplimiento del derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, en relación con el derecho a una vida digna y a su desarrollo integral, tanto en la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, como en el Código Orgánico General de Procesos, el legislador estableció una serie de medidas orientadas a garantizar el cumplimiento de la prestación de alimentos a favor de las niñas, niños y adolescentes.

Respecto a la medida de apremio personal en contra de los obligados principales, de la lectura de una de las demandas se desprende que a criterio del accionante Javier

²⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 048-13-SCN-CC.





Renán Donoso Saldarriaga, la forma en la que está regulada la medida en el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos adolece de inconstitucionalidad, ya que vulnera las siguientes disposiciones constitucionales: derecho al trabajo (artículos 33 y 325); derecho al desarrollo integral y principio de interés superior del niño (artículo 44); derechos comunes y específicos de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (artículo 45); derecho a desarrollar actividades económicas (artículo 66 numeral 15); la promoción de la maternidad y paternidad responsables y la protección del Estado para ello (numerales 1 y 4 del artículo 69) y derecho al debido proceso en la garantía de la proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones (artículo 76 numeral 6).

En dicho contexto se puede colegir que las alegaciones del actor en la demanda versan sobre la presunta incompatibilidad constitucional del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos principalmente con el derecho a la libertad personal, a partir del cual, por su relación de interdependencia, afectaría los derechos descritos en el párrafo anterior.

En efecto, el legitimado activo manifiesta que:

... [e]n su aplicación, se ha colegido que el apremio personal por el incumplimiento de pensiones alimenticias, no ha logrado convenientemente su fin, que es la satisfacción del derecho de alimentos de la niña, niño o adolescente, puesto que el progenitor al ser privado de la libertad, está impedido de generar los recursos suficientes que le permitan cubrir sus obligaciones, dado que no puede ejercer el derecho al trabajo y como consecuencia acceder a un estipendio económico que le permita cumplir con sus obligaciones alimenticias, lo que limitaría el ejercicio de otros derechos...

Asimismo, señala el accionante que "... como está regulada la figura del apremio, no hace esa distinción entre el progenitor que por su situación laboral y económica, no puede pagar las pensiones alimenticias y el progenitor que haciendo uso de artificios y medios maliciosos, como: renunciar al trabajo, traspaso de bienes muebles e inmuebles, venta de acciones, entre otros, intenta burlar el cumplimiento de su obligación...".

De lo expuesto, es el criterio de esta Corte, que con la aplicación de la privación de libertad se estaría ante una probable colisión de derechos constitucionales, entre el derecho a una vida digna de los niños, niñas y adolescentes, y de su desarrollo integral, y el derecho a la libertad personal del obligado u obligada a la prestación de alimentos, cuya afectación restringiría el goce de otros derechos.

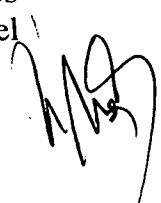
Así corresponde a esta Corte determinar si dicha colisión de derechos constitucionales efectivamente existe y si las medidas contenidas en el artículo 23 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, así como en el 137 del Código Orgánico General de Procesos son desproporcionadas y por lo tanto, lesivas para el ejercicio de los derechos constitucionales; para el efecto, se utilizará el principio de proporcionalidad establecido en el numeral 2 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional citado oportunamente.

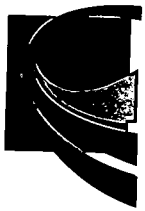
Por tanto corresponde verificar si la medida de apremio personal de privación de libertad es idónea, necesaria y proporcional. De igual manera que en el problema jurídico anterior, previo a realizar el análisis es necesario identificar la finalidad de la medida objeto de análisis.

Prima facie, el apremio personal por el incumplimiento de pensiones alimenticias constituye una medida coercitiva que tiene por objeto incentivar al obligado el pago de la prestación de alimentos correspondiente.

Desde la perspectiva del derecho de alimentos, la privación de libertad tiene sustento en la imposición de una medida coercitiva que ejerza presión en la voluntad del obligado, para garantizar el cumplimiento del derecho a la vida digna y desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes.

En la especie, se observa que la medida respecto de la cual se plantea la inconstitucionalidad es una medida de apremio personal que implica la privación de libertad del obligado principal o subsidiario, ante el incumplimiento de la prestación de alimentos durante dos o más ocasiones; no obstante, en el caso de los obligados subsidiarios, debemos hacer varias consideraciones respecto de la aplicación del derogado artículo 23 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, ya que la disposición transitoria primera del Código Orgánico General de Procesos prescribe que: "Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio..."; sin embargo, como se dejó anotado anteriormente, el último inciso del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos establece textualmente, lo siguiente: "No cabe apremio personal en contra de las o los obligados subsidiarios", lo cual es concordante con la disposición derogatoria sexta *ibidem* que entre otros artículos, deroga el artículo 23 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.





En cuanto a los obligados principales, de la lectura del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, se desprende que en este caso, únicamente se requiere la constatación del incumplimiento de la obligación, por dos o más ocasiones. El artículo demandado expresamente señala que “[e]n 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 (...) y la prohibición de salida del país”.

La medida de apremio personal de privación de libertad busca garantizar la prestación de alimentos; que, a su vez, sirve para satisfacer las necesidades básicas de niños, niñas y adolescentes, y permitir que tengan una vida digna y un desarrollo integral adecuado. Se trata pues de imponer una medida de presión que permita ejercer influencia en la voluntad del obligado, a efectos de que cumpla con la prestación lo antes posible.

En ese contexto, con el siguiente test de proporcionalidad, esta Corte verificará si el apremio personal de privación de libertad en la forma prevista en el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, garantiza o no la satisfacción del derecho a la vida digna de niñas, niños y adolescentes; no obstante, *prima facie* podemos advertir que sí persigue un fin constitucionalmente válido.

Idoneidad

En el caso concreto, corresponde establecer si la posibilidad de aplicar el apremio personal en contra de los obligados principales, cuando estos han incumplido con el pago de dos o más pensiones alimenticias, resulta adecuado para alcanzar el fin que se persigue con tal medida, esto es la satisfacción del derecho a la vida digna y al desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes.

De las diferentes medidas que se pueden aplicar para garantizar el pago del derecho de alimentos, la privación de la libertad física de una persona implica a primera vista un grado intenso de fuerza psicológica, que se aplica para influenciar en la voluntad del obligado, en consideración de la urgencia con la que se debe lograr tal satisfacción.

Sin embargo, vemos que esas otras medidas, como: la prohibición de salida del país o el apremio real sobre los bienes del obligado principal, no resultan suficientes, toda vez que el segundo inciso del artículo 134 del Código Orgánico General de

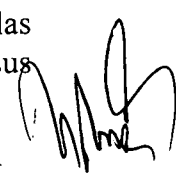
Procesos, que regula el régimen de apremio establece categóricamente, que: “Las medidas de apremio deben ser idóneas, necesarias y proporcionales”; sin embargo, ya en la aplicación del artículo 137, que es del apremio personal, podemos colegir que el juzgador no cuenta en la normativa vigente con ese margen de valoración de idoneidad, necesidad y proporcionalidad para disponer la medida de apremio personal, toda vez que los supuestos fácticos de la disposición normativa y sus consecuencias son restrictivas. En ese contexto, la norma solo permite al juzgador valorar el incumplimiento de dos o más pensiones alimenticias para disponer el apremio personal con privación de la libertad, sin que pueda considerar otros elementos.

El accionante en su demanda es claro en indicar los efectos negativos de la aplicación del apremio personal en la forma regulada en el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, en los siguientes términos: “Tal como está previsto el apremio en el primer inciso del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, no ha resultado eficaz, ya que la privación de libertad de los progenitores ha generado la pérdida de sus empleos o limitación para obtener los mismos; y, por consiguiente no se ha garantizado el derecho de alimentos de niñas, niños y adolescentes...”.

Respecto al argumento del accionante, se describen dos consecuencias de la privación de libertad del obligado, una es la pérdida del empleo y otra la limitación para obtener uno.

En cuanto al primer supuesto, que es si el obligado cuenta con un empleo, por las garantías constitucionales que sustentan el derecho al trabajo, se colige que percibe una remuneración por la prestación de sus servicios lícitos y personales.

En ese contexto, al momento de decidir el destino de sus recursos, se comprendería que el padre o madre obligada a la prestación de alimentos debe priorizar los recursos necesarios para garantizar la vida digna y desarrollo integral de sus hijos e hijas; más aún, si el obligado a pagar una prestación de alimentos omite la misma, al menos por dos ocasiones y cuenta con un empleo que le permite la generación de recursos; sin embargo, la norma no establece excepciones, cuando por ejemplo, la o el progenitor usa dichos recursos para dar tratamiento a una discapacidad o a una enfermedad catastrófica, grave o de alta complejidad que permiten su supervivencia, como es el caso del accionante, que a pesar de poseer un cáncer terminal fue privado de su libertad por haber incumplido el pago de las pensiones alimenticias, además de haberse visto obligado a interrumpir sus





**CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

Caso N.º 0026-10-IN, 0031-10-IN y 0052-16-IN, acumulados

Página 67 de 77

tratamientos médicos, lo cual puso en riesgo sus derechos a la salud, integridad y vida, así también puede darse el caso que dicho progenitor erogue dichos ingresos para solventar los gastos de otras cargas familiares que posean las enfermedades antes descritas, para otros hijos e hijas.

Por lo expuesto, esta Corte colige que existen casos como los señalados en el párrafo precedente en los cuales el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, no permite al juzgador dictar medidas idóneas, necesarias y proporcionales; considerando además, que en los casos relatados, la o el obligado principal pertenece a uno de los grupos de atención prioritaria previstos en el Capítulo III del Título II de nuestra Constitución de la República, cuyo tratamiento jurídico debe ser especial.

Por otro lado, en cuanto al segundo supuesto, esto es que la privación de libertad impide encontrar un empleo, esta Corte considerará que si bien es cierto existen límites establecidos expresamente en la ley para la aplicación del apremio personal, siendo para la primera vez de treinta días y en caso de reincidencia por sesenta días más y hasta por un máximo de ciento ochenta días (6 meses), la mentada regulación sí limita el encontrar un empleo que permita al progenitor pagar no solo las pensiones adeudadas que generaron el apremio personal, sino las demás que se acumulan durante la privación de la libertad con los respectivos intereses de ley, lo cual se constituye en un círculo vicioso que agrava más la situación, no logrando garantizar el derecho a la vida digna y desarrollo integral que se merece la niña, niño o adolescente; es así que el tercer inciso del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, dispone lo siguiente: "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".

Las consideraciones expuestas permiten concluir que la medida de apremio personal establecida en el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, no es idónea por cuanto no cumple los preceptos generales de aplicación del artículo 134 ibidem y tampoco garantiza de manera eficaz el derecho de alimentos de niñas, niños y adolescentes; así también, vulnera derechos constitucionales de los progenitores que se encuentran en las situaciones descritas en los párrafos precedentes.

Si bien es cierto, la regulación vigente no supera el principio de idoneidad, por lo que no cabría desarrollar el análisis de los principios de necesidad y proporcionalidad, es criterio de esta Corte el efectuarlo, a efectos de motivar la decisión que tomará sobre el caso que convoca este control de constitucionalidad.

Necesidad

En este punto corresponde determinar si la medida de apremio personal de privación de libertad es necesaria en la forma prevista en el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos.

A criterio del accionante, la medida de apremio personal no es necesaria por cuanto “... existen otras medidas para garantizar el derecho de alimentos de las niñas, niños y adolescentes, por el que el legislador no consideró estos aspectos y, por lo tanto, no cumple tampoco el apremio vigente con el principio de necesidad”.

Para determinar si la medida de apremio personal de privación de libertad es necesaria, se la debe analizar a la luz de las demás medidas de apremio que ha previsto la legislación para garantizar el pago de la pensión alimenticia.

Conforme se ha expuesto oportunamente, en la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y en el Código Orgánico General de Procesos, existen varias medidas de apremio que los administradores de justicia pueden aplicar para garantizar la prestación de alimentos. Así, se han establecido medidas de apremio de carácter real y la medida de apremio personal de prohibición de salida del país.

Estas medidas de apremio, tanto las que recaen sobre el patrimonio como las que se aplican sobre la persona, buscan el mismo fin; es decir, pretenden garantizar el derecho a la vida digna y protección integral de niñas, niños y adolescentes a través del pago de la prestación, sin embargo vemos que las mentadas medidas violentan el principio de igualdad y no discriminación previsto en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República, que entre otras situaciones, prohíbe la discriminación por razones socio-económicas, ya que el alimentante que posea patrimonio suficiente como bienes muebles e inmuebles y otros activos que garanticen el pago de la adeudado se le aplicará el apremio real y no el apremio personal, mientras que el alimentante de escasos recursos e ingresos económicos que no pueda garantizar el cumplimiento de la deuda con su patrimonio se le aplicará directamente la privación de la libertad, al ser la única medida aplicable; es decir, la norma favorece a los que poseen bienes y es gravosa para el que no los tiene. En dicho contexto, la regulación vigente sobre apremio no solo que no es idónea, sino que es lesiva de derechos al limitarlos.





Finalmente es preciso citar por parte de esta alta Corte los ejemplos de derecho comparado que el accionante ha citado en su demanda, los mismos que nos permiten vislumbrar otras alternativas menos gravosas o lesivas que el legislador no consideró al momento de regular el apremio en el Código Orgánico General de Procesos. Así tenemos que en Chile, el incumplimiento de las pensiones alimenticias es sancionado con apremio parcial nocturno por quince días²⁸; así también, en el caso boliviano, se dicta el apremio corporal cuando el juzgador tiene elementos de convicción sobre el alimentante respecto a la utilización de medios maliciosos para eludir su responsabilidad²⁹.

Sin perjuicio de esos ejemplos, es justo exponer otras alternativas al apremio por el incumplimiento de pensiones alimenticias propuestas por el ex Tribunal Constitucional en las sentencias Nros. 147-2007-HC, 161-2007-HC y 170-2007-HC publicadas en el suplemento del Registro Oficial N.º 403 del 14 de agosto de 2008, en las que ha indicado que la privación de la libertad no es la medida más eficaz si lo que se pretende es asegurar el derecho de alimentos de la niña, niño o adolescente, ya que existen otros medios alternativos para cumplir aquello. Ejemplo de esto tenemos la denominada "acta de compromiso de pago", la que debe cumplir con los siguientes requisitos por parte del alimentante: declaración juramentada de los bienes que posee; obligación de presentarse ante el juez cada treinta días después de haberse dispuesto su libertad, la cual cesará una vez pagado en su totalidad lo adeudado; informar sobre cualquier cambio de domicilio o residencia y, en caso de encontrarse desempleado, la obligación de informar el hecho de cambio de situación laboral, a fin de activar los mecanismos de pago a través de la pagaduría correspondiente.

En ese orden de cosas, ha quedado demostrado por esta Corte, la existencia de medidas alternativas menos lesivas que permiten el pago de las pensiones de alimentos y la reivindicación del principio *pro libertate*, el que implica que la interpretación y aplicación de las normas reguladoras que pueden limitar derechos, deban hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho a la libertad que tales normas restringen, lo cual ha de determinar la elección y aplicación de la norma menos lesiva a la libertad³⁰ y por supuesto, que garantice efectivamente el derecho de alimentos de niñas, niños y adolescentes.

²⁸ Artículo 14 de la Ley N.º 14.908.

²⁹ Artículo 149 del Código de Familia.

³⁰ Sentencia 159/1986 del Tribunal Constitucional Español.

Proporcionalidad

Respecto del principio de proporcionalidad en sentido estricto, este determinará la importancia de la intervención sobre un derecho fundamental que se justifica solamente en virtud de la importancia del fin que persigue la medida; es decir, los beneficios de la medida deben ser suficientes como para “compensar” el sacrificio de un derecho. En ese contexto, podemos colegir que se afectan otros derechos constitucionales con el apremio por el incumplimiento de las pensiones alimenticias, previstos en la forma del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, principalmente el derecho a la libertad, que ante su limitación, es lesivo para otros derechos por su grado de interdependencia, como: derecho a la vida, derecho a la salud, derecho al trabajo, derecho al ejercicio de actividades económicas y principalmente, el derecho a la vida digna y desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes, que no es satisfecho en su totalidad de manera continua y permanente.

Las consideraciones expuestas permiten concluir que el contenido del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, es vulneratorio de derechos constitucionales. Por lo tanto, a efectos de evitar un vacío jurídico derivado de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma referida, hasta que la Asamblea Nacional lo regule de manera definitiva, y en atención a lo establecido en el artículo 436 numerales 1 y 2 de la Constitución de la República, y en los artículos 5 y 76, numerales 5 y 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esta Corte declara la inconstitucionalidad sustitutiva del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 506 del 22 de mayo de 2015, y modula los efectos de esta decisión por medio de la siguiente regulación provisional, del referido artículo:

Art. 137.- Apremio personal en materia de alimentos.- En caso de que el alimentante incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias sean o no sucesivas, la o el juzgador a petición de parte, previa constatación del incumplimiento del pago pecuniario o no pecuniario, dispondrá la prohibición de salida del país y convocará a audiencia que deberá realizarse en un término de diez días conforme a este artículo.

La audiencia tendrá por objeto determinar las medidas de apremio aplicables de acuerdo a las circunstancias del alimentante que no le permitieron cumplir con el pago de sus obligaciones, por lo que no se discutirá sobre el monto de las pensiones adeudadas u otros aspectos que no tengan que ver con su objeto. Si el alimentante no compareciere a la audiencia, la o el juzgador aplicará el régimen de apremio personal total.

Si el alimentante no demostrare de manera justificada su incapacidad de cumplir con el pago de las pensiones adeudadas a causa de no tener actividad laboral ni recursos económicos; o,





ser persona discapacitada, padecer una enfermedad catastrófica o de alta complejidad que le impidan el ejercicio de actividades laborales, la o el juzgador dispondrá el apremio total hasta por treinta días; los apremios reales que sean necesarios; prohibición de salida del país; y, el pago por parte de los obligados subsidiarios. En caso de reincidencia el apremio personal total se extenderá por sesenta días más y hasta un máximo de ciento ochenta días.

En el caso que el alimentante demostrare de manera justificada su incapacidad de cumplir con sus obligaciones, la o el juzgador aprobará una propuesta del alimentante en torno a su compromiso de pago para cancelar lo adeudado, precautelando siempre los derechos del alimentado.

En caso de incumplimiento del compromiso de pago, el juzgador dispondrá el apremio parcial, los apremios reales que correspondan y el cumplimiento del pago por parte de los obligados subsidiarios. De ser necesario, el juez dispondrá de manera motivada el uso de dispositivo de vigilancia electrónica.

El apremio personal parcial consistirá en la privación de la libertad entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente por treinta días, salvo que el alimentante demostrare que realiza actividades económicas o laborales en el horario señalado, en cuyo caso el juzgador determinará el horario aplicable que deberá ser de ocho horas.

En los casos de reincidencia en el incumplimiento del pago o incumplimiento del apremio personal parcial la o el juzgador ordenará el apremio total.

En la misma resolución en la que se ordene el apremio personal parcial o total, la o el juzgador ordenará el allanamiento del lugar en el que se encuentre el deudor; así también, en los casos en los que se dicte el uso de dispositivo de vigilancia electrónica, dispondrá su instalación a las entidades competentes.

Previo a disponer la libertad de la o el alimentante, la o el juzgador requerirá la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptorá el pago en efectivo, cheque certificado o mediante la verificación de los documentos que justifiquen el pago. Pagada la totalidad de la obligación, la o el juzgador dispondrá su libertad inmediata y de ser el caso, el retiro del dispositivo de vigilancia electrónica por las entidades competentes.

