



UNIVERSIDAD DE OTAVALO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, SU INTERPRETACIÓN
FRENTE AL GRUPO DE ATENCIÓN PRIORITARIA CON
DISCAPACIDAD Y ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS**

**TRABAJO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**AB. ROBERT MARTÍN GARCÍA MUÑOZ
AB. LUIS OSWALDO CASTRO TORRES**

**TUTOR DE CONTENIDOS: Msc. Santiago Esteban Machuca
TUTOR METODOLÓGICO: PhD. Frank Mila Maldonado**

OTAVALO, SEPTIEMBRE 2021



UNIVERSIDAD DE OTAVALO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

CONSTITUCIONAL

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, SU INTERPRETACIÓN FRENTE AL GRUPO
DE ATENCIÓN PRIORITARIA CON DISCAPACIDAD Y ENFERMEDADES
CATASTRÓFICAS**

TRABAJO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL

AUTORES:

Abg. Luis Oswaldo Castro Torres

Abg. Robert Martin García Muñoz

TUTORES:

Metodológico: PhD. Frank Mila Maldonado

Contenido: MsC. Santiago Esteban Machuca

Otavalo, Septiembre de 2021

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Nosotros, **ROBERT MARTÍN GARCÍA MUÑOZ**, y **LUIS OSWALDO CASTRO TORRES**, declaramos que este trabajo es de nuestra total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional.

La Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes, según lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

Robert Martín García Muñoz

Cédula N^a 100356184-0

Luis Oswaldo Castro Torres

Cédula N^a 100324416-5



MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Trabajo de Titulación

“El interés Superior del Niño, su Interpretación frente al Grupo de Atención Prioritaria con Discapacidad y Enfermedades Catastróficas”

Los autores de este Trabajo de Titulación declaramos que es de nuestra total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional.

La Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes, según lo establecido por el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos y por la normativa vigente.

Otavalo, Septiembre de 2021

Estudiante

Estudiante

Robert Martín García Muñoz

Luis Oswaldo Castro Torres

C.C.:100356184-0

C.C.:100324416-5

RESUMEN

El trabajo de investigación es desarrollado en base al análisis valorativo del principio constitucional establecido en la norma legal del Ecuador, en el cual trata sobre el principio del interés superior de los niños, niñas, y adolescentes, de la misma forma conocido como el principio del interés superior de los menores, confrontándolo frente a los derechos del otro grupo de personas de atención prioritaria como quienes poseen discapacidad y enfermedades catastróficas a la luz de un caso en concreto, caso en el cual se colisionan derechos, como el de alimentos, frente a los derechos del padre que tiene una enfermedad catalogada como catastrófica.

Se ha utilizado el método Histórico-Jurídico con la búsqueda de doctrina y jurisprudencia referente a los grupos de atención prioritaria objeto de la investigación, así como se utilizó el método del estudio del caso, con los métodos empleados, permite concluir que los operadores de justicia emiten sus resoluciones con amparados únicamente en sopesar la posible vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y, por lo tanto, a la protección de su calidad de vida en base a lo que determina el principio de interés superior del niño; sin sopesar y analizar a profundidad, los derechos que tiene las personas con discapacidad, enfermedades raras o catastróficas, lo que podría considerarse dentro del marco de la discriminación indirecta por parte de los administradores de justicia.

ABSTRACT

The research work is developed based on the evaluative analysis of the constitutional principle established in the legal norm of Ecuador, in which it deals with the principle of the best interests of children, and adolescents, in the same way known as the principle of the best interests of minors, confronting them with the rights of another group of priority care people, such as those with disabilities and catastrophic illnesses in light of a specific case, in which case rights, such as food, collide with respect to the rights of the parent with a catastrophic illness.