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 ni garantes; o, en contra de personas discapacitadas o que padezcan una enfermedad catastrófica o de alta complejidad que le impidan el ejercicio de actividades laborales.

A partir de lo expuesto, esta Corte estima pertinente considerar lo dispuesto en los artículos 95 y 96 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que en su parte pertinente, disponen:

Artículo 95.- Efectos de la sentencia en el tiempo.- Las sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, la plena vigencia de los derechos constitucionales, y cuando no afecte la seguridad jurídica y el interés general.

Artículo 96.- Efectos del control de constitucionalidad.- Las sentencias que se dicten sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad surten efectos de cosa juzgada, en virtud de lo cual (...):

4. Las sentencias producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales.

A partir de las normas transcritas, este Organismo recalca que con el fin de garantizar la efectiva vigencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como de los obligados principales a la prestación de la pensión alimenticia, que las medidas establecidas mediante la inconstitucionalidad sustitutiva precedente, sean aplicables a las personas a las que se les hubiere aplicado o dispuesto la aplicación de la medida privativa de libertad en los términos establecidos en la normativa vigente.

Ello además, en aplicación del principio establecido en el artículo 11 numeral 5 de la Constitución de la República, que determina que: "... 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia". Por lo tanto, es indispensable garantizar que la aplicación de este fallo vele por el cumplimiento de los derechos constitucionales de los obligados a la prestación de alimentos.

Como consecuencia de lo resuelto precedentemente, esta Corte considera que las personas apremiadas por el incumplimiento de pensiones alimenticias, así como aquellas personas contra las cuales se han girado boletas de apremio personal por la misma circunstancia, podrán solicitar la aplicación de este fallo, previa suscripción de compromiso de pago de conformidad con la normativa correspondiente.





III. DECISION

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Aceptar las acciones públicas de inconstitucionalidad por el fondo de los artículos 23 y 24 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el Registro Oficial N.º 643 del 28 de julio de 2009, presentadas por el señor Arturo Alberto Zelaya Gamboa, por sus propios y personales derechos y el señor Marcel René Ramírez Rhor en calidad de presidente de la Fundación "Padres Por Siempre".
2. Negar las acciones públicas de inconstitucionalidad por el fondo de los artículos innumerados 5 incisos segundo, tercero y cuarto; 6 numeral 1; 7 inciso primero; 8; 9; 10 inciso segundo; 25; 26; 27; 28; 29; 30; 33; 34; 35; 37 inciso cuarto y disposición transitoria segunda de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el Registro Oficial N.º 643 del 28 de julio de 2009, presentadas por el señor Arturo Alberto Zelaya Gamboa, por sus propios y personales derechos y el señor Marcel René Ramírez Rhor en calidad de presidente de la Fundación "Padres Por Siempre".
3. Declarar la inconstitucionalidad de la frase "la prohibición de salida del país" en el artículo 24 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el suplemento del Registro Oficial N.º 643 del 28 de julio de 2009, por lo que el artículo permanecerá vigente en el ordenamiento jurídico con el siguiente texto:

Art. 24.- Otras medidas cautelares a los obligados subsidiarios.- Las demás medidas cautelares reales previstas en la presente ley, se impondrán a los obligados subsidiarios siempre que hayan sido legalmente citados con la demanda y bajo prevenciones de ley.

4. Declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 25 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el suplemento del Registro Oficial N.º 643 del 28

de julio de 2009, por lo que se entenderá constitucional solo con la siguiente interpretación:

La prohibición de salida del país, como medida de apremio personal se dispondrá únicamente respecto de los obligados principales a satisfacer el derecho a alimentos.

5. Declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 27 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el suplemento del Registro Oficial N.º 643 del 28 de julio de 2009, sustituida por el artículo 138 de Código Orgánico General de Procesos publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 506 del 22 de mayo de 2015, por lo que se entenderá constitucional siempre y cuando se interprete de la siguiente manera:

Que la jueza o juez que conozca la causa dispondrá la cesación de la prohibición de salida del país y de la privación de libertad, como medidas de apremio personal, únicamente respecto de los obligados directos a satisfacer el derecho a alimentos, por cuanto son los únicos a los que se puede imponer las medidas de apremio personal.

6. En virtud de lo señalado y en atención a lo establecido en el artículo 436 numerales 1 y 2 de la Constitución de la República, y en los artículos 5 y 76 numerales 5 y 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se dispone lo siguiente:

- 6.1. Declarar la inconstitucionalidad sustitutiva del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 506 del 22 de mayo de 2015, por lo que deberá ser reemplazado íntegramente, por el siguiente texto, hasta que la Asamblea Nacional regule el asunto de manera definitiva, en aplicación de los argumentos indicados en esta sentencia:

Art. 137.- Apremio personal en materia de alimentos.- En caso de que el alimentante incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias sean o no sucesivas, la o el juzgador a petición de parte, previa constatación del incumplimiento del pago pecuniario o no pecuniario, dispondrá la prohibición de salida del país y convocará a audiencia que deberá realizarse en un término de diez días conforme a este artículo.





La audiencia tendrá por objeto determinar las medidas de apremio aplicables de acuerdo a las circunstancias del alimentante que no le permitieron cumplir con el pago de sus obligaciones, por lo que no se discutirá sobre el monto de las pensiones adeudadas u otros aspectos que no tengan que ver con su objeto. Si el alimentante no compareciere a la audiencia, la o el juzgador aplicará el régimen de apremio personal total.

Si el alimentante no demostrare de manera justificada su incapacidad de cumplir con el pago de las pensiones adeudadas a causa de no tener actividad laboral ni recursos económicos; o, ser persona discapacitada, padecer una enfermedad catastrófica o de alta complejidad que le impidan el ejercicio de actividades laborales, la o el juzgador dispondrá el apremio total hasta por treinta días; los apremios reales que sean necesarios; prohibición de salida del país; y, el pago por parte de los obligados subsidiarios. En caso de reincidencia el apremio personal total se extenderá por sesenta días más y hasta un máximo de ciento ochenta días.

En el caso que el alimentante demostrare de manera justificada su incapacidad de cumplir con sus obligaciones, la o el juzgador aprobará una propuesta del alimentante en torno a su compromiso de pago para cancelar lo adeudado, precautelando siempre los derechos del alimentado.

En caso de incumplimiento del compromiso de pago, el juzgador dispondrá el apremio parcial, los apremios reales que correspondan y el cumplimiento del pago por parte de los obligados subsidiarios. De ser necesario, el juez dispondrá de manera motivada el uso de dispositivo de vigilancia electrónica.

El apremio personal parcial consistirá en la privación de la libertad entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente por treinta días, salvo que el alimentante demostrare que realiza actividades económicas o laborales en el horario señalado, en cuyo caso el juzgador determinará el horario aplicable que deberá ser de ocho horas.

En los casos de reincidencia en el incumplimiento del pago o incumplimiento del apremio personal parcial la o el juzgador ordenará el apremio total.

En la misma resolución en la que se ordene el apremio personal parcial o total, la o el juzgador ordenará el allanamiento del lugar en el que se encuentre el deudor; así también, en los casos en los que se dicte el uso de dispositivo de vigilancia electrónica, dispondrá su instalación a las entidades competentes.

Previo a disponer la libertad de la o el alimentante, la o el juzgador requerirá la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptorá el pago en efectivo, cheque certificado o mediante la verificación de los documentos que justifiquen el pago. Pagada la totalidad de la obligación, la o el juzgador dispondrá su libertad inmediata y de ser el caso, el retiro del dispositivo de vigilancia electrónica por las entidades competentes.

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 ni garantes; o, en contra de personas discapacitadas o que padezcan una enfermedad catastrófica o de alta complejidad que le impidan el ejercicio de actividades laborales.

- 6.2. Como consecuencia de lo resuelto precedentemente, las personas apremiadas por el incumplimiento de pensiones alimenticias, así como aquellas personas contra las cuales se han girado boletas de apremio personal por la misma circunstancia, podrán solicitar la aplicación de este fallo, previa suscripción de compromiso de pago de conformidad con la normativa correspondiente.
7. La Corte Constitucional, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y con respecto a los principios de supremacía constitucional y eficacia normativa, deja puntualizado que ninguna autoridad o persona natural o jurídica, podrá efectuar o aplicar una interpretación distinta a la citada en los numerales precedentes.
 8. La regulación provisional establecida regirá hasta que la Asamblea Nacional regule el asunto de manera definitiva, en aplicación de los argumentos indicados en el presente problema jurídico.





9. Notifíquese al presidente del Consejo de la Judicatura, a fin de que disponga a las y los jueces correspondientes, que den cumplimiento de esta sentencia constitucional, para cuyo objeto se adjuntará copia certificada de la misma.
10. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Alfredo Ruiz Guzmán
PRESIDENTE

Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

Razón: Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con nueve votos de las señoras juezas y señores jueces: Francisco Butiñá Martínez, Pamela Martínez de Salazar, Wendy Molina Andrade, Tatiana Ordeñana Sierra, Marien Segura Reascos, Ruth Seni Pinoargote, Roxana Silva Chicaíza, Manuel Viteri Olvera y Alfredo Ruiz Guzmán, en sesión del 10 de mayo del 2017. Lo certifico.

Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

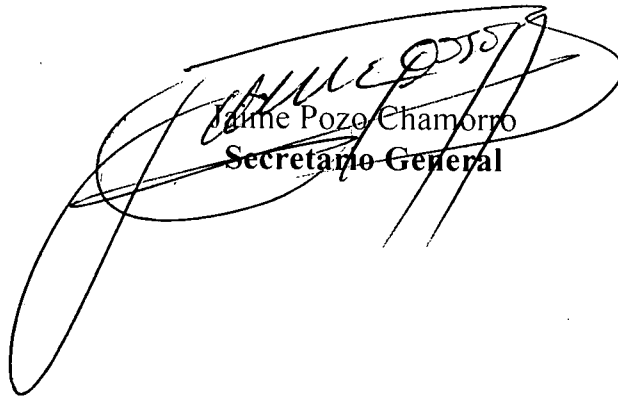
JPCH/mbvv



**CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

CASO Nros. 0026-10-IN, 0031-10-IN y 0052-16-IN, ACUMULADOS

RAZÓN.- Siento por tal, que la sentencia que antecede fue suscrita por el señor Alfredo Ruíz Guzmán, presidente de la Corte Constitucional, el día viernes 19 de mayo del dos mil diecisiete.- Lo certifico.


Jaime Pozo Chamorro
Secretario General

JPCH/JDN



Quito D.M., 27 de junio de 2018

SENTENCIA N.º 003-18-PJO-CC

CASO N.º 0775-11-JP

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

I. RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

1. La Sala de Selección de la Corte Constitucional, para el período de transición, integrada por los jueces Alfonso Luz Yúnes, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire con fecha 22 de junio de 2011, mediante auto y de conformidad con los parámetros de selección previstos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, procedió a seleccionar el Caso N.º 0775-11-JP (constante en sentencia expedida por el Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha) y fijó los parámetros de relevancia constitucional que justificaron la selección de la presente causa.
2. El 6 de noviembre de 2012, se posesionaron ante el Pleno de la Asamblea Nacional los jueces de la Primera Corte Constitucional integrada conforme lo dispuesto en los artículos 432 y 434 de la Constitución de la República.
3. El 27 de febrero de 2013 en virtud del sorteo realizado en la Sala de Revisión N.º. 2 le correspondió la sustanciación del caso signado con el N.º. 0775-11-JP al juez constitucional Patricio Pazmiño Freire. El 17 de octubre de 2013, el juez sustanciador avocó conocimiento de la causa.
4. El 5 de noviembre de 2015, se posesionaron ante el Pleno de la Asamblea Nacional las juezas constitucionales Pamela Martínez Loayza, Roxana Silva Chicaíza y el juez constitucional Francisco Butiñá Martínez, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 432 y 434 de la Constitución de la República del Ecuador.

2

5. Mediante la resolución N.º 004-2016-CCE, adoptada por el Pleno del Organismo el 8 de junio de 2016, se designó a la abogada Marien Segura Reascos como jueza constitucional, y se dispuso que todos los procesos que se encontraban en el despacho del juez constitucional, Patricio Pazmiño Freire, pasen a conocimiento de la referida jueza constitucional.
6. Mediante oficio N.º 086-2018-VPC-CC, la presidenta de la Segunda Sala de Revisión, Pamela Martínez, convoca a la sesión de Sala de Revisión, comunicado mediante oficio N.º 1385-CCE-SG-2018, de 21 de marzo de 2018, asignado el caso N.º 0775-11-JP.

Antecedentes del caso

7. El 15 de marzo del 2011, el señor Marcel René Ramírez Rhor, en su calidad de presidente de la *Fundación Ciudadana Papá por Siempre* presenta acción de protección en contra de la campaña para prevenir el embarazo adolescente elaborada por el Ministerio de Salud Pública del Ecuador, representado entonces por el doctor David Chiriboga Alnutt.
8. Según consta en la demanda, la acción de protección presentada por el señor Marcel René Ramírez Rhor tiene como punto de partida una campaña de prevención del embarazo adolescente llevada a cabo por el Ministerio de Salud Pública, que incluía la entrega de preservativos a las y los adolescentes en general y de manera especial, a los comprendidos en el grupo etario de los 12 a 14 años.
9. El demandante fundamenta su acción de protección en la vulneración de los artículos 83 numeral 16, 69 numeral 1 y 85 numeral 2 de la Constitución de la República, por considerar que el Ministerio de Salud ha omitido tener en cuenta el punto de vista de los padres antes de iniciar tal campaña; y por lo tanto, está menoscabando su deber constitucional de educar a sus hijos e hijas.



10. El conocimiento de la acción de protección correspondió al Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha, que en sentencia del 6 de abril del 2011, resuelve rechazar la acción de protección propuesta, por considerar, entre otras razones, las siguientes:

- a) Que el Plan Nacional de Prevención del Embarazo en Adolescentes no puede ser considerado ilegal o atentatorio de derechos constitucionales ya que con él, se pretende cumplir en forma efectiva con el Art. 32 de la Constitución, que consagra el derecho a la salud.
- b) Que la acción de protección exige la protección frente a una lesión concreta, específica y fácilmente identificable, lo que en la especie no ocurre, pues no se ha determinado el daño real que puede causar la implementación del Plan Nacional de Prevención de Embarazo en Adolescentes en el Ecuador. Las afirmaciones del accionante se basan en supuestos no determinados que permiten concluir que no existe violación real de derechos y garantías constitucionales ya que lo que se pretende es entregar información adecuada a la juventud en forma planificada, con el apoyo de los propios padres de familia a fin de garantizar a los mismos el derecho a una salud sexual digna y no promover, como afirma el accionante, que los adolescentes mantengan relaciones sexuales en forma abierta, sino todo lo contrario se busca proteger la salud de manera integral.
- c) Que lo que se pretende con esta acción, es impedir que la información debidamente obtenida respecto a los fundamentos para implementar el Plan sea difundida a los menores de edad bajo la pretensión de que son únicamente los padres quienes deben educar sexualmente a los hijos cuando en realidad esto es un deber y obligación del Estado.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

11. De conformidad con el artículo 436 numeral 6 de la Constitución de la República; en concordancia con el artículo 199 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional a través de la Sala de Revisión, emite sentencias que contengan jurisprudencia vinculante o precedente con carácter *erga*

omnes, en los casos que llegan a su conocimiento a través del proceso de selección.

12. Para efectos de la revisión de sentencias de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y resoluciones de medidas cautelares, la Corte Constitucional tendrá Salas de Revisión de procesos, compuestas, cada una, por tres juezas o jueces designados para cada caso por el Pleno, de manera rotativa y al azar. Cada una de estas Salas, estará presidida por una de las tres juezas o jueces de la respectiva Sala.

Fuentes que informan esta sentencia

13. La Corte Constitucional, luego de un análisis de las fuentes que informan esta sentencia, determina la inexistencia de precedente jurisprudencial vinculante relacionado con el caso objeto de análisis.
14. La Corte Constitucional, a partir del caso que procede a revisar y mediante su jurisprudencia, tiene la obligación constitucional de desarrollar los contenidos de los derechos y sus garantías reconocidos en la Constitución (Art. 11 numeral 8), dando respuestas concretas a los problemas surgidos a partir del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes.

Determinación de los problemas jurídicos

15. En atención a lo manifestado, el Pleno de la Corte Constitucional procederá a sistematizar sus argumentaciones a partir del planteamiento de los siguientes problemas jurídicos:

- 1.- ¿Cuáles son los alcances y límites de la posibilidad de intervención de los padres, madres o la persona a cuyo cuidado se encuentran los y las adolescentes, en relación a sus derechos sexuales y reproductivos?



2.- ¿En qué momento cesa la autoridad tuitiva de los padres y puede intervenir un “salvador externo” como el Estado?

Resolución de los problemas jurídicos

1.- ¿Cuáles son los alcances y límites de la posibilidad de intervención de los padres, madres o la persona a cuyo cuidado se encuentran los y las adolescentes, en relación a sus derechos sexuales y reproductivos?

16. Uno de los aspectos esenciales que se deben dilucidar con el fin de determinar cuál es el alcance y los límites de las posibilidades de decisión de los padres en relación con los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes, es la determinación del contenido del término *adolescente*. Ahora bien, este aspecto solo puede ser concebido en base a conceptos técnicos, por lo que, esta Corte considera fundamental acudir a estas fuentes con el fin de esclarecer a qué alude la categoría *adolescente*.

¿Qué se entiende por adolescencia?

17. El término *adolescencia* no admite una conceptualización unívoca, al contrario, puede ser objeto de diversas interpretaciones, dependiendo de la concepción desde la que se parta. De hecho, la palabra adolescente deriva del término latino *adolescere* que significa crecer, hacerse mayor. Dada la amplitud del concepto, la adolescencia es una etapa difícil de limitar, complicada de ajustar a un único marco y duración precisa.

18. Una de las perspectivas desde la que suele conceptualizarse a la adolescencia es la cronológica. Así, la Organización Mundial de la Salud (OMS) considera a la adolescencia como una de las etapas de la vida y uno de los grupos poblacionales comprendido entre los 10 y 19 años de edad, en los que se distingue entre adolescencia temprana, que se inicia a los 10 y culmina a los 14 años de edad; y, la adolescencia tardía que va

desde los 15 a los 19 años de edad.¹ Adicionalmente, la OMS ha distinguido el término “juventud” para diferenciar a las personas cuya edad oscila entre los 15 y 24 años. Usualmente esta organización internacional suele utilizar “personas jóvenes” para referirse a ambos grupos poblacionales (adolescentes y jóvenes).²

19. Desde una concepción biológica, la adolescencia es la etapa de la vida del ser humano que se inicia con la pubertad, la cual, se caracteriza por cambios fisiológicos como el desarrollo de los caracteres sexuales secundarios y la adquisición de la capacidad reproductiva (definición biológica).³

20. Si bien las definiciones descritas anteriormente, se fundamentan en concepciones cronológicas y biológicas del asunto, la adolescencia no es una categoría ajena a aspectos psicológicos y socioculturales que influyen decisivamente en la construcción de este concepto. Así, la adolescencia se caracteriza por el surgimiento de aspectos

...como el desarrollo de la identidad, el sentido de autonomía, la capacidad para cuestionarse el sistema de referencia, la interacción con la sociedad. Es un período clave en el desarrollo humano porque se estructuran y se reestructuran las relaciones con uno mismo y con el mundo. Por ello, la adolescencia puede entenderse como el resultado de una construcción histórica y de un proceso social⁴.