The Historical-Legal method has been used with the search for doctrine and jurisprudence regarding the priority attention groups object of the investigation, as well as the case study method was used, with the methods used, it allows to conclude that the justice operators they issue their resolutions based solely on weighing the possible violation of the rights of children and adolescents; and, therefore, to the protection of their quality of life based on what is determined by the principle of the best interests of the child; without weighing and analyzing in depth, the rights that people with disabilities, rare or catastrophic diseases have, which could be considered within the framework of indirect discrimination by administrators of justice.

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO I.- SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.	13
1.1.- Contexto del estudio.	13
1.2.- Formulación del problema.	16
1.3.- Planteamiento de la pregunta de investigación.	17
1.4.- Delimitación de la investigación.	17
1.4.1.- Delimitación temática.	17
1.4.2.- Delimitación temporal del problema de investigación.	18
1.4.3.- Delimitación espacial.	18
1.5.- Objetivos de la investigación.	18
1.5.1.- Objetivo General.	18
1.5.2.- Objetivos Específicos.	19
CAPÍTULO II.- MARCO TEÓRICO.	20
2.1.- Justificación de la investigación.	20
2.1.1.- Teórica.	20
2.1.2.- Práctica.	20
2.2.- Conceptos estructurales de la investigación.	20
2.3.- Referentes teóricos.	23
2.3.1.- Nacionales.	23
2.3.2.- Internacionales.	25
2.4.- Marco Legal y jurisprudencial.	27

CAPÍTULO III.- MARCO METODOLÓGICO.	29
3.1.- Enfoque de la investigación.	29
3.2.- Tipo de investigación.	29
3.2.1.- Nivel de investigación.	30
3.2.2.- Método de investigación.	31
3.3.- Técnicas e instrumentos de recolección de información.	32
3.4.- Procedimiento de la investigación.	32
CAPÍTULO IV.- ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.	33
4.1- Investigar el ámbito conceptual, normativo y doctrinario del principio de interés superior del niño.	33
4.1.1.- Definiciones.	33
4.1.2.- El principio del interés superior del niño desde la doctrina.	34
4.1.2.1.- Doctrinas del interés superior del niño.	34
4.1.2.1.1.- Doctrina tutelar o de la situación irregular.	57
4.1.2.1.2.- Doctrina del interés superior como cláusula general.	57
4.1.2.1.3.- Doctrina de la protección integral.	58
4.1.3.- El principio de interés superior del niño desde la normativa legal y constitucional.	58
4.1.4.- Criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre el interés superior del niño.	65
4.2.- Examinar el ámbito conceptual, normativo y doctrinario del grupo de atención prioritaria de personas con discapacidad y enfermedades catastróficas.	70
4.2.1.- Definiciones.	70
4.2.2.- La discapacidad desde la doctrina.	72

4.2.2.1.- La convención interamericana sobre discapacidades.	75
4.2.3.- La discapacidad desde la normativa legal y constitucional.	79
4.2.4.- Las enfermedades catastróficas desde la doctrina.	83
4.2.4.1.- Clasificación de las enfermedades catastróficas.	85
4.2.5.- Las enfermedades catastróficas desde la normativa legal y constitucional.	86
4.2.6.- Criterios jurisprudenciales sobre el grupo de atención prioritaria de personas con discapacidad y enfermedades catastróficas.	87
4.3.- Estudiar la interpretación constitucional del principio del interés superior del niño frente al grupo de atención prioritario de personas con discapacidad y enfermedades catastróficas a partir de un caso concreto.	91
4.3.1.- La interpretación.	91
4.3.2.- La interpretación constitucional	92
4.3.3.- Principios de Interpretación Constitucional	93
4.3.3.1.- Principio de la unidad de la Constitución.	93
4.3.3.2.- Principio de la concordancia práctica.	93
4.3.3.3.- Principio de la eficacia integradora de la Constitución.	94
4.3.3.4.- Principio de la corrección funcional.	94
4.3.3.5.- Principio de la fuerza normativa de la Constitución.	94
4.3.3.6.- Principio in dubio pro libertate.	94
4.3.4.- Métodos tradicionales de interpretación constitucional.	95
4.3.4.1.- Método literal.	95
4.3.4.2.- Método histórico.	95
4.3.4.3.-Método teleológico	96

4.3.4.4.- Método sistemático	96
4.3.5.- Técnicas de interpretación constitucional	97
4.3.5.1.- Test de razonabilidad	98
4.3.5.2.- Test de igualdad.	100
4.3.5.3.- Precedente constitucional.	101
4.3.6.- Caso práctico sobre el principio del interés superior del niño, frente al grupo de personas con discapacidad y enfermedades catastróficas.	102
4.3.6.1 .- Problema jurídico a estudiar.	103
4.3.6.2.- Análisis de la sentencia N° 067-12-SEP-CC emitida por la Corte Constitucional de Ecuador.	106
4.3.7.- La naturaleza de las sentencias constitucionales y sus efectos.	109
4.3.7.1.- Efecto de las sentencias constitucionales.	109
4.3.7.1.1.- Cosa juzgada.	109
4.3.7.1.2.- Fuerza vinculante.	110
4.3.7.1.3.- El efecto general o erga omnes.	110
4.3.7.1.4.- Efecto abrogatorio o derogatorio.	112
4.3.7.1.5.- El efecto concreto o inter partes.	112
4.3.8.- Obligaciones del Estado para el grupo de atención prioritaria.	114
4.3.9.- Desenlace de la sentencia constitucional, sobre la interpretación del principio del interés superior del niño.	116
CONCLUSIONES.	120
RECOMENDACIONES.	121
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	122

INTRODUCCIÓN

En relación al principio de interés superior del niño, este trabajo de investigación analiza doctrinariamente y jurisprudencialmente el alcance que este tiene en nuestro Estado, desde un punto de vista enmarcado en los derechos humanos, lo cual ha permitido irrumpir desde una determinación general en cuanto al derecho que tienen los niños niñas y adolescentes, su historia, la legislación, los procesos, hasta llegar hasta nuestra actualidad.

En este contexto se verifica como la Corte Constitucional del Ecuador siendo reconocido dentro de la carta magna, como el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia constitucional ha desarrollado jurisprudencias con sus sentencias que permiten el desarrollo progresivo en la protección para derechos de los grupos de atención Prioritaria. Así mismo, con la problemática planteada se vuelve indispensable el análisis crítico sobre la tutela e interpretación que realizan los jueces constitucionales cuando se encuentran con casos que la doctrina los identifica como casos difíciles.

Se ha puesto énfasis en poder verificar el importante rol que desempeñan los administradores de justicia en la tutela del conjunto de derechos de los grupos de Atención prioritaria como son los niños, niñas y adolescentes, las Personas con discapacidad y personas con enfermedades catastróficas, por cuanto son los llamados a ejercer justicia, amparándose en la Constitución, normas internacionales, convenios, y tratados que determinen mecanismos y procedimientos progresivos para estos grupos más aun cuando colisionan entre ellos.

En este marco, el presente trabajo se estructura en su capítulo I, de todo aquello concerniente al contexto de estudio, formulación del problema, planteamiento de la pregunta de investigación, delimitación de la investigación, y los objetivos de la investigación.

El capítulo II, comprende el marco teórico en el cual se describe la justificación de la investigación, se abordan conceptos estructurales de la investigación como el principio constitucional del interés superior del niño, así también se conceptualiza sobre las personas con Discapacidad y enfermedades catastróficas, se plantean los principales referentes teóricos nacionales e internacionales relacionados en el tema, además de sustentarlo en la doctrina y jurisprudencial que se ha desarrollado respecto al objeto de la investigación.

En el capítulo III, se hace notar todo aquello referente al marco metodológico de la investigación realizada, así tenemos el enfoque que se ha dado a la investigación, tipo de investigación, nivel de investigación, método de Investigación, las técnicas e instrumentos de recolección de información, el procedimiento de la investigación a fin de dar cumplimiento de los objetivos planteados en el trabajo de investigación.