21. De lo expuesto anteriormente, se deduce que el o la *adolescente* es la persona que se encuentra atravesando la etapa de transición de la infancia a la adultez, que incluye un proceso de maduración biológica, psicológica y social, y que se presenta entre los 10 y 19 años de edad. Sin embargo, lo anterior no debe guiar hacia la homogenización de los adolescentes; por el

¹ Red Intersectorial de Adolescencia y Sexualidad RIAS, Municipio Metropolitano de Quito, Ministerio de Salud Pública y otros. *Género, adolescencia y derechos sexuales y reproductivos*. Quito: Municipio Metropolitano de Quito, 2002, p.11.

² Organización Mundial de la Salud. *A picture of health?*. Ginebra, 1995. En <http://www.who.int/es/>, consultado el 09/Feb./2012.

³ *Ibíd.*

⁴ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Participación de niños, niñas y adolescentes*. Buenos Aires: UNICEF, 1ª ed., 2006, p. 9.



contrario, la conceptualización de la etapa de la *adolescencia* debe tener en cuenta la heterogeneidad de las personas que se encuentran atravesando esta fase pues cada ser humano la vive de manera distinta.

22. Bajo estas consideraciones, es imperativo que los ordenamientos jurídicos se ocupen de regular de manera específica los derechos y obligaciones de este grupo poblacional, visibilizando a los adolescentes como sujetos de derechos tanto en el ámbito nacional como internacional. De hecho, desde una perspectiva jurídica al o la adolescente se le debe considerar como *“...ciudadano con derechos y obligaciones, con potencialidades y limitaciones similares a las de los adultos pero específicas de acuerdo a su grupo etario; con capacidad de disentir, de tomar decisiones, de proponer, con autonomía y autodeterminación”*.⁵

23. A pesar de que la adolescencia es una etapa del ser humano que difiere notoriamente de la infancia, en el ámbito jurídico internacional, la cuestión ha sido abordada de una manera más general, incluyendo a los adolescentes en la categoría jurídica de niños. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 1 ha optado por utilizar la palabra *niño* para referirse a *“...todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*.⁶

24. Es decir, los países signatarios de la Convención han ampliado la utilización del término niño o niña para designar al grupo poblacional cuya edad oscila entre los 0 y 18 años de edad. Con la salvedad de que el Estado signatario, en virtud de su legislación interna, podría establecer la mayoría de edad a una edad más temprana, sin vulnerar con ello, el contenido de la Convención. C

⁵ Red Intersectorial de Adolescencia y Sexualidad RIAS, Municipio Metropolitano de Quito, Ministerio de Salud Pública y otros. *Género, adolescencia y derechos sexuales y reproductivos*, op. cit., p. 12.

⁶ La Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por Decreto Ejecutivo N.º 1330, publicado en Registro Oficial N.º 400 de 21 de Marzo de 1990.

25. Por lo tanto, en el ámbito internacional, la protección que se otorga a los niños y niñas como sujetos de derechos se extiende a todas aquellas personas que aún no han alcanzado la mayoría de edad de acuerdo a su legislación interna, o que todavía no han cumplido 18 años de edad.
26. En el caso del Ecuador, la normativa constitucional y legal sí se ha ocupado de hacer una diferenciación entre la categoría *niño* o *niña* y *adolescente*, así la Constitución de la República, en varios artículos se refiere a estos grupos poblacionales distinguiendo a la niñez de la adolescencia, lo cual no implica, en absoluto, una afectación a su condición de sujetos de derechos ni a la protección constitucional brindada a los menores de edad, pues, las mismas prerrogativas de los niños y niñas se aplican a los adolescentes, de hecho en los artículos 44, 45 y 46 se formulan una serie de principios y reglas aplicables a ambos grupos poblacionales.
27. Por su parte, el Código de la Niñez y la Adolescencia⁷ desarrollando el contenido de la Norma Suprema, regula de manera específica a quienes se aplica la categoría de niño o niña y a quienes de adolescente, así en el artículo 4 se establece:
- Art. 4.- Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad.
28. Con ello, la normativa legal ecuatoriana no deja duda respecto al contenido de los términos en análisis. Sin embargo, la distinción que hace la norma legal no debe interpretarse desde una perspectiva excluyente, pues dicha diferenciación no aparta a los adolescentes de la protección especial que les brindan la Constitución ecuatoriana y la Convención sobre los Derechos del Niño, en armonía con otros instrumentos internacionales. Se trata más bien, de distinciones ineludibles en la regulación legal sobre la protección de los menores de edad, que permiten sentar los lineamientos en el diseño y la ejecución de los planes y

⁷ El Código de la Niñez y la Adolescencia entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial N° 737 del 3 de enero del 2003.



programas gubernamentales sobre los niños en sentido estricto o restringido y sobre los adolescentes.

29. Así pues, esta Corte considera que la diferenciación entre *niños* y *niñas*, y *adolescentes* no tiene como fin brindar a estos últimos distinta protección, sino, considerando el mayor grado de desarrollo biológico, psicológico, social y cultural respecto de los adolescentes, otorgarles mayor participación en los organismos públicos y privados que adopten decisiones que les conciernen, así como evidenciar que el contenido de los derechos de los adolescentes en ciertos ámbitos difiere del de los niños y niñas.

La protección constitucional de los adolescentes conforme el artículo 45 de la Constitución de la República

El primer inciso del artículo 45 de la Constitución señala:

Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad.

30. La afirmación contenida en este artículo trae implícitas dos consecuencias de gran importancia. Por un lado, se reconoce a los adolescentes como sujetos de derechos y no únicamente como sujetos pasivos de medidas de protección u objeto de derechos.

31. Tradicionalmente, el parámetro normativo desde el que se abordaba la protección jurídica de las y los adolescentes partía de considerarlos un objeto de derechos de las personas encargadas de su cuidado, así, había una suerte de *otorgamiento* de prerrogativas a la o el adolescente que dependían directamente de lo que los adultos consideraban mejor para él o ella. En tal virtud, la regulación existente se limitaba al señalamiento de obligaciones del Estado, la sociedad y la familia para con el o la adolescente, poniendo énfasis en su vulnerabilidad y minoría de edad, pero sin reconocer su calidad de sujetos de derechos. Su existencia jurídica estaba, pues, limitada a ser *el hijo o hija de*, o *estar a cargo de un*

adulto, invisibilizando su condición de persona con cierto grado de autonomía, capaz de emitir opiniones en los asuntos que le conciernen.

32. Actualmente, el y la adolescente, como sujeto de derechos, es titular de prerrogativas *reconocidas* en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, lo cual implica la consideración de que los derechos de las y los adolescentes no deben pasar por un proceso de concesión por parte de los adultos, sino que estos les son atribuibles por el sólo hecho de ser seres humanos.
33. Por lo tanto, la vulnerabilidad del adolescente ya no puede ser excusa para limitar sus derechos y su capacidad para ejercerlos, colocándolo en una “...condición de inferior categoría”⁸ a la de los adultos.
34. El adolescente como sujeto de derechos adopta una posición más activa en la sociedad garantizada por el ordenamiento jurídico, pues, las normas relativas a los adolescentes ya no se circunscriben a la enunciación de obligaciones del Estado, la sociedad y la familia respecto del adolescente, sino que contienen una serie de derechos que pueden ser ejercidos por los adolescentes en forma progresiva por su sola condición de seres humanos. Se abandona por lo tanto, la construcción normativa desde la afirmación “al niño, niña o adolescente se le dará...” (objeto de derechos) y se da paso a “el niño, niña y adolescente tiene derecho a...” (sujeto de derechos).⁹
35. En este punto, la Corte considera importante aclarar que el reconocimiento de los adolescentes como sujetos de derechos no implica el abandono de su consideración como sujetos de protección especial y atención prioritaria, de conformidad con el artículo 37 de la Constitución de la República.

⁸ Simon, Farith. *Derechos de la Niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, Tomo I, 2008, p. 126.

⁹ Verhellen, E. *Los Derechos del Niño en Europa*. En Revista “Infancia y Sociedad”. Nº 15, 1992, pp. 187 y 188, citado por Farith Simon, ibídem, p. 127.



36. De hecho, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los adolescentes, y que van superando conforme se desarrollan, constituye la razón por la cual, se les considera sujetos de atención prioritaria. En este sentido, la proclama constitucional de priorización de su desarrollo integral contenida en el artículo 44, tiene una finalidad emancipadora del adolescente que promueve su autonomía y está orientada a la adopción de medidas que aporten positivamente en la defensa de sus derechos y que garanticen su ejercicio libre, autónomo y progresivo, de acuerdo a la evolución de sus facultades y su grado de madurez.
37. Una segunda consecuencia que se desprende de la afirmación consagrada en el artículo 47 de la Constitución, es el reconocimiento de la especificidad del contenido de los derechos de los adolescentes. Precisamente, al considerar a los adolescentes como sujetos de derechos también se vuelve necesario reafirmar que el contenido de los derechos cuando son ejercidos por un adolescente no tiene el mismo alcance que si su titular fuera un adulto, pues estos gozan de completa autonomía e independencia respecto de los primeros y se presume que han alcanzado el grado máximo de desarrollo físico, psicológico, cultural y social.
38. En efecto, el hecho de que las y los adolescentes gocen de los derechos comunes a las personas adultas, no debe dar pie a su homogenización, pues, aún persiste la necesidad de su protección especial. La calidad de sujetos de derechos que la Constitución ecuatoriana otorga a los adolescentes va orientada a permitirles ejercer sus derechos de conformidad con la evolución de sus facultades y con la guía que las personas encargadas de su cuidado deben brindarles, siempre y cuando esa orientación no vulnere el contenido de sus derechos ni el principio de su interés superior consagrado en el artículo 44, inciso primero de la Norma Suprema. El contenido y el ejercicio de los derechos de los adolescentes están, pues, íntimamente ligados al principio de autonomía.

El principio de autonomía y la posibilidad de decisión de los padres u otras personas que tengan a su cargo el cuidado de los adolescentes

39. A lo largo de su vida, la persona pasa de un estado de dependencia total a uno de autonomía completa, que se alcanza al llegar a la edad adulta. La autonomía no se trata de una condición que se da repentinamente, sino obedece a un proceso paulatino en el que el individuo avanza lentamente en el descubrimiento de sí mismo y en el reconocimiento y uso de sus potencialidades y capacidades, identificándose como un ser independiente, singular y diferente.
40. Este desarrollo progresivo de la autonomía está íntimamente ligado con tres aspectos esenciales: la edad; el entorno social y familiar; y, el grado de madurez de la persona. Es por ello, que establecer el contenido de los derechos de los adolescentes no es tarea fácil ya que no existen parámetros matemáticos para hacerlo, y no se pueden establecer reglas absolutas al respecto; de ahí, la importancia de un análisis en cada caso concreto.
41. Dado que el desarrollo de la autonomía es paulatino, aquellas personas que aún no han culminado este proceso deben ser sujetos de protección especial, pues, se considera que su falta de madurez exige la adopción de medidas específicas que procuren la culminación de ese proceso de manera adecuada, de ahí que, de conformidad con la Constitución, el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de promover de forma prioritaria su desarrollo integral y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos¹⁰.
42. Dentro de las obligaciones que la Norma Suprema ha impuesto para la protección de niños, niñas y adolescentes, se encuentran las consagradas en los artículos 69.1 y 83.16, que establecen la obligación que tienen los padres y las madres respecto del cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos.

¹⁰ Constitución de la República/2008, Art. 44.



43. Los adultos se convierten así en los garantes del adecuado desarrollo de las y los adolescentes, y por lo mismo, están legitimados para adoptar las decisiones pertinentes que posibiliten el ejercicio efectivo de sus derechos. Por tanto, son actores principales en la concreción de las normas consagradas en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos.
44. Es evidente que, mientras la persona no ha alcanzado el grado de autonomía necesario para ser considerada un adulto, los progenitores o las personas a cuyo cargo se encuentra, tienen la obligación de tomar decisiones respecto de su vida, siempre fundamentados en el principio del interés superior del menor de edad, y en el marco de sus derechos.
45. Sin embargo, esa potestad que tienen los adultos en relación con los adolescentes no puede entenderse absoluta ni uniforme. El grado de intervención que tienen los adultos en las decisiones que afecten a las y los adolescentes a cuyo cuidado se encuentran, debe ser proporcional al nivel de autonomía que tiene la persona, ya que no se puede considerar igual el nivel de injerencia que puede ejercer un adulto en una decisión respecto de su hijo de 8 años, que de aquel, que ha cumplido 17 años de edad.
46. En este caso, es razonable suponer que goza de menor autonomía un niño de 8 años que un adolescente de 17, y por ende, el grado de protección en ambos casos es distinto. El nivel de autonomía que tiene un adolescente de 17 años exige una injerencia mínima de los adultos en las decisiones que le conciernen. Por tanto, toda decisión adoptada en su nombre, por los padres, madres o las personas a cuyo cuidado se encuentra, que no considere el grado de autonomía del adolescente, y opte por obviar su punto de vista en asuntos que le conciernen, aún cuando está en plena capacidad de decidir por sí mismo, estaría afectando gravemente su autonomía, y por ende, la decisión adoptada por los adultos se consideraría una intervención ilegítima en el ejercicio de sus derechos.

47. La decisión del adulto deja entonces de tener sentido para proteger el interés superior del adolescente y se convierte en una imposición coactiva al individuo que vulnera sus derechos constitucionales y su calidad de sujeto de derechos, lo cual, contradice el principio de autonomía y afecta gravemente su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad entendida como la potestad de la persona de autodeterminarse, autoposeerse y autogobernarse, es decir, sentirse como dueña de sí misma, de sus actos y de su entorno, derechos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico.
48. En efecto, no es aceptable cualquier intervención en los derechos de los adolescentes por parte de sus padres, madres o las personas a cuyo cuidado se encuentran. De hecho, la propia Constitución ha establecido la finalidad que dicha interferencia debe perseguir: el desarrollo integral de los adolescentes, el cual, de conformidad con el segundo inciso del artículo 44 *ibídem*, debe entenderse como el “...*proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales*”. Aclarando, sin embargo, que dicha finalidad no debe acompañar únicamente toda conducta de los padres, madres o cualquier persona encargada del cuidado de los adolescentes, sino que dicho principio debe fundamentar toda medida estatal, familiar o social relativa a la protección de los adolescentes, caso contrario pierde legitimidad y se convierte en una medida arbitraria y por ende inconstitucional.
49. Una vez que se ha delimitado constitucionalmente la finalidad que deben observar las medidas de intervención en los derechos de los adolescentes por parte de la familia, el Estado y la sociedad, esta Corte, considera oportuno referirse al contenido de los derechos que han motivado la acción de protección que dio origen a esta sentencia. Por lo que, a continuación, se pasa a analizar el alcance de los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes.



Los derechos sexuales y reproductivos de los y las adolescentes

50. El contenido de los derechos sexuales y reproductivos tiene relación directa con aspectos esenciales de los seres humanos: sus libertades, sus formas de comunicación y afectos. Así, el efectivo goce de estos derechos implica el ejercicio del principio de autonomía del cuerpo,¹¹ es decir de la potestad de las personas de sentar sus propias normas sobre su cuerpo, de ejercer una completa soberanía sobre el mismo, libre de principios normalizadores fundamentados en meras consideraciones médicas, histórico-políticas, legales o de otra índole distinta de la autonomía de la persona.
51. El principio de autonomía del cuerpo es condición básica para el ejercicio de los derechos de libertad e igualdad, ya que al reconocer a todas las personas la potestad de decidir sobre su cuerpo, se está reafirmando su condición de seres libres, autónomos y diversos que tienen derecho a vivir su sexualidad en igualdad de condiciones.
52. El tema de la sexualidad en la adolescencia y los derechos que se derivan de su ejercicio (derechos sexuales y reproductivos) ha sido abordado en diversos instrumentos internacionales a partir de los cuales se han sentado los lineamientos que deben observar los gobiernos con el fin de atender adecuadamente las necesidades de las y los adolescentes en el ámbito sexual y reproductivo.
53. Así, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en el marco del reconocimiento del derecho a la salud integral, en el artículo 24 literal f) señala la necesidad de “...desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia”.

¹¹ Cordero, María Isabel. *Si al derecho a la vida. Si a los derechos sexuales y reproductivos*. En Revista “Entre Voces” del Grupo Democracia y Desarrollo Local. N° 13, edición septiembre y octubre, Quito, 2007, p.38

54. De igual forma, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹², al referirse a los derechos reproductivos en el artículo 16 literal e) establece como fundamental el “... acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos...”.

55. De manera concordante, la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Internacional de Población y Desarrollo realizada en El Cairo en 1994, al analizar los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes determina:

... se exhorta a los gobiernos a que, en colaboración con las organizaciones no gubernamentales, atiendan las necesidades especiales de los adolescentes y establezcan programas apropiados para responder a ellas. Estos programas deben incluir mecanismos de apoyo para la enseñanza y orientación de los adolescentes en las esferas de las relaciones y la igualdad entre los sexos, la violencia contra los adolescentes, la conducta sexual responsable, la planificación responsable de la familia, la vida familiar, la salud reproductiva, las enfermedades de transmisión sexual, la infección por el VIH y la prevención del sida. Deberían establecerse programas para la prevención y tratamiento de los casos de abuso sexual e incesto, así como otros servicios de salud reproductiva.¹³

56. Precisamente, en el marco de la adecuada protección a los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas normativas, informativas, de salud, educación, entre otras, que les permita adoptar decisiones informadas, responsables y libres respecto a su sexualidad.

57. En tal virtud, la Constitución ecuatoriana al referirse a los derechos de libertad reconocidos en el artículo 66, ha consagrado por una parte, los derechos sexuales y por otra, los derechos reproductivos de las *personas*,

¹² La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer fue ratificada por Decreto Ejecutivo 2256, publicado en Registro Oficial 506 de 31 de enero del 2002.

¹³ Punto 7.47 de la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo llevada a cabo en El Cairo en septiembre de 1994.



los mismos que engloban a los y las adolescentes por ser consideradas sujetos de derechos de conformidad con el artículo 45 analizado *ut supra*.

58. De esta forma, la Norma Suprema, rompiendo la perspectiva reproductivista con la que se solía abordar el asunto de la sexualidad admitiendo su ejercicio únicamente para efectos de la reproducción, especialmente en el caso de la mujer, garantiza el ejercicio de una sexualidad libre, informada y responsable.

59. Aunque las disposiciones constitucionales han superado la identificación que existía entre derechos sexuales y reproductivos, es importante resaltar que, desde la perspectiva constitucional ecuatoriana, ambos parten de supuestos similares: la toma de decisiones libres, informadas y responsables.

60. Así el artículo 66 numeral 9 de la Norma Fundamental consagra los derechos sexuales de la siguiente forma:

66. Se reconoce y garantiza a las personas:

9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.

61. De manera concordante, el numeral 10 de la norma *ibídem* afirma:

10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.

62. Los artículos transcritos anteriormente, parten de una condición fundamental del ser humano: su libertad, la misma que puede ser considerada como un atributo específico de la persona que se relaciona directamente con su capacidad de obrar y conducirse de forma independiente y de no ser conminada a hacer aquello que no desea. La libertad se considera como “...la posibilidad de la persona de determinar libremente su conducta, y de actuar, también libremente, de conformidad

con dicha determinación sin que esa actuación, siempre que sea lícita, sufra interferencias o impedimentos por parte de terceros y, especialmente, por parte de los poderes públicos”¹⁴.