Refiriéndonos al alcance del trabajo de investigación este es considerado descriptivo, porque se ha recogido doctrina, jurisprudencia, e información nacional e internacional de manera individual y conjunta de los derechos de grupos de atención prioritaria encontrados en confrontación, buscando que la investigación, se desarrolle en el ámbito del sistema jurídico constitucional.

En el capítulo IV, se habla sobre el análisis y discusión de los resultados obtenidos en la investigación con la presentación de estos en tal forma que permite mostrar los descubrimientos encontrados y que tienen relación a los métodos, además que se desarrollan las conclusiones, recomendaciones y referencias bibliográficas citadas en el trabajo de investigación.

Por lo señalado en el presente trabajo de investigación, es menester ahondar en que la generalidad de derechos humanos nace del pensamiento de que, todos los individuos surgen con los derechos fundamentales, por el hecho de ser personas, y que es responsabilidad del Estado, la sociedad, y en que los operadores y

administradores de justicia son los llamados velar por los derechos, sin discriminación de ninguna clase, y que sus decisiones no pueden por ningún modo afectar los derechos adquiridos por los seres humanos.

Bajo estas consideraciones a este trabajo de investigación jurídica constitucional se lo considera de importancia trascendental y original, por cuanto desarrollará dentro del análisis del marco constitucional del Ecuador, haciendo un Estudio crítico de un Caso en específico, en el cual se confrontan, o, colisionan derechos de Grupos de Atención Prioritaria de conformidad a nuestro marco constitucional.

CAPÍTULO I. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

1.1. Contexto del estudio

Para comenzar hacer un análisis de la doctrina del interés superior del niño, en primer lugar, observemos lo que ha manifestado la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la doctora (Torrecuadrada, 2016), catedrática del Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid España manifiesta:

El interés superior del menor se tuvo en cuenta ya en el derecho de familia en la sentencia Blissets, a finales del siglo XVIII (1774), que afirmaba "*if the parties are disagreed, the Court will do what shall appear best for the child*", (si las partes no están de acuerdo, el Tribunal hará lo que mejor parezca para el niño), por lo que, no se puede decir que resulte un principio novedoso. A pesar de ello, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ha supuesto un importante avance en lo que a su conceptualización y ámbito de aplicación se refiere. Así ha proclamado su doble naturaleza como derecho subjetivo y como principio y generalizado su aplicación a ámbitos materiales distintos de aquel que le vio nacer y en cuyo seno se ha desarrollado.

Desde una perspectiva internacional, la evolución del principio ha sido doble: por una parte, del mismo modo que en los derechos internos, se incorporó en tratados internacionales relativos al derecho de familia, en el que nació y se desarrolló hasta la entrada en vigor de la Convención; por otra, algunos textos de naturaleza recomendatoria se referían al interés del niño de forma más amplia. Entre los primeros (tratados internacionales sobre derecho de familia) se encuentran los textos convencionales materialmente sectoriales con los que se pretendía aportar respuestas transnacionales claras a cuestiones internas como la adopción internacional, o la concienciación acerca de la necesidad de regular cuestiones acerca de las cuales hasta entonces no existía acuerdo, como la edad mínima para contraer matrimonio o la discriminación contra la mujer. (p. 89)

El interés del niño de forma más amplia se ubica en la Declaración de Ginebra, adoptada el 26 de septiembre de 1924 por la Sociedad de Naciones cuyo preámbulo afirma que "*l'humanité doit donner a l'enfant ce qu'elle a de meilleur*", (la humanidad debe darle al niño lo mejor que tiene), y treinta cinco años más tarde en 1959, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamaba en el Principio Séptimo de la Declaración sobre los Derechos del Niño, que su interés superior "*debe ser un principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación:*

dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres".(Asamblea General de Naciones Unidas, 1959, p. 4).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, indica que el interés superior del niño es un "*principio que regula la normativa de los derechos del niño y tiene como base la dignidad del ser humano*" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° OC-17, 28 de agosto de 2002). Para (Montecé, 2017) menciona que los países miembros de la Naciones Unidas han determinado incorporar en sus marcos constitucionales el principio del interés superior del niño, en el cual se trata sobre el conjunto de derechos que se amparan para este grupo de atención prioritaria, además, se menciona que este principio es considerado como es un juicio superior de tutela de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a fin de que los operadores de justicia en sus diversas sentencias o resoluciones en el ámbito de sus competencias no alteren los intereses de las menores de edad.

Por tanto, la Constitución ecuatoriana consagra en su artículo 44 indica: "*El Estado, la sociedad y la familia deben promover con prioridad el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes, para asegurar el pleno ejercicio de sus derechos; así como también se debe atender el principio de interés superior del niño y que sus derechos prevalecerán sobre los demás derechos*" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 23). Mientras que el Código de la Niñez y Adolescencia (2009) manifiesta en su artículo 1 indica lo siguiente:

La protección integral que brinda el Estado, la sociedad y la familia, a fin de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes que residen en el Ecuador, y lograr su desarrollo integral y pleno disfrute de sus derechos, teniendo como base la libertad, dignidad y equidad. Pero también este artículo se refiere al goce y ejercicio de los derechos, deberes, responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y como hacerlos efectivos, para poder garantizarlos y protegerlos, atendiendo el principio del interés superior de la niñez y adolescencia y la protección integral. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2009, p. 1)

Por otra parte, la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, en confirmó de manera clara que el principio se encuentra vinculado a la prohibición de la discriminación, al señalar que "*la no discriminación y el interés superior del niño*

deben ser considerados como primordial en todas las actividades que se involucren los derechos de la infancia y sobre todo se debe tener presente la opinión de los niños” (Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993, p. 3).

Para (Montecé, 2017) menciona que, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo tres, inciso uno, consagra el principio de interés superior del niño. Por lo tanto, el análisis es concluir a determinar en qué se define el principio de interés del niño; toda vez que la Convención interamericana hace mención del presente principio en varias ocasiones mencionando en los artículos tres numeral uno; artículo nueve numerales uno y tres; artículo dieciocho; artículo veinte; artículo veinte y uno; artículo treinta y siete; y por último en su artículo cuarenta de la Convención. Pero en ninguno de los mencionados se realiza una definición o concepto que determine de manera contundente sobre el principio del interés superior del niño.

Sobre los derechos de las personas con discapacidad, en el año 2006 en la (Convención, 2006) deja como una proposición al hecho de que la significación discapacidad va evolucionando al transcurrir del tiempo, por cuanto van desarrollándose o generándose enfermedades que se las va catalogando como discapacidad, es así la búsqueda de formar las estrategias necesarias para el progreso llevadero, originando una protección a los derechos de aquellas personas que conforman estos grupos de atención prioritaria, ya que pese a las variadas pretensiones y políticas públicas para las personas con discapacidad, nos encontramos que en la actualidad aún se hallan con condiciones adversas que no les permite puedan vivir en la comunidad con las adaptaciones necesarias para facilitar el goce de los derechos.

Los grupos denominados de atención prioritaria, son aquel variado social, que, por presentar particularidades específicas, inherentes a su persona son merecedores de inmediato cuidado por parte del Estado y sus entidades públicos. Siendo así que, sus pretensiones para mejor su condición de vida se las debe atender primigeniamente.

Según el Tratadista Díaz (1995), a partir de la antigüedad inclusive en la actualidad, continúan existiendo notables contradicciones respecto al tema de las personas con discapacidad, por cuanto en tiempos lejanos se entendía que estas personas existían como resultado de una enfermedad, pandemia y que era algo que no tenía cura, sin embargo se destaca además que se la distinguía como un pecado; ya que no eran miembros de una sociedad, en la cual se convivía con valores bajo la figura del cristianismo y religión por cuanto en cada suceso que estas personas ejecutaban se mencionaba que era parte del pecado, enojo de los dioses, o maldición del demonio para exterminar con la humanidad.