63. Bajo esta perspectiva, los derechos sexuales y reproductivos de las personas tienen como presupuesto básico la libertad de decidir, lo cual implica el derecho de toda persona a ejercer autonomía sobre su cuerpo, a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, y resolver sobre ellas, sin ser coaccionada ni sometida a discriminación o violencia de ninguna clase.
64. Las decisiones que las personas adopten sobre su cuerpo además de ser libres deben cumplir con ciertos requisitos adicionales de acuerdo con la Norma Constitucional.
65. La información, la responsabilidad y la voluntariedad se convierten en supuestos fundamentales que deben acompañar a las decisiones libres que ejerza la persona. Así, no basta con que la persona sea libre de decidir, sino que se requiere que esa decisión esté fundamentada en cierta información, que sea adoptada con responsabilidad, así como que sea voluntaria.
66. Cuando la Norma Constitucional hace mención a la toma de decisiones informadas se está refiriendo al acceso a conocimientos científicos, datos estadísticos, investigaciones médicas, jurídicas, sociológicas, psicológicas, culturales, históricas, entre otras, que sustenten posiciones de diversa índole respecto a un tema en particular. La información a la que tengan acceso las personas para la toma de decisiones debe ser veraz, oportuna, necesaria y suficiente, de manera que, la persona pueda formarse su propio criterio sobre un asunto en particular.

¹⁴ López Guerra, Luis; Espín, Eduardo y otros. *Derecho constitucional. Vol. I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p.257.



67. En cuanto a la responsabilidad, implica la potestad de una persona de asumir los aciertos, así como las equivocaciones que se deriven de una decisión adoptada. La toma de una decisión de forma responsable requiere un proceso de concientización de las consecuencias positivas y negativas que devienen de la conducta adoptada y la capacidad de afrontar las mismas sin vulnerar los propios derechos ni los de terceros.
68. Por su parte, la voluntariedad a la que se refiere el artículo 66 numeral 9 se relaciona con la facultad de una persona para ordenar su propia conducta. Cuando una persona toma decisiones voluntariamente está dirigiendo su actuar conforme su potestad volitiva, de acuerdo a sus deseos y anhelos. La voluntad es un rasgo de los seres humanos que determina sus acciones, dirigiéndolas intencionalmente hacia la consecución del fin propuesto, libre de violencia o coacción o presión de ninguna clase, incluidas las sociales y culturales. Un acto se considera voluntario cuando se ejerce sin ningún tipo de coacción, pero, además cuando la persona puede comprender claramente las consecuencias de esa conducta. Una decisión voluntaria debe fundamentarse en la omisión de cualquier clase de discriminación, coacción o violencia en las decisiones que se adopten respecto a la sexualidad, capacidad reproductiva y a la vida y orientación sexual.
69. Una vez que se ha abordado el contenido de las decisiones libres, informadas, responsables y voluntarias, esta Corte considera oportuno sentar una dicotomía entre el contenido de los derechos sexuales, por un lado, y de los derechos reproductivos por otro, de manera que se comprenda a cabalidad a qué alude cada una de estas categorías.

Los derechos sexuales

70. El informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en septiembre de 1995, al referirse a los derechos sexuales, señala que estos incluyen:

C

... derecho a tener control y decidir libremente sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, sin verse sujetas a coerción, discriminación ni violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto a las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto a la integridad de la persona, exigen el respeto mutuo, el consentimiento y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual.¹⁵

71. Por su parte y conforme a lo manifestado anteriormente, la Norma Fundamental, desde una perspectiva más general, afirma que los derechos sexuales implican la adopción de decisiones *libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual*.

72. El abordaje de los derechos sexuales que hace la Constitución permite a esta Corte confirmar la conexión que existe entre el acceso a la información y la consecuente toma de una decisión libre y voluntaria, la misma que permitirá a su vez, enfrentar las consecuencias positivas o negativas que devengan de esas decisiones. Por lo tanto, existe una interdependencia entre la información, libertad, voluntariedad y responsabilidad en el ejercicio de la sexualidad.

73. Así pues, el derecho de las personas de acceder a información en torno a su sexualidad les debe permitir conocer cada aspecto que interviene en su sexualidad, de manera tal, que puedan apreciar las consecuencias de las decisiones adoptadas y conocer exactamente los efectos para su salud, entendida como el completo bienestar físico, psicológico y social y no únicamente la ausencia de enfermedades¹⁶. El derecho de las personas a tomar decisiones informadas respecto a su sexualidad se concretiza en el acceso de toda persona, desde la infancia, a una educación integral para la vida afectiva y sexual de manera que posibilite el bienestar y desarrollo de la persona y el ejercicio de la sexualidad en forma plena, libre, voluntaria e informada.

¹⁵ Párrafo 96 del Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en septiembre de 1995.

¹⁶ Ley Orgánica de Salud/2006, Art.3.



74. Por su parte, las decisiones responsables en cuanto a la sexualidad devienen en la asunción de los impactos positivos o negativos que apareja la conducta sexual que una persona está ejerciendo. Pero además en la plena conciencia y conocimiento de que las consecuencias que se derivan de la conducta sexual son las mismas para todas las personas que participen de la relación sexual, sin discriminación de ninguna clase. Por lo tanto, una decisión responsable en torno al tema de la sexualidad debe fundamentarse en la igualdad y respeto mutuo al afrontar las consecuencias devenidas de la práctica de las relaciones sexuales tanto para hombres como para mujeres y en la capacidad de la persona de comprender y asumir el resultado de su conducta sexual.

75. Sólo el cumplimiento de todos estos supuestos en las decisiones que las personas adopten respecto a su sexualidad, su vida y su orientación sexual podrán garantizar el efectivo goce de los derechos sexuales, los mismos que, entre otros aspectos, implican: la posibilidad de decidir sobre el cuerpo (autonomía del cuerpo); vivir de manera sana y placentera la sexualidad (dar, sentir y recibir placer); decidir libremente la opción sexual sin miedos, estigmas ni discriminación; ejercer la sexualidad de manera independiente a la capacidad reproductiva; el acceso a una educación afectiva y sexual integral; el acceso a información respecto de métodos seguros, eficaces y asequibles que eviten el contagio de enfermedades de transmisión sexual; la igualdad en la asunción de las consecuencias de la conducta sexual, la capacidad para asumirlas¹⁷.

Los derechos reproductivos

76. La categoría “derechos reproductivos” fue introducida por primera vez en la Conferencia Mundial Sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo, en 1994, y se la utilizó para definir *al conjunto de derechos humanos que tienen que ver con la salud reproductiva y más ampliamente con todos los derechos humanos que inciden sobre la reproducción*

¹⁷ María Isabel Cordero, “Si al derecho a la vida. Si a los derechos sexuales y reproductivos”, op. cit., p. 39. Véase también *Derechos Sexuales y Reproductivos* en Foro Red de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos, Segunda Edición, Santiago de Chile, 2006, pp. 16 y 17.

*humana así como aquellos que afectan el binomio población-desarrollo sostenible*¹⁸.

77. Por su parte, la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995, ha conceptualizado a la salud reproductiva como:

...un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia¹⁹.

78. Los derechos reproductivos aluden, entonces, al ejercicio de la potestad del ser humano para decidir las condiciones bajo las cuales, va a ejercer su capacidad reproductiva y la manera de hacerlo en caso de que optara por esa posibilidad.

79. En el ámbito nacional, conforme lo señalado *ut supra* la Constitución de la República en su artículo 66.10 consagra los derechos reproductivos como el derecho de toda persona *a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener*.

80. El alcance de esta disposición constitucional ha sido desarrollado de manera detallada en la Ley Orgánica de Salud, la misma que, a partir del artículo 20 se ocupa de regular lo relativo a la salud sexual y reproductiva, garantizando los siguientes derechos:

1. El acceso de hombres y mujeres, incluidos adolescentes, a acciones y servicios de salud que aseguren la equidad de género, con enfoque pluricultural, y que contribuyan a erradicar conductas de riesgo, violencia, estigmatización y explotación de la sexualidad.

¹⁸ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo y Fondo de Población de las Naciones Unidas. *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007, p. 25.

¹⁹ Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995, párrafo 94.



2. El acceso a los servicios públicos de salud sin costo para madres y e infantes.
3. El derecho de hombres y mujeres para decidir de manera libre, voluntaria, responsable, autónoma, sin coerción, violencia ni discriminación sobre el número de hijos que puedan procrear, mantener y educar, en igualdad de condiciones, sin necesidad de consentimiento de terceras personas; así como a acceder a la información necesaria para ello.
4. El acceso a la atención en salud integral, sexual y reproductiva, dirigida a mujeres y hombres, con énfasis en los adolescentes, sin costo para los usuarios en las instituciones públicas.
5. La implementación obligatoria de programas educativos en los establecimientos de educación a nivel nacional, para la difusión y orientación en materia de salud sexual y reproductiva, a fin de prevenir el embarazo en adolescentes, VIH-SIDA y otras afecciones de transmisión sexual.
6. El fomento de la paternidad y maternidad responsable y la erradicación de la explotación sexual.
7. La planificación familiar, con responsabilidad mutua y en igualdad de condiciones.

81. Además de los derechos descritos anteriormente, en virtud de los parámetros internacionales de protección,²⁰ esta Corte, considera que el derecho de hombres y mujeres a la toma de decisiones libres, responsables e informadas respecto a su vida y salud reproductiva implica, además de los consagrados en la Ley Orgánica de Salud, y en ejercicio de la autodeterminación del cuerpo, el derecho a:

1. El acceso a información respecto de métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables de regulación de fecundidad.
2. El acceso a información respecto de sus derechos y obligaciones como padres y madres.

²⁰ Tanto la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995 como el Informe de la Conferencia Mundial Sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994 establecen importantes parámetros de protección de estos derechos exhortando a los Estados a adoptar medidas urgentes que permitan suprimir toda forma de vulneración de estos derechos. Para mayor información véase también, *Derechos Sexuales y Reproductivos* en Foro Red de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos, op. cit, pp. 16 y 17.

3. Recuperar la fertilidad cuando ésta ha sido dañada por falta de información y tratamientos inadecuados.²¹

82. Por lo tanto, para comprender a cabalidad a qué se refieren los derechos reproductivos no basta con remitirse a la Ley Orgánica de Salud, sino será necesario estar a lo dispuesto en esta sentencia, así como, en instrumentos internacionales de derechos humanos, lo cual no excluye cualquier otro derecho que, sin haber sido expresamente determinado en el contenido de esta sentencia, derive del ejercicio de la libertad reproductiva de los seres humanos.

Derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes

83. Uno de los aspectos que marca el inicio de la adolescencia es el desarrollo de caracteres sexuales secundarios que habilitan fisionómicamente al cuerpo, tanto masculino como femenino, para mantener relaciones sexuales así como para procrear.

84. El desarrollo físico y psicológico que se alcanza a partir de la pubertad (12 años) provoca que las y los adolescentes se conviertan en actores sexuales. En efecto, *“...los cambios fisiológicos que se presentan en el advenimiento de la adolescencia van acompañados por impulsos aumentados en diferentes aspectos, especialmente la conducta sexual”*²².

85. Por ello, no debe sorprender que el espectro de protección de los derechos sexuales y reproductivos incluya a las y los adolescentes, pues además de ostentar la categoría de sujetos de derechos, están en plena capacidad anatómica y fisiológica de ejercer su sexualidad.

²¹ Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995, párrafo 94. Véase también, *Derechos Sexuales y Reproductivos* en Foro Red de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos, op. cit., pp. 16 y 17; y, Red Intersectorial de Adolescencia y Sexualidad RIAS, Municipio Metropolitano de Quito, Ministerio de Salud Pública y otros, *Género, adolescencia y derechos sexuales y reproductivos*, op. cit., p. 65.

²² Red Intersectorial de Adolescencia y Sexualidad RIAS, Municipio Metropolitano de Quito, Ministerio de Salud Pública y otros. *Género, adolescencia y derechos sexuales y reproductivos*, op. cit., p. 61.



86. Precisamente, los derechos sexuales y reproductivos tienen por objeto dotar a los seres humanos de herramientas informativas que les permitan decidir libre, voluntaria y responsablemente acerca del manejo de su capacidad reproductiva y de su sexualidad en general.
87. En efecto, esta Corte considera que el derecho a disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y de decidir libre, responsable e informadamente procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, es un derecho que corresponde ejercer directamente a las y los adolescentes, como sujetos plenos de derechos y en virtud del principio de autonomía.
88. Es por ello que, dada la trascendencia de estos derechos, se debe poner especial énfasis en dotar a los y las adolescentes, como sujetos especiales de protección, de instrumentos normativos, científicos, educativos, de salud, informativos, que tengan por objeto la construcción de un criterio libre y responsable sobre cómo ejercer su sexualidad y controlar su capacidad reproductiva. Permitiéndoles vivir una adolescencia plena y feliz y garantizando su salud sexual y reproductiva.
89. En tal virtud, esta Corte considera que en un Estado constitucional de derechos y justicia, todas aquellas medidas adoptadas por el Estado, la sociedad o la familia en relación con los derechos sexuales de las y los adolescentes deben permitir una expresión normal de ese impulso sexual, dejando de lado las prohibiciones, represiones y sanciones que regían anteriormente este ámbito y por el contrario, en ejercicio del rol de garantes que ostentan, deben asegurar que las decisiones adoptadas por las y los adolescentes en el ámbito de su salud sexual sean efectivamente libres, responsables, informadas y voluntarias, con todo lo que ello implica.
90. Esta Corte reafirma que el derecho que tienen los y las adolescentes, de decidir autónomamente sobre su salud sexual, de expresar su opinión y su consentimiento de manera directa, sin la injerencia ilegítima del Estado, la sociedad o la familia. Reconociendo además que esa libertad en el

ejercicio de sus derechos sexuales está íntimamente relacionada a su grado de autonomía, a partir del cual, conforme lo analizado *ut supra*, se legitima una mayor o menor intervención en sus derechos. Por lo tanto, la intervención del Estado, la sociedad y la familia en el contenido de estos derechos se legitima únicamente si observa su interés superior y respeta su libertad, dignidad y opinión.

91. Así, dicha intervención en los derechos sexuales y reproductivos de los y las adolescentes debe tender a la construcción de un grado de autonomía tal que les permita la elaboración de un plan de vida acorde a sus necesidades, anhelos y aspiraciones, libre de tabúes, sanciones y represiones.

92. Las afirmaciones descritas anteriormente, permiten a esta Corte concluir con el señalamiento de la siguiente regla jurisprudencial que tiene efectos *erga omnes*:

La intervención de los padres, madres o la persona a cuyo cuidado se encuentran, sobre los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes, debe encaminarse a dotarles de la guía y las herramientas necesarias y suficientes que les permitan adoptar decisiones libres, informadas y responsables. Por lo tanto, corresponde únicamente a la o el adolescente decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva, fundamentando sus decisiones en las herramientas otorgadas por el Estado, la sociedad y la familia, para la adopción de decisiones libres, informadas y responsables.

2.- ¿En qué momento cesa la autoridad tuitiva de los padres y puede intervenir un “salvador externo” como el Estado?

93. La Constitución ecuatoriana considera a la familia como el *núcleo fundamental de la sociedad*.²³ La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, reconocen a la familia como “*el elemento natural y fundamental de la sociedad*”, que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

²³ Constitución de la República/2008, Art. 67.



94. Tradicionalmente, se consideraba a la familia como el grupo humano compuesto por una pareja de distinto sexo unida por matrimonio y los hijos o hijas concebidos por la pareja. Sin embargo, la normativa constitucional reconoce que el concepto es más amplio.

95. El artículo 67 de la Constitución de la República *reconoce a la familia en sus diversos tipos* y manifiesta que esta se constituye por *vínculos jurídicos o de hecho*. De manera concordante, el artículo 68 asimila a las familias constituidas por uniones de hecho con las fundadas en matrimonio.

96. La amplitud con la que la Carta Fundamental ecuatoriana regula a la familia, obedece a la necesidad de contar con un ordenamiento jurídico constitucional que se ajuste al dinamismo con el que evoluciona el contexto sociocultural.

97. A pesar de aquello, la Norma Suprema marca algunas pautas para identificar a ciertos grupos humanos como familia. Así, cuando el artículo 67 determina que la familia se constituye por *vínculos jurídicos o de hecho*, se está reconociendo que la esencia de la familia radica en asuntos diversos del compromiso contractual, como vínculos afectivos, económicos, la vida en común, una relación regular e intensa, extendiendo la protección a la familia, no únicamente para aquellos casos en los que priman vínculos biológicos o contractuales, sino para todas aquellas *“...relaciones en las que, de hecho, se generen lazos de mutua dependencia equivalentes a los parentales”*²⁴.

98. Por lo tanto, esta Corte considera que la Constitución del Ecuador reconoce como familia a todo grupo humano que tenga vida en común en

²⁴ Santolaya Machetti, Pablo. *Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del Derecho a la intimidad*. En García Roca Javier y Santolaya Pablo (coords.), *“La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos”*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 494.

la que se formen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua sea cual sea su grado de formalidad y el sexo de sus miembros²⁵,

99. Además de establecer la conformación del círculo familiar por *vínculos jurídicos o de hecho*, la Carta Fundamental consagra otro aspecto esencial de la familia: *la igualdad de derechos y oportunidades de sus miembros*.²⁶

Las decisiones adoptadas en el seno de la familia deben tener en cuenta la diversidad de sus miembros y procurar el efectivo cumplimiento de los derechos de cada uno de ellos.

100. En el caso de familias conformadas por adultos y niños, niñas o adolescentes, esa *igualdad de derechos y oportunidades de sus miembros* debe interpretarse a partir de su igualdad material, conforme la cual, no todos los miembros de una familia tienen los mismos derechos y obligaciones, sino que estos dependen del rol que cada persona desempeña en la familia, lo cual no puede, bajo ningún concepto, traducirse en una degradación de la condición de sujeto de derechos de un miembro de la familia. Así mismo, esa *igualdad* a la que alude la Constitución, no debe ser entendida como la ausencia de la autoridad tuitiva de los adultos, pues, de conformidad con lo analizado ut supra, la condición de vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes exige su protección especial, la misma que corresponde garantizar *al Estado, la sociedad y la familia*²⁷.

101. En el seno familiar, la protección especial de niños, niñas y adolescentes, es confiada a los adultos miembros de ese núcleo fundamental, los mismos que, dotados de una potestad tuitiva tienen la obligación de guarda, amparo y defensa de los niños, niñas y adolescentes en todos los ámbitos. El ejercicio de este deber implica la adopción de decisiones respecto del *cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos*²⁸ de las personas menores de edad que conforman la familia, dado su grado de autonomía y vulnerabilidad.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Constitución de la República/2008, Art. 67.

²⁷ Constitución de la República/2008, Art. 69.

²⁸ *Ibíd.*



102. Este tipo de decisiones usualmente se abordan en el seno de la familia, en el que no deben tener injerencia terceros ajenos a ese vínculo. Es en ese marco de respeto a los asuntos privados familiares, que la Norma Suprema ha optado por consagrar el derecho a la *intimidad familiar*.

103. El derecho a la intimidad familiar está garantizado en el artículo 66.20 de la Constitución de la República en los siguientes términos:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

20. El derecho a la intimidad personal y familiar.

104. El derecho a la intimidad tiene como fundamento la protección de las personas contra toda injerencia ilegal o arbitraria en su vida privada o su vida familiar,²⁹ garantiza a las personas y su familia un lugar inquebrantable en el que pueden proyectar tranquilamente su personalidad, libre de intromisiones de terceros.

105. El derecho a la intimidad familiar tiene como eje de protección el ámbito personalísimo de cada familia, es decir, aquellas conductas, información y situaciones que están apartadas de la intromisión o el conocimiento de extraños. La sustracción de lo absolutamente privado de las personas y familias es un derecho fundamental del ser humano que garantiza la reserva de esa información por pertenecer a un ámbito no conocido, no sabido, no promulgado, a menos que las personas voluntariamente la divulguen a terceros.

...la intimidad familiar se presenta como un derecho que tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida coincidente con aquel en el cual se desarrollan las relaciones de esta naturaleza. No se garantiza una intimidad determinada, sino el

²⁹ Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ; artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 16 de la Convención sobre del Derechos del Niño.

derecho a poseerla, con independencia del contenido de lo que se quiere mantener al abrigo del conocimiento público...³⁰

106. A pesar de la consagración constitucional y la importancia fundamental que tiene el derecho a la intimidad familiar, su protección dentro del ordenamiento jurídico no tiene un carácter absoluto e ilimitado. Todos los derechos reconocidos en la Constitución de la República y en los tratados internacionales de derechos humanos necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta Fundamental, caso contrario, la convivencia social sería imposible.

107. Precisamente, los requerimientos de un Estado Constitucional de derechos y justicia, exige la existencia de supuestos bajo los cuales, la intervención en el derecho a la intimidad familiar sea legítima. En virtud de garantías tales como el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 66.20 C.R.) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 66.5), la intimidad familiar sólo puede ser limitada en los casos en los que haya razones suficientes que lo justifiquen, ya que de por medio se encuentran amenazados derechos constitucionales de quienes la componen.

108. Así, existen situaciones en las que el interés superior de las niñas, niños y adolescentes y la prevalencia de sus derechos sobre los demás, legitima una intervención en el derecho a la intimidad familiar.

109. Si bien la familia es un espacio privado, ello no significa que sea impenetrable para el Estado. Aunque la Constitución confió a los padres y madres la educación y crianza de sus hijos e hijas (artículo 69.1 y 83.16) y les otorgó un amplio margen de decisión al respecto, ello no quiere decir que el Estado deba apartarse de aquellos asuntos que involucran a los miembros de una familia, más aún si la Norma Suprema ha consagrado su corresponsabilidad en la promoción de su desarrollo integral y la garantía del ejercicio pleno de sus derechos (art. 44 C.R.).

³⁰ Farnós Amorós, Esther. *Una intromisión consentida en la intimidad familiar*. En Revista para el análisis del Derecho InDret, Barcelona, 2006, p. 4.



110. Precisamente, esa autoridad tuitiva con la que cuentan los padres, madres y en general cualquier persona que tenga a su cargo el cuidado de un niño, niña o adolescente, no es absoluta, ni ilimitada. La potestad de guarda, amparo y defensa encuentra sus límites en el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, en el principio de prevalencia de sus derechos sobre los de los demás³¹ y en su derecho a ser consultados en los asuntos que les afecten³². Por lo tanto, aunque los adultos están legitimados a decidir sobre su cuidado, crianza, educación, entre otros, ello no implica que los niños, niñas o adolescentes estén conminados al cumplimiento de sus opiniones. Caso contrario, dicha obligación se convertiría en un derecho de los adultos de imponer sus decisiones frente a sus hijos, hijas o los niños, niñas o adolescentes bajo su cuidado, convirtiéndose en la herramienta perfecta para perpetuar relaciones de poder lo que deslegitimaría absolutamente la consideración de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, para retomar el viejo paradigma de ser *objeto* de derechos.

111. Justamente, con el fin de dotar de una efectiva protección a las y los adolescentes, la Norma Suprema ha incluido en su texto, la obligación del Estado de adoptar medidas especiales de su protección, potestad que debe ser ejercida aún cuando ello involucre una intromisión en la obligación de los adultos de crianza y educación de sus hijos y la consiguiente limitación en el derecho a la intimidad familiar.

112. De esa manera, el Estado se erigiría en un “salvador externo” al vínculo familiar que está legitimado a intervenir en pro de la efectiva vigencia de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

113. En el caso *sub júdice*, el accionante afirma que las medidas adoptadas por el Ministerio de Salud para prevenir el embarazo adolescente estarían vulnerando su derecho a educar a sus hijos e hijas como mejor le parezca (art. 69 numeral 1 y art. 83 numeral 16 C.R.).

³¹ *Ibidem.*

³² Constitución de la República/2008, Art. 45.

114. Al respecto, conforme lo manifestado *ut supra*, esta Corte considera que las disposiciones constitucionales que se sostiene que han sido vulneradas, no constituyen de ninguna manera, derechos de los padres y madres de familia. Por el contrario, las normas constitucionales invocadas consagran **obligaciones** para estos que tienen por objeto proteger los derechos de las y los hijos en su calidad de sujetos especiales de protección, pues debido a su condición de vulnerabilidad es fundamental garantizar su educación y crianza.
115. En efecto, a partir de lo manifestado, esta Corte concluye que la campaña en cuestión, tenía como objetivo dotar a las y los adolescentes de herramientas necesarias y suficientes que les permitieran ejercer de forma efectiva su derecho a adoptar decisiones libres, voluntarias y responsables acerca de su salud sexual y reproductiva garantizados en el artículo 66 numerales 9 y 10 de la Constitución de la República.
116. Por lo tanto, la intervención de ese “salvador externo” es absolutamente justificada, más aún cuando la normativa constitucional como internacional impone como obligación del Estado la adopción de medidas tendientes a *garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes*³³.
117.
El ejercicio efectivo de los derechos sexuales y reproductivos exige la adopción de medidas no únicamente desde el seno familiar, sino también desde la perspectiva social y estatal, pues la salud sexual y reproductiva es una cuestión de salud pública y educación, confiada no sólo a la familia, sino impuesta al Estado como garante del derecho a la salud (art. 32 C.R.), a la educación (art. 26 C.R.) y corresponsable del ejercicio pleno de los derechos de las y los adolescentes.

³³ Constitución de la República/2008, Art. 3 numeral 1.



118. El Estado se erige pues como un “salvador externo” que está obligado a cumplir con su deber de otorgar a las y los adolescentes la información adecuada y necesaria para que ellos, en ejercicio del principio de autonomía de su cuerpo, puedan finalmente decidir sobre su salud sexual y reproductiva.

119. Esa intervención estatal no puede de ninguna manera entenderse como una injerencia indebida en la obligación de los adultos miembros de la familia de informar a sus hijos e hijas adolescentes sobre la salud sexual y reproductiva. De hecho, dada la condición de las y los adolescentes de actores sexuales, es fundamental que estos estén en la capacidad de asumir sus decisiones, para lo cual, tanto la familia, como la sociedad y el Estado deben otorgarles toda la información requerida, pero además, adoptar medidas efectivas que permitan el ejercicio pleno de esos derechos, en concordancia con el derecho a la salud (art. 32 C.R.) y a la educación (art. 26 C.R.) garantizados en la Constitución de la República.

120. La Corte Constitucional, conforme a estas consideraciones emite con carácter *erga omnes*, la siguiente regla jurisprudencial:

La autoridad tutiva de los padres, madres o de cualquier persona encargada del cuidado de niñas, niños y adolescentes, cesa el momento en el que el ejercicio de la obligación de cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, vulnera su derecho a la información, a la educación y a la salud sexual y reproductiva, transgrediendo los principios constitucionales de su interés superior, su derecho a ser consultados en los asuntos que les afecten, y su calidad de sujetos de derechos, activando la intervención del Estado como un “salvador externo” que imponga medidas que operen a favor del efectivo ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

III. DECISIÓN

121. En mérito de lo expuesto, el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, en ejercicio de sus atribuciones establecidas en el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución de la República, expide la siguiente:

IV. SENTENCIA

JURISPRUDENCIA VINCULANTE

Reglas

1.- ¿Cuáles son los alcances y límites de la posibilidad de intervención de los padres, madres o la persona a cuyo cuidado se encuentran los y las adolescentes, en relación a sus derechos sexuales y reproductivos?

122. La intervención de los padres, madres o la persona a cuyo cuidado se encuentran, sobre los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes, debe encaminarse a dotarles de la guía y las herramientas necesarias y suficientes que les permitan adoptar decisiones libres, informadas y responsables. Por lo tanto, corresponde únicamente a la o el adolescente decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva, fundamentando sus decisiones en las herramientas otorgadas por la familia y el Estado, para la adopción de decisiones libres, informadas y responsables.

2.- ¿En qué momento cesa la autoridad tuitiva de los padres y puede intervenir un “salvador externo” como el Estado?

123. La autoridad tuitiva de los padres, madres o de cualquier persona encargada del cuidado de niñas, niños y adolescentes, cesa el momento en el que el ejercicio de la obligación de cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, vulnera su derecho a la información, a la educación y a la salud sexual y reproductiva, transgrediendo los principios constitucionales de su interés superior, su derecho a ser consultados en los asuntos que les afecten, y su calidad de sujetos de derechos, activando la intervención del Estado como un “salvador externo” que imponga medidas que operen a favor del efectivo ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes.



Efectos

124. La Corte considera que los pasajes de esta sentencia se deben aplicar con efecto *inter pares* a todos los casos en los que se encuentren en conflicto los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes con la obligación parental de educar a los hijos e hijas.

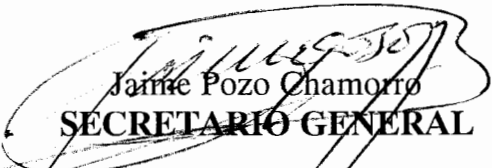
Decisión

125. La Corte Constitucional no ha decidido el caso concreto, en virtud de que ya ha sido resuelto por el Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha.

126. La presente sentencia será publicada en el Registro Oficial y en el portal electrónico de la Corte Constitucional.

127. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

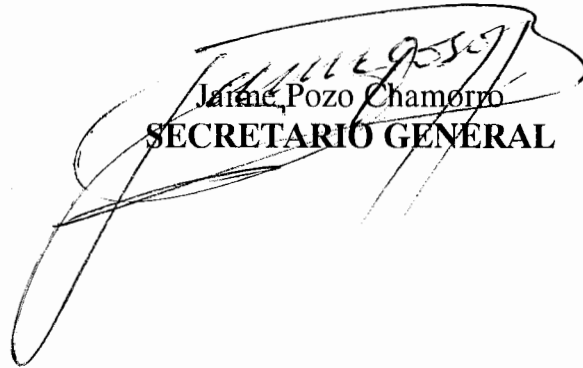

Pamela Martínez Loayza
PRESIDENTA (E)


Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

Razón: Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con cinco votos de las señoras juezas y señores

jueces: Wendy Molina Andrade, Tatiana Ordeñana Sierra, Marien Segura Reascos, Ruth Seni Pinoargote y Pamela Martínez Loayza, sin contar con la presencia de los jueces Francisco Butiñá Martínez, Roxana Silva Chicaíza, Manuel Viteri Olvera y Alfredo Ruiz Guzmán, en sesión del 27 de junio del 2018. Lo certifico.

JPCH/mbm



Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL



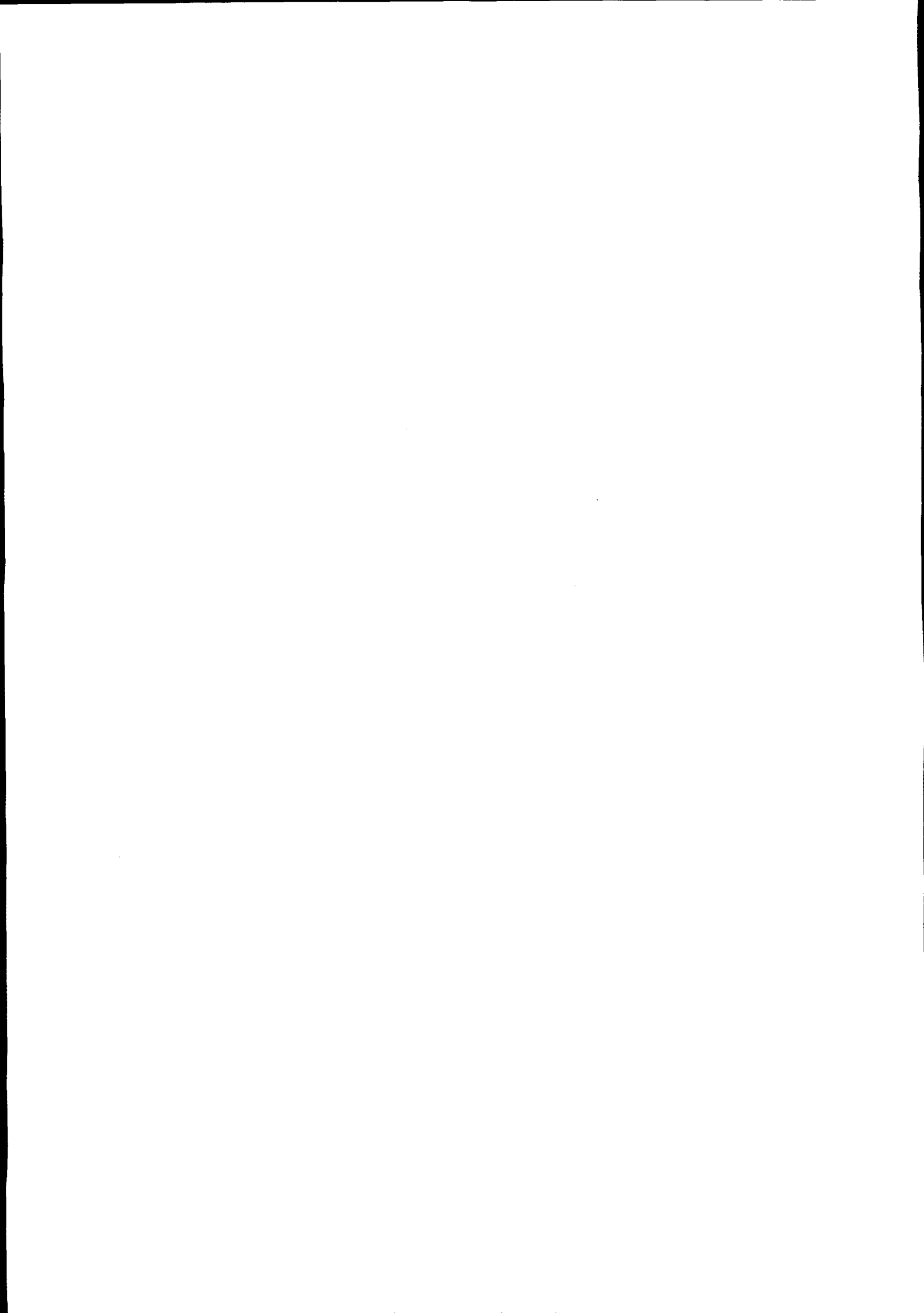
**CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

CASO Nro. 0775-11-JP

RAZÓN.- Siento por tal, que la señora Pamela Martínez Loayza, suscribió la presente Sentencia el día viernes 13 de julio del 2018, en calidad de presidenta (e) de la Corte Constitucional, al momento de expedirse la misma.- Lo certifico.


**Jaime Pezo Chamorro
Secretario General**

JPCh/LFJ



Juicio No. 05202-2019-01771

UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN LATACUNGA. Latacunga, miércoles 11 de diciembre del 2019, las 13h38.

SENTENCIA

La resolución buscará generar una motivación razonable, lógica y comprensible (Sentencia 227-12-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador), para este fin, desarrollará una estructura amigable y de fácil lectura, utilizando términos comprensibles que generen cercanía con los partícipes del proceso y toda la sociedad.

Para este fin, pese a que es posición de este despacho el utilizar notas al pie para detallar las fuentes utilizadas, debido a que el sistema SATJE no cuenta con esta funcionalidad en la notificación de providencias, se describirá las fuentes entre paréntesis en el texto.

I. ASUNTO.

1.- La Abogada María Cristina Espín León, en calidad de Especialista de Derechos Humanos y de la Naturaleza 2 de la Defensoría del Pueblo del Ecuador en Cotopaxi, en representación de la adolescente Serlymar Nahomy Gonzalez Araujo y su hijo neonato sin inscripción de nacimiento, presenta una acción de protección en contra de la Oficina Técnica de Registro Civil, Identificación y Cedulación de Cotopaxi.

2.- Con el objeto de facilitar la lectura y priorizar las razones, en lo posterior se denominará únicamente a la legitimación activa como Defensoría del Pueblo, la adolescente Serlymar y el niño Axel y a la legitimación pasiva como Registro Civil.

3.- Sin embargo que el niño sujeto de protección no haya sido inscrito y este sea un hecho en análisis, su madre refiere que lo llama Axel y con este nombre lo inscribirá, por lo que, entendiendo que la identificación es solo una parte del derecho humano a la identidad, así se lo identificó en la audiencia y así se lo hará en la sentencia.

II. DEBIDO PROCESO Y CONTEXTO PROCESAL.

4.- En un proceso, se deben garantizar integralmente los derechos a la tutela judicial efectiva y el debido proceso. Técnicamente la tutela judicial efectiva debe amparar el acceso de las personas al proceso, a su desarrollo y ejecución material; mientras que el debido proceso fundamentalmente debe resguardar la igualdad y defensa de los partícipes del mismo. En términos más amplios, se debe salvaguardar que las personas accedan pronta y fácilmente al proceso, que todo lo decidido o acordado en él, se cumpla, sea real y, que las personas tengan voz, sean escuchadas, tratadas con igualdad, se les permita demostrar lo que afirman y reciban una respuesta razonable, de la que sea posible no estar de acuerdo y solicitar una revisión. Si se cumple con estos mínimos el proceso será válido.

5.- Presentada la garantía jurisdiccional, fue calificada, convocada la audiencia y citada la legitimación pasiva, así como la Procuraduría General del Estado (desde ahora únicamente Procuraduría). La audiencia se realizó el día jueves 28 de noviembre de 2019, desde las 14h30, a ella acudió la adolescente Serlymar, la Defensoría del Pueblo, el Registro Civil, profesionales del Hospital General Provincial de Latacunga (desde ahora únicamente Hospital) e inasistió la Procuraduría.

6.- En la audiencia los legitimados hicieron uso de un amplio espacio y tiempo para presentar sus posiciones y practicar los elementos de prueba que consideraron las sustentan, así como

también ejercieron contradicción respecto de sus disentimientos. La audiencia se desarrolló a través de una metodología diseñada para garantizar su comprensión efectiva y la más amplia exposición de razones.

III. HIPÓTESIS DE LOS LEGITIMADOS.

7.- Las hipótesis deben entenderse como las posiciones, afirmaciones o propuestas de los sujetos de un proceso respecto de los hechos que se analizan y las consecuencias jurídicas que ameritan, su adecuada identificación permite una motivación integral y comprensiva. Sin embargo, es contrario a este fin su transcripción literal, por lo que se extraerá lo más relevante de cada una a través de sus ideas fuerza.

Hipótesis de la legitimación activa.

Defensoría del Pueblo.

8.- La adolescente Serlymar dio a luz a su hijo Axel el día 18 de noviembre de 2019 en el Hospital, pese a tener un alta médica luego de un parto normal, la adolescente y su hijo no han podido salir de dicha unidad de salud, debido a que el niño aún no ha sido inscrito. El motivo de esta falta de inscripción es que la adolescente Serlymar tenía 16 años (el día de la audiencia cumplió 17), es de nacionalidad venezolana y su padre y madre se encuentran en Venezuela, y el Registro Civil para la inscripción de Axel solicitó que los representantes legales de la adolescente Serlymar, firmen dicha inscripción, sin lo que, afirmaron no es posible realizar la misma y, sin la inscripción no es posible dar el alta a la madre y al niño, por lo que han permanecido en el Hospital hasta la fecha de realización de la audiencia (28 de noviembre de 2019). El que el niño y su madre adolescente permanezcan en el Hospital durante todos estos días es un riesgo para su salud, debido a la constante exposición a posibles contagios o infecciones que la unidad de salud atiende. El niño recién nacido fue separado de su madre y trasladado a neonatología en el Hospital, hecho que atenta contra la formación y el fortalecimiento del vínculo materno-filial. El Hospital comunicó verbalmente esta situación a la Defensoría del Pueblo y ellos a su vez el 19 de noviembre convocaron a una reunión de trabajo en la que además de las instituciones antes referidas participó el Ab. Gonzalo Díaz, coordinador de la Oficina Técnica del Registro Civil, en dicha reunión se solicitó al Registro Civil la inscripción del niño, cuyo representante manifestó que no era posible sin la firma del representante legal de la adolescente o de un familiar directo que posea documentos. Por estos motivos se han vulnerado los derechos de la adolescente y niño a una atención prioritaria y especializada, a su protección especial al ser personas en estado de doble vulnerabilidad, a la identidad y a la seguridad jurídica, por lo que solicitan se acepte la acción de protección y se disponga al Registro Civil la inmediata inscripción del niño, la atención, control y seguimiento médico del niño y su madre por parte del Ministerio de Salud Pública, que el Registro Civil realice disculpas públicas a la adolescente a través de su página web institucional y como garantías de no repetición elabore un protocolo o instructivo que incluya la atención y garantía de derechos de personas en situación de movilidad humana y, se disponga una capacitación sobre la garantía de derechos humanos de las personas de este grupo de atención prioritaria.

Escucha de la adolescente Serlymar.

9.- Entendiendo que garantizar la voz y escucha de una adolescente no es una prueba, ni un requisito procesal, sino el ejercicio de un derecho humano que es parte inherente de su reconocimiento como sujeto con un interés superior, se consultó a la adolescente Serlymar si

deseaba ser escuchada en la audiencia, a lo que la misma respondió afirmativamente y manifestó:

a.- Hace 1 año y medio vino al Ecuador por la grave crisis que afecta a su país, ingresó sin sus padres, quienes viven en Venezuela;

b.- No tiene pasaporte, ya que en Venezuela ya no los dan;

c.- Actualmente vive en el barrio San Felipe de esta ciudad de Latacunga con su pareja el señor Alan Alberto Galue Salazar; se dedica a actividades del hogar ya que su pareja trabaja; ella no estudia;

d.- El 18 de noviembre dio a luz a su hijo en el Hospital, al día siguiente los dieron de alta, pero le dijeron que no podía inscribir a su hijo porque ella es menor de edad y extranjera y que debían concurrir sus padres, quienes no pueden hacerlo porque se encuentran en Venezuela;

e.- Ha permanecido en el Hospital todos estos días en una habitación de alojamiento y su hijo está en neonatología pese a estar sano, ella lo ve cada tres horas para darle de comer y luego nuevamente lo retornan a neonatología;

f.- Su deseo es permanecer en este país, ya que quiere darle un futuro a su hijo;

g.- No ha iniciado algún proceso para obtener protección internacional porque desconoce que debe hacer, pero necesita permanecer legalmente en el país.

Hipótesis de la legitimación pasiva, Registro Civil.

10. No desconocen los derechos de la adolescente y su hijo, ni tampoco su pretensión con esta acción de protección ya que implica el ejercicio del derecho a la identidad del niño, sin embargo, no aceptan que el Registro Civil haya vulnerado sus derechos, ya que en ningún momento se negó la inscripción, sino únicamente solicitaron que se cumplan con los requisitos y procedimientos que la misma requiere.

11. Este tipo de casos suceden comúnmente, el procedimiento previsto en el Reglamento a la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles y un instructivo al respecto, establece que cuando una adolescente da a luz a un bebe, son los padres o representantes legales de la adolescente los que deben firmar la inscripción, y cuando no están presentes el Hospital o el Registro Civil deben acudir a una Junta de Protección de Derechos y esta entidad es la que acompaña a la adolescente en la inscripción.

12. En tal virtud lo que ha garantizado el Registro Civil es la seguridad jurídica del acto de inscripción y las normas que lo regulan, por lo que, si en esta acción de protección se dispone la inscripción del niño, la ejecutarán de forma inmediata al ser una orden judicial.

Participación del Hospital.

13. Al ser convocados a la audiencia, concurrieron varios profesionales en representación del Hospital, de los que intervinieron dos, al ser quienes atienden directamente a la adolescente y el niño.

14. La doctora María Alejandra Méndez Camacho, refirió:

- a.- Que trabaja como pediatra en el Hospital y atendió al niño (Axel), quien nació en un parto normal;
- b.- El niño nació únicamente con ictericia neonatal, que fue superada fácilmente con un tratamiento básico (lámpara de luz), por lo que tuvo un alta inmediata, ya que se encuentra sano;
- c.- No existen condiciones clínicas para que el niño permanezca en el Hospital, la razón obedece exclusivamente a que no ha sido inscrito;
- d.- El niño permanece en el área de neonatología, en la que se encuentran niños/as que nacen con patologías o enfermedades, el que el niño permanezca allí lo expone a posibles contagios;
- e.- El niño es llevado donde su madre para que se alimente cada tres horas.

15. La doctora Verónica Vizuite, manifiesta en lo pertinente:

- a.- Que labora como especialista obstétrica en el Hospital;
- b.- Serlymar ingresó por emergencias al Hospital el 17 de noviembre de 2019, a las 23h00, en labor de parto, luego fue llevada al área de maternidad; tuvo un parto normal y su hijo nació el día 18 del mismo mes;
- c.- Las madres que tienen un parto normal permanecen en observación por 24 horas, por lo que al no existir complicación se pidió el alta de la adolescente el 19 de noviembre;
- d.- Las madres deben permanecer en la sala de alojamiento mientras esperan el alta de sus hijos.

IV. HECHOS.

16. En un proceso los hechos afirmados se demuestran con pruebas que cumplan con características de eficacia jurídica (Art. 76.4 de la Constitución), que sean pertinentes, útiles y conducentes respecto de lo que se necesita conocer. La posibilidad de presentar pruebas y contradecir las presentadas en su contra, es parte del contenido esencial del derecho a la defensa, por tanto, de los estándares mínimos del debido proceso (Art. 76.7.h de la Constitución)

17. Una de las manifestaciones técnicas de un proceso, respecto al ámbito probatorio, implica el poder identificar los asuntos realmente controvertidos, determinando para aquello los que fueron aceptados expresa o tácitamente o, pese a ser practicados en contradicción realmente no involucran un desacuerdo.

18. Realizando este ejercicio de asertividad, este despacho identifica que los legitimados no controvertieron los siguientes hechos:

- a.- Que la adolescente Serlymar Nahomy Gonzalez Araujo, nació el 28 de noviembre del año 2002, en Venezuela, por lo que al momento en que nació su hijo tenía 16 años y el día de la audiencia cumplió 17 años;
- b.- Que el 18 de noviembre de 2019 nació el hijo de la adolescente, y el nombre que escogió su madre es Axel, tal como lo inscribirá;

- c.- Que la adolescente Serlymar y su hijo Axel estuvieron en condiciones de alta médica desde el 19 de noviembre de 2019;
- d.- Que Serlymar no ha podido inscribir el nacimiento e identificación de su hijo debido a que es adolescente, sus padres viven en Venezuela y no pueden concurrir a Ecuador a firmar el acta de inscripción;
- e.- Que el Registro Civil manifiesta que para inscribir al niño, debido a que su madre es adolescente, deben firmar la inscripción sus representantes legales o debe iniciarse un proceso ante la Junta de Protección de Derechos;
- f.- Que debido a que el niño Axel no ha sido inscrito, no puede generarse su alta médica, y por este motivo tampoco la de su madre;
- g.- Que desde la fecha del parto hasta la realización de la audiencia transcurrieron 10 días, más desde el momento en que médicamente la adolescente y el niño debieron tener un alta médica transcurrieron 9 días;
- h.- Que en dichos 9 días, Axel ha permanecido en el área de neonatología destinada para niños/as que nacieron con una patología, pese a que él no tiene ninguna, situación que genera una situación objetiva de riesgo a su salud;
- i.- Que la adolescente Serlymar en este tiempo ha permanecido en una sala de alojamiento a la espera de la entrega de su hijo;
- j.- Que la adolescente Serlymar únicamente puede ver a su hijo Axel cada 3 horas para darle de lactar, luego de lo que el niño vuelve a neonatología;
- k.- Que la adolescente Serlymar ingresó al Ecuador hace 1 año y medio y vive en el barrio San Felipe de esta ciudad de Latacunga y es su deseo permanecer en el país;
- l.- Que el Registro Civil conoce de la situación de la adolescente y el niño desde el 19 de noviembre de este año, tanto por los funcionarios que trabajan en el Hospital, así como por la reunión de trabajo que mantuvieron con la Defensoría del Pueblo, sin embargo, hasta la fecha de realización de la audiencia no se realizó ninguna acción tendiente a generar la inscripción del niño.

En tal virtud, realmente no existieron hechos en controversia, sino un debate argumentativo dirigido a establecer si estos hechos producen (o no) una vulneración de derechos.

V. RAZONAMIENTO.

19. Al igual que en el desarrollo de la audiencia, entendiendo que una garantía jurisdiccional debe ser tramitada de forma sencilla, rápida, eficaz y comprensiva (Art. 86.2.a de la Constitución), el razonamiento de esta decisión se realizará a través de preguntas claras y respuestas concretas y fundamentadas, siempre dirigidas al análisis de la dignidad y derechos de los sujetos de protección.

20. Las preguntas a formular serán: ¿Quién?, ¿Por qué?, ¿Qué? y, ¿Cómo?

1.- ¿Quién?

21. Esta pregunta es la primera en efectuarse, para establecer que en esta garantía jurisdiccional (así como en toda actividad estatal) la centralidad son las personas, su dignidad y derechos.

22. En la presente acción las personas sujetos de protección son dos, por lo que se describirá sus condiciones de forma individual, entendiéndose --sin duda- que su integralidad es imperativamente superior a lo que en esta sentencia se pueda explicar a través de medios forenses.

Serlymar

23. Es una adolescente de 17 años, que es madre desde el 18 de noviembre de 2019, su nacionalidad es venezolana, salió de su país por la grave crisis que enfrenta e ingresó al Ecuador desde hace 1 año y medio no acompañada por sus padres o familiares, actualmente no estudia y hasta la audiencia que motivo esta acción se encontró interna en el Hospital por 10 días, 9 de ellos sin necesidad médica, sin poder cuidar y permanecer con su hijo, sino cada 3 horas para alimentarlo.

Axel

24. Es un niño de 9 días de nacido (a la fecha de realización de la audiencia), sin registro de identificación de sus nombres, apellidos, procedencia familiar y nacionalidad, que no goza del cuidado integral y permanente de su madre, que se encuentra en el área de neonatología de una unidad salud no prevista ni adecuada para su estancia, sin razones clínicas, expuesto a un riesgo latente de contagio de enfermedades.

2.- ¿Por qué?

25. Esta pregunta se dirige a identificar las razones por las que las personas requieren el conocimiento de su situación y la garantía de sus derechos a través de un recurso/acción que debe ser efectivo e interpuesto ante un órgano que ejerce jurisdicción (Art. 8 de la Declaración de Derechos Humanos, Art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos)

26. La adolescente Serlymar a través de la Defensoría del Pueblo acude con el objeto de poder cuidar directa y permanentemente de su hijo, inscribirlo en el Registro Civil, obtener el alta del Hospital, retornar a su hogar y garantizar su estancia en el Ecuador.

27. El niño Axel, representado por su madre y la Defensoría del Pueblo es legitimado activo de esta acción, porque permanece en un área del Hospital no adecuada para su cuidado, que le genera riesgo a su salud, sin necesidad médica, porque debe ser inscrito con nombres, apellidos y procedencia familiar, porque necesita de su madre para un desarrollo idóneo e integral y, ser cuidado en el hogar que le brinden sus padres

3.- ¿Qué?

28. La pregunta ¿qué?, busca identificar los derechos que se encuentran afectados o vulnerados con los hechos en análisis, reconociendo imprescindiblemente que el fundamento de los derechos es la dignidad, que es la esencia de las libertades (en sentido amplio), la que constituye el ser y decidir.

La dignidad es un elemento inherente a la existencia humana y constituye el fundamento de los derechos constitucionales, así como el deber principal de

protección del Estado. En este sentido, la noción de dignidad se relaciona con la concepción de un ente para sí mismo y de un colectivo para sí y para otros”, “al ser el Ecuador un Estado de derechos, la dignidad humana adquiere un papel fundamental en el modelo jurídico interno, pues se trata del núcleo central de los derechos, mismo que ha sido ampliamente invocado por el derecho internacional y derecho constitucional, llegando a un consenso internacional acerca de su protección. Así, la Carta de Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos y nuestra Constitución, resaltan la importancia de la noción de dignidad humana como el eje transversal en la interpretación de derechos, creación de disposiciones normativas y planificación de políticas públicas. (Sentencia N° 133-17-SEP-CC, caso N° 0288-12-EP, emitida por la Corte Constitucional el 10 de mayo de 2017)

29. Establecida esta estructura, ahora es necesario analizar individualmente cada una de las condiciones de los sujetos de protección en función de sus derechos y dignidad.

3.1. ¿Qué implica que Serlymar sea una adolescente?

30. La adolescencia es una categoría etaria, creada para reconocer a un ser humano que se encuentra en una etapa de desarrollo integral “entendido como [un] proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones” (Art. 44 de la Constitución), al contrario de una perspectiva de *situación irregular* el ser niña, niño o adolescente no involucra ser vulnerable, sino ser sujetos plenos de derechos, con garantías especiales para reconocer y proteger su igualdad y desarrollo en condiciones de vida digna. Por lo que, el que Serlymar sea una adolescente debe motivar la observancia y garantía del ejercicio de sus derechos en el contexto en el que se desarrolla.

31. Para garantizar este reconocimiento y garantías, desde el *corpus iuris* creado por los derechos humanos (Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”) se han instituido derechos y principios de protección, el más importante el interés superior de niñas, niños y adolescentes.

3.1.1. ¿Cómo debe entenderse el interés superior?

32. Por su naturaleza de *concepto jurídico indeterminado* (Ver en: Farith Simon Campaña, “Interés superior del niño: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva” (Quito: Ediciones *Iuris dictio*, 2014), 291) el interés superior ha tenido un sinnúmero de interpretaciones que muchas veces han sido contrarias a su fin, por lo que, en aras de desarrollar una perspectiva integral y objetiva desde la óptica de los derechos humanos, nos asistiremos de dos criterios expresados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-17/2012 y el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

33. La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene la opinión de que el interés superior 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

34. Por su parte el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas establece que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida [...]

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. [...]

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

35. Por lo tanto, al ser una obligación para esta unidad judicial, el eje transversal del análisis, valoración y motivación será el interés superior de la adolescente y niño sujetos de protección, que integrando los criterios expuestos se entenderá como la garantía de ejercicio pleno de sus derechos, la consideración primordial de su interés en toda decisión, la interpretación que más lo satisfaga, el análisis de las posibles repercusiones en las decisiones tomadas, todo expresado de forma motivada.

3.2. ¿Qué consideración debe darse a una madre adolescente y qué garantías en su favor? y determinado lo previo ¿Se vulneraron los derechos de Serlymar en esta condición?

36. Inicialmente es necesario establecer que nuestro país reconoce a las mujeres embarazadas como personas a las que se debe atención prioritaria (Art. 35 de la Constitución), más esta protección abarca el embarazo, el parto y posparto (Art. 43.3 ibídem).

37. Al igual que el ser niña, niño o adolescente no es una condición de vulnerabilidad *per se*, el ser una mujer embarazada, en proceso de parto, periodo de puerperio o lactancia tampoco, más si unimos estas dos circunstancias se genera una situación de vulnerabilidad, al existir un riesgo para la salud de la madre y su hijo/a, afectarse el desarrollo del proyecto de vida, generarse limitación, interrupción o deserción del sistema educativo, sin perjuicio de las diversas condiciones en las que puede haberse producido la concepción, la mayoría de ellas vinculadas a la negligencia en el cuidado, la situación de pobreza, la falta de acceso a información o programas de educación sexual y reproductiva, pero más aún a la violencia física, psicológica o sexual.

38. Es por esto que una adolescente embarazada o madre se encuentra -al menos- en dos categorías protegidas, que motivan una protección reforzada, medidas integrales y la optimización de recursos eficaces y efectivos para su atención.

39. Tomando en cuenta que el contenido de los derechos se desarrolla de forma progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas (Art. 11.8 ibídem), el embarazo adolescente en nuestra legislación se lo identifica como un problema de salud pública (sin perjuicio de la consideración particular del mal uso de la palabra problema), respecto del que se debe garantizar acceso a los servicios públicos de salud sin costo, así como:

atención integral, que incluya la prevención de las situaciones de riesgo y abarque soluciones de orden educativo, sanitario, social, psicológico, ético y moral, privilegiando el derecho a la vida garantizado por la Constitución. (Art. 21 de la Ley Orgánica de la Salud),

40.- Así mismo, se dispone que:

El poder público y las instituciones de salud y asistencia a niños, niñas y adolescentes crearán las condiciones adecuadas para la atención durante el embarazo y el parto, a favor de la madre y del niño o niña, especialmente tratándose de madres adolescentes [...] (Art. 25 del Código de la Niñez)

41. Por otra parte, a partir del estudio y diagnóstico del embarazo adolescente el Plan Nacional del Buen Vivir 2017-2021, concibe en sus objetivos nacionales de desarrollo, la elaboración de un sistema de protección para mujeres adolescentes embarazadas y prevé metas dirigidas a atender y reducir el embarazo adolescente en nuestro país a través de la articulación de políticas públicas. En tal virtud, el Ecuador busca prevenir, reducir, atender y maximizar la protección de adolescentes embarazadas, en proceso de parto, puerperio y lactancia y de allí se originan sus obligaciones positivas y negativas.

42. Concentrándonos, aún solo en el hecho de que Serlymar es una madre adolescente, se advierte que el Estado, a través del Registro Civil y también el sistema de salud pública, no brindó garantías especiales y preferentes a la adolescente en su parto y posparto, no diseñó una estrategia efectiva para analizar su situación integral, ni activó servicios o recursos públicos preferentes para su atención, de esta forma incumplió con sus obligaciones positivas, vulnerando el interés superior de la adolescente como un derecho, pero más aún, por su acción limitó el contacto de la madre con su hijo a un horario predeterminado, que incluso si fuere recomendable en términos médicos no lo es en una perspectiva holística que reconozca el vínculo afectivo entre madre e hijo, no permitió el alta de ambos para que pueden acudir a su hogar, no verificó si tenían un hogar, impidió el ejercicio de la patria potestad de la madre al no permitirle inscribir a su hijo y además los expuso a un riesgo a su salud al mantenerlos en el Hospital sin necesidad clínica, por la exigencia de un requisito administrativo que – como se analizará- pudo tener salidas jurídicas previstas en nuestro sistema.

3.3. ¿Qué involucra ser una adolescente no acompañada en movilidad humana?

43. Una persona en movilidad humana se define como aquella “que se moviliza de un Estado a otro con el ánimo de residir o establecerse de manera temporal o definitiva en él” (Art. 3.7 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana)

44. Nuestra Constitución protege a las personas que se encuentran en esta situación, incluyéndolas en los grupos de atención prioritaria, y reconoce derechos y principios dirigidos a su salvaguarda, como el derecho a migrar, el derecho al asilo, el derecho al refugio, el principio de no devolución, la asistencia humanitaria y jurídica (Art. 40 de la Constitución), el principio de igualdad y la prohibición de discriminación (Art. 11.2 ibídem), la ciudadanía universal, la libre movilidad de los habitantes del planeta, el progresivo fin de la condición de extranjero (Art. 416.6 ibídem), entre otros.

45. Sin embargo, cuando la persona en movilidad humana es una niña, niño o adolescente, y se encuentra no acompañado/a o separado/a de su familia, además de garantizarle atención prioritaria por esta doble condición, debe reconocerse que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, expuesta a riesgos, amenazas y vulneraciones de derechos, por lo que se los

ha incluido en categorías especiales de protección desde el sistema internacional de derechos humanos y nuestro ordenamiento interno.

46. Los “niños no acompañados” son quienes han sido separados de ambos –padre y madre- y de otros parientes y no están a cargo de ningún otro adulto quien, por ley o por costumbre, es responsable de desempeñar dicha función (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Directrices sobre protección internacional No. 8: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/GIP/09/08, 22 de septiembre de 2009, párr. 6.)

47. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de migración y/o en necesidad de protección internacional, desarrolló que:

al diseñar, adoptar e implementar sus políticas migratorias relativas a personas menores de 18 años de edad, los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta de forma transversal los derechos de niños y niñas y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos, en los términos de los artículos 1.1, 2 y 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana

48. Dicha corte en ejercicio de su competencia contenciosa analizó como los niños/as no acompañados y separados se enfrentan a diversas vulnerabilidades y riesgos vinculados a la separación de su familia y diversas formas de violencia (Caso de la familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia)

49. Es en esa virtud, que nuestro país reconoce que en ejercicio del derecho a solicitar una condición migratoria, cuando sean solicitantes de protección internacional

Se dará prioridad a la tramitación de las solicitudes presentadas por niñas, niños y adolescentes no acompañados o separados de sus representantes legales [...]”, “[...] la autoridad competente coordinará el nombramiento de un tutor o representante legal [...] notificará inmediatamente a la Defensoría Pública a fin de que asuma la representación legal del niño, niña o adolescente (Art. 99, numerales 8 y 9 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana)

50. Más es necesario anotar que acciones de protección en favor de este grupo en vulnerabilidad no solamente deben realizarse cuando haya un pedido de parte, sino de oficio por los integrantes del Sistema de Protección Especial de niños, niñas y adolescentes, así como todo funcionario/a de otros órganos e instancias vinculados directa o indirectamente con estas funciones, tanto porque la atención, protección o denuncia de situaciones de vulnerabilidad o vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes son una obligación de toda persona, más aún servidores/as públicos/as, así como, porque en el desarrollo normativo de la política pública así lo establece el numeral 6.2 del Acuerdo N° 095 emitido por el Ministerio de Inclusión Económica y Social, emitido el 3 de junio de 2019 (Edición Especial del Registro Oficial 944, 3VI2019) que contiene el Protocolo de protección de niñas, niños y adolescentes en contextos de movilidad humana y sus anexos.

51. En este contexto es claro que Serlymar es una adolescente no acompañada, que además es madre, y que estas condiciones fueron conocidas por el sistema de salud pública y el Registro Civil, sin embargo –como se mencionó anteriormente- no se realizaron acciones prioritarias y

especializadas para atender su situación de alta vulnerabilidad, al contrario se limitaron sus derechos parento-filiales.

52. Con el objeto de superar el plano de la abstracción es necesario analizar cuáles son las acciones y posibilidades jurídicas que debieron valorarse ante esta situación de vulnerabilidad. Sin perjuicio de otros escenarios, una adolescente no acompañada o separada inicialmente puede requerir (i) el nombramiento de un/a tutor/a; (ii) el reconocimiento de su autonomía; o, (iii) la emisión de la medida de protección de acogimiento institucional.

Tutoría.

53. Una guarda es una figura jurídica dirigida a garantizar cuidado a personas que por varios motivos no pueden autodeterminarse o aun no poseen capacidad jurídica para hacerlo y no se encuentran en el cuidado de sus padres. Las guardas se expresan a través de tutorías o curadurías, las primeras están dirigidas a la protección de niñas, niños y adolescentes y, las segundas a personas mayores de edad que por diversas circunstancias no pueden autodeterminarse, debiendo anotar que existen varias curadurías que no responden a esta regla, pero que no son relevantes en el presente análisis (Arts. 367, 369-371 del Código Civil)

54. Las guardas pueden ser legítimas (familia), dativas (conferidas judicialmente) y testamentarias (acto testamentario) (Art. 381 de la ley en mención). En tal virtud concentrándonos en la realidad de una niña, niño o adolescente no acompañado/a o separado/a, la primera opción debe ser verificar la posibilidad de identificar y ubicar a un miembro familiar con condiciones de idoneidad para realizar su cuidado, para con su aceptación nombrarlo como tutor/a legítimo/a, quien cumplirá con funciones de cuidado integral y representación legal. El cuidado -en la mayoría de los casos- debe implicar convivencia familiar, responsabilidad en la formación/educación, satisfacción de necesidades y vínculos afectivos y, la representación legal involucra asumir responsabilidades y también atribuciones en su nombre, principalmente en el área educativa, de la salud, en protección especial, acceso a servicios y constitución de una condición migratoria.

55. Más, si no existiere o no pudiere ubicarse a un miembro familiar, judicialmente puede nombrarse una tutoría dativa, a ejercerse por una persona que no es parte de la familia, que tenga condiciones de idoneidad verificada, que la niña, niño o adolescente reconozca y acepte como alguien que puede encargarse de su cuidado y representación.

56. Tanto en el análisis de una tutoría legítima, así como en la dativa, es importante valorar que a la familia debe entenderse en un sentido amplio que incluye a los padres biológicos, padres de acogida, familia ampliada, tutores legales o habituales, personas con las que la niña, niño o adolescente tenga una relación personal estrecha e incluso a la comunidad (Párrafo 59 de la Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial emitida por el Comité de los Derechos del Niño) y que en nuestro país se ha reconocido a la filiación social entendida como aquella que nace de la convivencia entre una persona que asume el papel de padre o madre y otra que asume el de hijo o hija; convivencia que genera derechos y obligaciones, así como vínculos afectivos, culturales y sociales (Resolución jurisprudencial N° 05-2014 emitida por la Corte Nacional de Justicia)

57. En materia procesal el nombramiento de una tutoría debe sustanciarse en una Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, en un proceso de medidas de protección (Art. 270 del Código de la Niñez y Adolescencia) o con la pretensión directa de designación de una guarda (Art. 332.5 del COGEP).

58. Es necesario considerar -además- que mientras se dirime una tutoría y se investiga si el lugar y las personas con quienes permanece la niña, niño o adolescente son idóneos, y no existen indicios de alguna situación de riesgo específico, tomando en cuenta que el acogimiento institucional es una medida de *ultima ratio*, es posible solicitar la emisión de otras medidas de protección como la orden de cuidado que temporalmente amparen su cuidado y representación (Art. 217.2 del Código de la Niñez y Adolescencia)

Autonomía.

59. El fin principal de la normativa internacional de derechos humanos, de nuestra Constitución y legislación atinentes a niñas, niños y adolescentes es garantizar su dignidad a través de su reconocimiento como sujetos con igualdad de derechos, que perciben, sienten, piensan, deciden y actúan. Una de las manifestaciones concretas de esta estructura es la comprensión de su desarrollo integral que involucra la vivencia de experiencias, el despliegue de su intelecto, capacidades cognitivas y emocionales, potencialidades, aspiraciones, etc., en un ejercicio progresivo de derechos, deberes y responsabilidades (Art. 13 del Código de la Niñez y Adolescencia)

60. Para comprender el estado de este proceso de desarrollo es imprescindible y obligatorio dar voz y escuchar a las niñas, niños y adolescentes, ya que:

cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad (Observación General N° 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado)

61. Una de las expresiones máximas de la dignidad es la autodeterminación, la construcción consciente y responsable de un proyecto de vida propio, el reconocimiento de la autonomía, que respecto de niñas, niños y adolescentes es progresivo y debe visibilizarse y ser valorado como parte fundamental de su interés superior.

62. Bajo estas consideraciones, en la atención de niñas, niños y adolescentes no acompañados o separados, debe considerarse su nivel de autonomía personal expresada en un proyecto de vida en construcción, en la toma de decisiones y ejecución de acciones dirigidas a ese fin, en la independencia domiciliar y económica, etc., que permitan establecer si requiere o no cuidado de otra persona o, si el disponerlo sería inefectivo o lesivo a su dignidad. Si se verificare dicha autonomía y que a través de ella se ejerce un mayor desarrollo integral y ejercicio de derechos, ésta debe ser reconocida y garantizada dictando medidas de protección dirigidas a fortalecerla, por medio de acciones y servicios públicos y privados, con un seguimiento sostenido siempre en evaluación, además de la disposición de medidas que garanticen su acceso efectivo al sistema de protección internacional.

Acogimiento institucional.

63. Es una medida de protección cuya naturaleza es excepcional, aplicable como un recurso de *ultima ratio*, porque para emitirla se requiere que confluja una situación emergente, que implique la imposibilidad de otras medidas dirigidas a reinsertar al niño, niña o adolescente en un medio familiar principal o ampliado, siendo necesaria la institucionalización.

64. En el caso de niñas, niños o adolescentes no acompañados o separados, el acogimiento institucional es necesario cuando no ha sido posible designar un/a tutor/a y no existe un nivel de autonomía suficiente para reconocerlo (principalmente en el caso de niñas y niños). En

esas condiciones la entidad de atención que lo brinde, garantizará fundamentalmente a la niña, niño o adolescente seguridad, estabilidad, protección y desarrollo, por medio de la provisión de vivienda, alimentación, cuidados personales, inserción en el sistema educativo, salud preventiva y curativa y, a través de un plan global la posibilidad de reinserción a su familia o el fortalecimiento de su autonomía y, cuando fuere necesario la declaratoria de adoptabilidad para generar el derecho a tener una familia. En todos los casos la entidad de acogimiento debe garantizar a la niña, niño o adolescente su acceso a protección internacional.

65. Es importante anotar, que en el sistema progresivo de las medidas de protección existe otra medida previa al acogimiento institucional que es el acogimiento familiar realizado por familias idóneas y capacitadas que acogen de forma temporal hasta determinar o generar las posibilidades antes descritas, sin embargo esta medida no se ha desarrollado de forma efectiva en nuestro país.

66. En cualquiera de los casos antes analizados, la escucha de la niña, niño o adolescente en condiciones de expresarse y formarse un juicio propio es obligatoria y constituye uno de los pilares del interés superior.

3.3.1. ¿Se vulneraron los derechos de la adolescente Serlymar como persona en movilidad humana?

67. En el caso de la adolescente Serlymar, el Hospital y el Registro Civil no realizaron ninguna acción institucional o forense dirigida a analizar y efectivizar cualquiera de las medidas antes descritas, no buscaron conocer su condición integral, saber si se encontraba en una situación de riesgo, garantizarle un medio familiar, comunitario, social o institucional adecuado, el reconocimiento de su autonomía, el acceso a protección internacional o en general formas sostenidas que garanticen más que un servicio su desarrollo integral.

68. Se debe advertir que el Hospital respecto de la adolescente Serlymar y su hijo Axel, se encuentra en función de tutela estatal, por lo que tiene deberes jurídicos de cuidado y es responsable de su integridad y ejercicio de derechos, por lo que, todo acto omisivo implica negligencia y responsabilidad estatal susceptible de reparación, contexto aplicable en la misma forma al Registro Civil, ya que ambas son instituciones estatales que tuvieron influencia directa en el ejercicio de derechos de la adolescente y el niño.

69. El Hospital al ser una unidad de salud que ejecuta políticas, programas, acciones y medidas de protección en favor de niñas, niños y adolescentes es una entidad de atención que forma parte del Sistema de Protección Integral a este grupo etario (Art. 209 del Código de la Niñez y Adolescencia) que tiene como obligaciones específicas garantizarles que cuenten con los documentos de identidad, realizar todas las acciones sociales, legales y administrativas orientadas a definir y solucionar su situación física, psicológica, legal, familiar y social y, poner en conocimiento de la autoridad competente la situación de amenaza o violación de derechos (Art. 211, literales g, h, k ibídem), pero además, nuestra legislación les reconoce la atribución directa de emitir medidas de protección emergente como la custodia familiar, acogimiento institucional, la inserción en un programa de protección y atención, el seguimiento por parte de los equipos de trabajo social y, poner en conocimiento de la autoridad competente estas medidas en el plazo de 72 horas, para que se dispongan las medidas definitivas (Art. 79 y 218, inciso cuarto ibídem). Por lo que principalmente por omisión el Hospital y el Registro Civil vulneraron los derechos de la adolescente Serlymar en su condición de persona en movilidad humana.

3.4. ¿Se vulneraron los derechos parentofiliales de la adolescente Serlymar?

70. Son derechos y obligaciones de las madres y padres, el cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos (Art. 69.1 de la Constitución) Esta relación parento-filial toma el nombre de patria potestad, institución jurídica que implica un conjunto de derechos y obligaciones que tienen padres y madres en relación a sus hijos e hijas (Art. 105 del Código de la Niñez y Adolescencia), que por su naturaleza es privativa de los primeros y, solo puede ser modulada por acuerdo de los padres o restringida por el incumplimiento de sus obligaciones parentales. La patria potestad está compuesta por elementos materiales e inmateriales, más su eje principal deberá ser el cuidado.

71. El cuidado se manifiesta a través de la presencia, el acompañamiento, la guía, la provisión de recursos y satisfacción de necesidades, en un entorno que potencie el desarrollo de sus miembros, la fortaleza de sus vínculos afectivos y comunitarios en relaciones y espacios de protección y seguridad.

72. Es una obligación propia de la patria potestad la inscripción del nacimiento de hijos e hijas (Art. 32.1 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles) y son derechos el escoger sus nombres y que lleven la procedencia familiar de sus padres (apellidos y filiación); además es un derecho tanto como una obligación la representación legal de padres y madres respecto de hijos e hijas (Art. 28 del Código Civil).

73. En lo atinente a madres adolescentes es importante analizar que la patria potestad que ejercen respecto de sus hijas e hijos no se enerva en sus derechos y obligaciones y, como se mencionó, tampoco se traslada a los/as abuelos/as u otros familiares, ya que la patria potestad es privativa, por tanto, una madre adolescente ejerce representación legal de su hija o hijo.

74. Establecido lo previo, se evidencia que al no permitir a la adolescente Serlymar cuidar, representar e inscribir a su hijo, se la privó de ejercer la patria potestad sobre el mismo y los derechos y obligaciones que ésta ampara, sobre todo cuando el Hospital y el Registro Civil tenían y tienen conocimiento pleno de que el niño Axel es hijo de la adolescente Serlymar, ya que nació en la unidad de salud y permaneció en ella 10 días ininterrumpidamente.

75. Cuando el Registro Civil decidió exigir el cumplimiento del Art. 24 del Reglamento a la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles que prevé que un progenitor menor de edad que inscriba o reconozca a su hijo debe estar acompañado por su representante legal, pese a conocer que los padres de la adolescente Serlymar se encuentran en otro país y que ella ejerce la patria potestad de su hijo, antes que realizar una aplicación directa de la Constitución o incluso del Código de la Niñez y Adolescencia o el Código Civil, que regulan especialmente la patria potestad y el derecho familiar (como fue analizado), vulneró el interés superior como principio de interpretación normativa favorable y además el Art. 11.5 de la Constitución que determina que en materia de derechos constitucionales las y los servidores públicos deben aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.

3.5. ¿Se vulneró el derecho a la salud de la adolescente Serlymar?

76. El derecho a la salud constitucionalmente se reconoce como un derecho del buen vivir (Art. 32 de la Constitución), en su desarrollo legal se entiende como

...el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad

primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables (Art. 3 de la Ley Orgánica de la Salud)

77. Definición –que se advierte- ha sido tomada de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, y firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados).

78. Bajo estas consideraciones, se verifica que el derecho a la salud física y psicológica de la adolescente Serlymar se vio afectado al permanecer en una unidad de salud sin una necesidad clínica, sin poder recuperarse adecuadamente después de su parto (Art. 43.4 de la Constitución), sin desarrollar integralmente sus capacidades y necesidades maternas, tanto físicas como psicológicas, desde el cuidar y permanecer junto a su hijo recién nacido, alimentarlo conforme sea su necesidad individual (no en un horario impuesto), brindarle calor materno, comunicarse con él, dormir con él, asearlo y compartir cada momento de su vida, en aprendizaje y desarrollo de sus competencias parentales; en estas condiciones se vulneró su derecho a una atención sanitaria postnatal apropiada (Art. 24.d de la Convención de los Derechos del Niño) a un completo estado de bienestar físico y mental.

3.6. ¿Qué consideración debe tener Axel al ser un niño neonato?

79. Además de lo analizado anteriormente respecto de su madre, debe reafirmarse y reforzarse en lo particular que el ser niño, niña o adolescente es una categoría protegida, reconocida constitucionalmente con atención prioritaria, que implica el goce de los derechos comunes del ser humano, pero además de específicos a su edad, que para un neonato, constitucionalmente obliga a la adopción de medidas que garanticen su nutrición, salud y cuidado diario (Art. 46.1 de la Constitución) y legalmente su derecho a la lactancia materna, no solo entendida como nutrición, sino como un vínculo afectivo con su madre (Art. 24 del Código de la Niñez y Adolescencia). En lo posterior se analizará el ejercicio interdependiente de derechos del niño Axel, siempre a la luz de su interés superior.

3.7. ¿Se vulneró el derecho a la familia del niño Axel?

80. Constitucionalmente se reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad (Art. 67 de la Constitución), desde los derechos humanos como el elemento natural y fundamental de la sociedad que debe ser protegida por la sociedad y el Estado (Art. 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y Art. 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos), legalmente en nuestro país se reafirma esta concepción pero se extiende el concepto al reconocerla como el núcleo básico de la formación social y el medio natural necesario para el desarrollo integral de sus miembros (Art. 96 del Código de la Niñez y Adolescencia, CNA).

81. Uno de los vínculos más importantes en la relación parento-filial es el apego (término empleado en psicología) o vínculo afectivo, que es una relación especial que el niño establece con una persona, un lazo que le impulsa a buscar la proximidad y contacto con ella a lo largo del tiempo y es entendido como un mecanismo innato por el que el/la niño/a busca seguridad. Las conductas de apego se hacen más relevantes en aquellas situaciones que el niño percibe como más amenazantes (enfermedades, caídas, separaciones, peleas con otros niños). Una adecuada relación con las figuras de apego conlleva sentimientos de seguridad asociados a su proximidad o contacto así como su pérdida, real o imaginaria que genera angustia (Ver en: psicodiagnosis.es: Psicología infantil y juvenil).

82. Por estas razones, desde los derechos humanos se reconocen derechos y garantías dirigidas a que los niños y niñas no sean separados de sus padres, salvo por circunstancias excepcionales vinculadas a la negligencia y la violencia (Art. 9.1 de la Convención de los Derechos del niño), se establece que es un último recurso con graves efectos que incluso no debe restringir absolutamente los lazos familiares y que debe tender a ser revisado (Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párrafo 61)

83. Este medio natural de desarrollo integral, la construcción inmediata de un vínculo de apego afectivo con su madre, el cuidado propio de la misma y estructuralmente el derecho a una familia y su convivencia con ella, fue vulnerado para el niño Axel al mantenerlo en una unidad de neonatología innecesariamente, limitando el contacto con su madre a un horario institucional que invisibiliza al ser humano y sus necesidades individuales; además, del reconocimiento de su procedencia familiar por medio de la inscripción.

3.8. ¿Se vulneró el derecho a la identidad y a la personalidad jurídica del niño Axel?

84. La identidad es un derecho que tiene un contenido tangible e intangible que expresa de forma amplia la dignidad de un ser humano.

El derecho a la identidad personal y colectiva, [...] incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales (Art. 66, numeral 28 de la Constitución).

85. La Corte Constitucional para el periodo de transición señaló que:

El derecho a la identidad personal es un derecho fundamental porque permite establecer la procedencia de los hijos respecto de sus padres, es un hecho tan natural e innegable que nadie puede desconocer y constituye la relación más importante de la vida; su incidencia se manifiesta no sólo en la familia sino en el conglomerado social, o sea el derecho de saber quién es su padre y madre, y esto sin duda contribuye a la identificación de una persona (Sentencia 025-10-SCN-CC)

86. Antonio Augusto Cancado Trindade, como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su voto disidente dentro del caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, señaló que:

El derecho a la identidad presupone el libre conocimiento de datos personales y familiares, y acceso a éstos para satisfacer a una necesidad existencial y salvaguardar los derechos individuales. [...] Sin la identidad propia uno no es persona”

87. Ahora es importante determinar que la identidad no es sinónimo de la identificación, la identidad –como se anotó– tiene una dimensión material e inmaterial, la identificación es parte de la dimensión material de la identidad, implica un reconocimiento y registro público del Estado que se constituye en un instrumento de ejercicio de derechos, a través del que se establecen los nombres, apellidos, fecha y lugar de natalicio, procedencia familiar, nacionalidad e individualización dactilar, que permiten vínculos jurídicos con otras personas, ejercicio de derechos, adquisición de obligaciones, acceso a servicios públicos y privados, etc., de aquí que la inscripción de una niña o niño deba realizarse de forma inmediata después de su nacimiento (Art. 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño)

88. En esta esencia se advierte que el derecho a la identificación como parte del derecho a la identidad tiene directa vinculación con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, entendida como un derecho humano reivindicado como parte fundamental de la dignidad en una persona (Art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, Art. 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

[Por] personalidad [jurídica] se puede entender la aptitud para ser titular de derechos y deberes, y por capacidad la aptitud para ejercerlos por sí mismo (capacidad de ejercicio). La capacidad encuéntrase, pues, íntimamente vinculada a la personalidad; sin embargo, si por alguna situación o circunstancia un individuo no dispone de plena capacidad jurídica, ni por eso deja de ser sujeto de derecho (Voto concurrente del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Augusto Cancado Trindade, en la Opinión Consultiva OC 17/2002).

89. En tal virtud, si a una persona no se le reconoce su derecho a la identificación, que implica el reconocimiento primario del Estado de su calidad de persona, se está privando o no garantizando su derecho a la personalidad jurídica, su aptitud misma de ser sujeto, caracterizada por ser titular de derechos y deberes y, consecuentemente su capacidad para ejercerlos y exigirlos.

90. Por estas razones la no inscripción de Axel por parte del Registro Civil vulneró sus derechos a la identidad en su dimensión material, al reconocimiento de su personalidad jurídica y su calidad de sujeto de derechos, consecuentemente –como se evidencia– se vulneraron otros derechos que fueron y serán analizados.

3.9. ¿Se vulneró el derecho a la salud del niño Axel?

91. Lo referido en el análisis del derecho a la salud de la adolescente Serlymar es aplicable a su hijo Axel, más es importante añadir el criterio de la Corte Constitucional respecto a que:

el derecho a la salud constituye un derecho de contenido complejo o diverso, en tanto no puede ser considerado únicamente como la ausencia de enfermedad en un momento determinado; sino que, implica también la obligación que tiene el Estado de actuar de forma preventiva por medio de servicios y prestaciones que permitan un desarrollo adecuado de las capacidades físicas y psíquicas de los sujetos protegidos, así como brindar atención médica, tratamiento de enfermedades y suministro de medicamentos a las personas que se ven afectadas en su condición de salud. (Sentencia 364-16-SEP-CC, caso 1470-14-EP, emitida el 15 de noviembre de 2016)

92. Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gonzales Lluy versus Ecuador (citando a los casos Tibi Vs. Ecuador y Ximenes Lopes Vs. Brasil), sostuvo que en lo que respecta a la relación del deber de garantía consagrado en el artículo 1.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), con el artículo 5,1 de la precitada Convención,

el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención. En este sentido, la Corte ha sostenido que la protección al derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación.

93. En lo específico el Comité de los Derechos del Niño:

alienta a los Estados a que adopten enfoques en materia de salud que presten atención a la especificidad del niño a lo largo de los distintos períodos de la infancia, como: a) la iniciativa "Hospitales amigos del niño", que protege, promueve y respalda la presencia del bebé en el cuarto de la madre y la lactancia natural; b) políticas sanitarias favorables al niño centradas en capacitar a los trabajadores sanitarios para prestar servicios de calidad reduciendo al mínimo el miedo, la ansiedad y el sufrimiento de los niños y su familia; y c) servicios de salud favorables al adolescente en el marco de los cuales los profesionales de la salud y las instalaciones acojan debidamente a los adolescentes y tengan en cuenta sus necesidades, respeten la confidencialidad y presten servicios aceptables para los adolescentes. (Observación General N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel de salud)

94. Por lo que, el mantener a Axel internado por 9 días en un área inapropiada que generaba la posibilidad de contagio de enfermedades y sin razones médicas, vulneró su derecho a la salud e integridad personal al no garantizarle un desarrollo idóneo de sus capacidades físicas, psíquicas y afectivas en el medio natural de su familia, en contacto permanente con su madre, con una lactancia natural y acorde a sus necesidades individuales, afectando su vínculo afectivo de "apego", generando –muy posiblemente- en él miedo, ansiedad y sufrimiento. Al niño Axel no se le proporcionó una atención médica adecuada, necesaria, ni proporcional a sus circunstancias.

4. ¿Cómo?

95. Esta pregunta se genera luego de identificada la vulneración de derechos y debe determinar la forma más efectiva e idónea para repararlos y garantizarlos sostenidamente, por lo que, inicialmente requerirá un análisis del medio utilizado (acción de protección), la naturaleza de la responsabilidad estatal y posteriormente de la reparación integral.

4.1. ¿Cómo identificar que una acción de protección es la vía idónea de garantía de derechos?

96. El Art. 88 de la Constitución establece que la acción de protección "tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales (...)", empero, en la aplicación de esta garantía jurisdiccional una de las interrogantes estructurales de su vigencia ha sido, el cómo diferenciar cuándo un derecho debe ser protegido a través del sistema ordinario legal y cuándo en el constitucional.

97. La jurisprudencia constitucional establecida en la sentencia N° 001-16-PJO-CC, emitida dentro del caso N° 0530-10-JP, que recoge el criterio histórico de la Corte Constitucional respecto de la acción de protección estableció en sus razonamientos los siguientes estándares: (i) la acción de protección es la realización de un derecho constitucional/humano en sí mismo; (ii) asistiéndose de la fuente doctrinal analiza que la dimensión constitucional de un derecho es aquella que tiene relación directa con la dignidad de las personas como sujeto de derechos; (iii) en consecuencia, si se trata de una vulneración que ataca a otra dimensión legal, que no tiene relación directa con la dignidad de las personas, por ejemplo las de índole patrimonial, se deberán contar con otros mecanismos jurisdiccionales que permitan resolver adecuadamente sobre la vulneración del derecho en la justicia ordinaria; (iv) es criterio de la Corte que el legislador al emitir el texto del artículo 40 numeral 3 de la LOGJCC, de ninguna manera considera a la acción de protección como una garantía jurisdiccional de carácter residual; (v) por tanto la Corte Constitucional considera que la solución que debe utilizarse,

en primer lugar, es la identificación del *tema decidendum* y su correspondencia con el objeto de la acción de protección. Es decir, cuando se plantea en la demanda y se desprende de la comprobación de los hechos es una vulneración directa de derechos constitucionales, se estará ante el objeto primigenio de la acción de protección. En cambio, cuando lo que se pretenda es la declaración de un derecho subjetivo previsto en la legislación secundaria o en general, la aplicación de una norma infraconstitucional para determinado caso o el reclamo por la falta de la misma, sin la presentación de hechos que determinen la existencia de una vulneración a derechos constitucionales, se tratará de un problema que puede ser resuelto por vías judiciales.

98. A base de estos razonamientos se generó la siguiente jurisprudencia vinculante:

Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido.

99. Por estos estándares constitucionales, en virtud de la naturaleza de la vulneración de derechos analizada, se puede concluir que se afectó su dimensión constitucional y por ende la dignidad misma de la adolescente Serlymar y el niño Axel, por lo que la acción de protección es la vía adecuada para la protección de sus derechos.

4.2.- ¿Cuál es la naturaleza de la responsabilidad estatal?, y determinado aquello ¿Existe responsabilidad estatal en la vulneración de derechos de la adolescente Serlymar y el niño Axel?

100. Desde la misma sentencia del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988) la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolló dos obligaciones generales del sistema internacional de derechos humanos para verificar si se puede atribuir violación de derechos a un Estado conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, estas son la obligación de respeto y de garantía.

101. La obligación de respeto debe entenderse como:

la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención (Héctor Gros Espiell, La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991), 65.)

102. Por otra parte, la obligación de garantía implica realizar todas las acciones que resulten necesarias para posibilitar que las personas sujetas a jurisdicción de un Estado puedan ejercer y gozar de sus derechos y libertades (Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, (Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005), 17.)

103. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-11/90 (Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos) en su párrafo 34 desarrolló que:

El artículo 1 de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Corte ya ha expresado que esta disposición contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención

104. En tal virtud, conforme es evidente en la fundamentación que analiza la vulneración de derechos (pregunta ¿Qué?) el Estado a través del Registro Civil y también el Hospital vulneraron el interés superior de la adolescente Serlymar y el niño Axel en sus tres dimensiones (i) como derecho al no haber respetado su interés como una consideración primordial y siempre haberlo supeditado a formalidades y requisitos aislados y no integrados a una perspectiva de derechos; (ii) como principio al no haber realizado la interpretación jurídica más favorable de todas las existentes, más aún cuando éstas son de tipo constitucional y de derechos humanos; y, (iii) como norma de procedimiento al no haber analizado las repercusiones de sus decisiones en ellos, no haber evaluado y determinado específicamente su situación integral y en ningún momento haber explicado y motivado sus decisiones. Pero además vulneró el fin del interés superior que implica la garantía de ejercicio pleno de derechos, y vulneró todos los derechos analizados previamente, por acción y omisión, sin comprender que una situación de vulnerabilidad múltiple no enerva la acción estatal sino maximiza su intervención positiva, activando instituciones, recursos, servicios y dispositivos jurídicos de protección.

4.3. ¿Qué es la reparación integral?

105. El Art. 86.3 de la Constitución establece que

en caso de constatarse la vulneración de derechos, [se] deberá declararla, ordenar la reparación integral material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias que deban cumplirse

106. El Art. 18 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina que:

La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación

107. De esta forma se reconoce el principio doctrinal denominado *restitutio in integrum*, que entiende que:

la naturaleza de las afectaciones derivadas de una transgresión de un derecho constitucional debe ser interpretada de manera profunda, con lo cual no implica limitadamente el solo reconocimiento de la restitución del goce del derecho, ya que el restablecimiento debe comprender un goce material para que se ajuste a una reparación adecuada, debe desplegarse el derecho a los hechos. Entonces, es la naturaleza del conflicto y el tipo de afectaciones las que determinan las formas y

alcances de la reparación integral [debiendo existir un] equilibrio entre la afectación generada a los derechos y las medidas adoptadas en la decisión de reparación integral (Pamela Aguirre Castro y Pablo Alarcón Peña, "El estándar de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional". FORO Revista de Derecho, No. 30)

108. Por lo que en una relación consecuyente de causalidad las vulneraciones de derechos identificadas, motivaran medidas de reparación integral, que para evitar redundancia serán determinadas, especificadas y moduladas en la parte resolutive de la sentencia.

DECISIÓN.

109. Por los razonamientos efectuados, este órgano jurisdiccional en funciones constitucionales, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, declara vulnerado el derecho de la adolescente Serlymar Nahomy Gonzalez Araujo a su interés superior respecto de que éste sea una consideración primordial, que se aplique a su favor la normativa más favorable a la garantía de sus derechos y, a decisiones estatales que valoren sus impactos y sean motivadas integralmente, de igual forma sus derechos a una atención prioritaria como madre adolescente no acompañada en situación de movilidad humana y condición múltiple de vulnerabilidad, sus derechos parentales derivados de su maternidad y, el derecho a su salud integral; a su vez, se declara vulnerados los derechos del niño Axel a su interés superior, en los mismos términos detallados anteriormente, a su atención prioritaria como neonato, a la identidad, a la personalidad jurídica, a tener una familia y ser cuidado por ella, a su salud integral y, a ser protegido en su condición de vulnerabilidad; en consecuencia se disponen las siguientes medidas de reparación:

1.- La inscripción inmediata del niño Axel, con los nombres escogidos por su madre, su procedencia familiar, fecha y lugar de nacimiento, nacionalidad y demás requisitos necesarios para su identificación.

Por la naturaleza de esta medida y la necesidad de su ejecución para garantía de otras medidas de reparación, en la resolución oral se dispuso al Ab. Galo Villamarín Silva, Procurador Judicial de la Coordinación Zonal 3 del Registro Civil, Identificación y Cedulación la ejecución inmediata de la inscripción, constatando su comunicación telefónica con la institución a la que representa, sin embargo, por comunicación directa realizada por la Defensoría del Pueblo que luego fue presentada de forma escrita se conoció que la oficina del Registro Civil, Identificación y Cedulación ubicada en la unidad de salud no cumplió con la modulación temporal de esta medida, por lo que fue necesario emitir el oficio N° 05202-2019-01771-OFICIO-08485-2019, el 29 de noviembre de este año, reiterando la disposición oral y advirtiendo las consecuencias del incumplimiento, ese oficio fue recibido a las 12:12, luego de lo que se conoce se realizó la inscripción a las 12h40. Este incumplimiento institucional ratifica y confirma la vulneración de derechos determinada.

En el término de 3 días de notificada la sentencia el Registro Civil presentará en el proceso la inscripción de nacimiento del niño sujeto de protección.

De no haberlo ya realizado se entregará a la madre la respectiva partida de nacimiento y demás documentos que acrediten esta inscripción.

2.- El alta médica de la adolescente Serlymar Nahomy Gonzalez Araujo y el niño Axel, luego de producida la inscripción del niño, medida que fue prevista para ser ejecutada por el Hospital Provincial General de Latacunga de forma inmediata en la resolución oral.

Sin embargo, la Defensoría del Pueblo informó que pese a que el niño fue inscrito aproximadamente a las 12h40 se ejecutó el alta de la adolescente y el niño a las 17h15 del día 29 de noviembre de 2019, hecho que confirma la responsabilidad de dicha unidad de salud en la vulneración de derechos.

Al no haber señalado medios de notificación, oficiase al Hospital Provincial General de Latacunga y remítase copias certificadas de esta sentencia.

3.- En virtud de la situación de vulnerabilidad de la adolescente Serlymar Nahomy Gonzalez Araujo y el niño Axel, la Dirección Distrital 05D01 Latacunga-Salud articulándose con la Defensoría del Pueblo de Cotopaxi, atenderá a la adolescente y su hijo a través de la estrategia “Médico del Barrio” en su domicilio, generando acceso e inserción a todos los servicios públicos necesarios; presentará por seis meses un informe mensual en la presente causa. Notifíquese esta sentencia a la Dirección Distrital 05D01 Latacunga-Salud.

4.- La Defensoría del Pueblo de Cotopaxi en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales respecto de personas que requieren atención prioritaria, investigará y evaluará la situación integral de la adolescente Serlymar Nahomy Gonzalez Araujo y su hijo, para –de ser necesario- analizar otras medidas de protección y reparación. Presentará un primer informe en 15 días y luego por dos ocasiones de forma bimestral.

5.- En virtud que las medidas de reparación en una garantía jurisdiccional deben ser aplicables y efectivas y, para este fin pueden utilizarse figuras jurídicas reconocidas en nuestro sistema jurídico, se declara la emancipación judicial de la adolescente Serlymar Nahomy Gonzalez Araujo, reconociendo su proceso de autonomía y su voluntad, por lo que a base de esta sentencia ejercerá su representación legal propia y no le será exigido en ningún estamento público o privado, servicio o procedimiento la representación de sus padres.

6.- Notifíquese de esta sentencia a la Defensoría Pública de Cotopaxi, con el objeto de que en aplicación del Art. 99, numerales 7, 8 y 9 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana asesore y represente procesalmente a la adolescente Serlymar Nahomy Gonzalez Araujo en la determinación más adecuada y efectiva de su derecho a una condición migratoria, analizando en particular su necesidad de protección internacional.

La Defensoría Pública de Cotopaxi presentará un informe de las acciones iniciadas en el término de 8 días y posteriormente lo hará de forma mensual por 3 meses.

La Defensoría del Pueblo de Cotopaxi proveerá de información a la Defensoría Pública de esta provincia, colaborará y vigilará el proceso que se inicie en estos términos.

7.- Notifíquese la presente sentencia a la Dirección de Protección Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, con el objeto de poner en su conocimiento sus análisis y medidas de reparación, para que sean valoradas en las acciones que serán iniciadas por la Defensoría Pública de Cotopaxi.

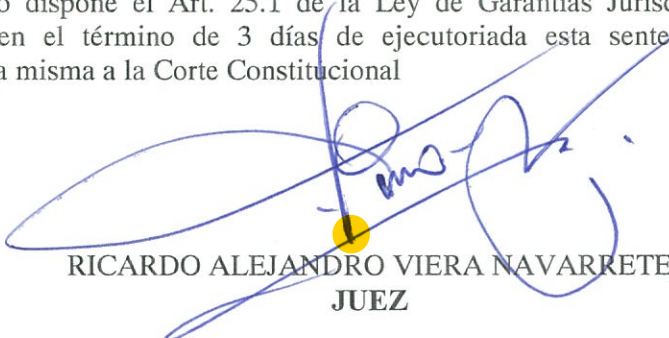
8.- Como medida de no repetición las y los servidores públicos pertinentes de la Oficina Técnica de Registro Civil, Identificación y Cedulación de Cotopaxi, el Hospital Provincial General de Latacunga y la Coordinación Zonal 3 del Ministerio de Salud Pública gestionarán una capacitación a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los

Refugiados ACNUR, sobre derechos y garantías de niñas, niños y adolescentes no acompañados y separados. Para cumplir adecuadamente con esta medida de reparación las instituciones en mención deberán solicitar al Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana realice la petición a ACNUR en el término de 8 días.

Esta capacitación se realizará en un tiempo máximo de 2 meses a partir de la notificación de la sentencia y se informará detalladamente de su cumplimiento.

El Hospital Provincial General de Latacunga informará de esta sentencia a la Coordinación Zonal 3 del Ministerio de Salud Pública, más adicionalmente notifíquese a esta coordinación en los correos electrónicos hector.pulgar@misp3.gob.ec y coordinación@misp3.gob.ec

9.- Conforme lo dispone el Art. 25.1 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el término de 3 días de ejecutoriada esta sentencia remítase copias certificadas de la misma a la Corte Constitucional



RICARDO ALEJANDRO VIERA NAVARRETE
JUEZ

En Latacunga, miércoles once de diciembre del dos mil diecinueve, a partir de las trece horas y treinta y ocho minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA que antecede a: ESPIN LEON MARIA CRISTINA en el correo electrónico mepin@dpe.gob.ec. PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO en la casilla No. 344 y correo electrónico israelc_1962@yahoo.es, doviedo@pge.gob.ec, dvasquez@pge.gob.ec, fabad@pge.gob.ec, avillegas@pge.gob.ec; REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACION Y CEDULACION DE COTOPAXI en el correo electrónico galo.villamarin@registrocivil.gob.ec, en el casillero electrónico No. 0503220139 del Dr./Ab. GALO VINICIO VILLAMARÍN SILVA. Certifico:



RUTH NOEMI TOSCANO IZURIETA
SECRETARIA

RICARDO.VIERA