1.2. Formulación del problema

Dentro del marco constitucional de derechos en el Ecuador, en la Constitución de Montecristi del año 2008, se ha definido con claridad y exactitud que el Estado será garantista del ejercicio pleno de los derechos para los niños niñas y adolescentes como grupo de atención prioritario, y que su interés superior prevalecerá sobre las demás personas, en base al principio del interés superior del niño, es por ello, que realizaremos una investigación que busca analizar cuál sería el proceder del Estado y de los administradores de Justicia cuando este principio se encuentra confrontado o colisionado frente a los derechos de otros grupos de atención prioritaria a la luz de un caso concreto, como el grupo de personas con discapacidad y enfermedades catastróficas.

Se busca analizar si en el contexto de sus competencias la Corte Constitucional del Ecuador como máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia constitucional, ha desarrollado jurisprudencia relevante que permita dilucidar la problemática presentada y si esta es concordante en brindar una regla interpretativa constitucional efectiva para los Administradores de justicia, sin vulnerar los derechos de los grupos de personas de atención prioritaria como son los niños, niñas y adolescentes, las personas que poseen discapacidad y enfermedades catastróficas.

Hay que conocer, cómo las autoridades administrativas y operadores de justicia aplican, el principio del interés superior del niño, es necesario identificar si el proceso del operador de justicia, en su rol de juez vela y tutela en el desarrollo de sus sentencias, por el principio del interés superior del niño de manera progresiva conforme el marco constitucional.

Es necesario analizar si las reglas Interpretativas existentes en el marco legal y constitucional actual, son adecuados y aplicados por nuestros operadores de justicia cuando se les presentan casos difíciles y que esta aplicación garantice una tutela efectiva de los derechos de las personas que forman parte de los grupos de atención prioritaria, en apego a la Constitución de la República.

Bajo esta premisa constitucional, se desarrollará una investigación encaminada a establecer si el marco legal y Constitucional actual permite la tutela efectiva de los derechos de un niño, quien depende de una persona con discapacidad, y que adolece de una enfermedad catastrófica, a la luz de un caso concreto.

1.3. Planteamiento de la pregunta de investigación

¿Cómo se interpreta el principio del interés superior de un niño, que depende de una persona que posee discapacidad y enfermedad catastrófica, a la luz de un caso concreto?

1.4. Delimitación de la investigación

1.4.1. Temática

En virtud de aquello la investigación se enmarca en la línea de investigación general de la carrera de derecho de la Universidad de Otavalo que está enfocada en atender las complejidades que presentan las dimensiones humana, social y ambiental, en el contexto en el cual se vincula la carrera. En este marco, atiende a la realidad jurídica del principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes del Estado ecuatoriano frente a los derechos una persona que posee discapacidad y enfermedad catastrófica, a la luz de un caso concreto, enmarcados en el enfoque de

Estado Constitucional de Derechos y Justicia que propugna la protección de los derechos colectivos e individuales.

Por lo tanto, la Sub línea del trabajo de investigación se encuentra enmarcado en el análisis casuístico en el cual se encontraron en conflicto derechos de personas que forman parte de los grupos de atención prioritaria conforme lo establece el Art. 35 de la Constitución de la República del Ecuador.

1.4.2. Temporal

El trabajo de investigación sobre el interés superior del niño frente al grupo de atención prioritaria con discapacidad y enfermedades catastróficas, se realizará estudiando desde los comienzos de los derechos fundamentales consagrados en normas internacionales y nacionales, A fin de estudiar el principio constitucional del interés superior de los niños, niñas, y adolescentes y su valoración interpretativa, cuando se conflictúan derechos frente al grupos de personas de atención prioritaria con discapacidad y enfermedades catastróficas en un caso en concreto, a partir de la Constitución de la República del Ecuador, en la ciudad de Montecristi, en el año 2008.

1.4.3. Espacial

El trabajo de investigación conocerá un estudio principalmente nacional sobre el principio del interés superior del niño, su interpretación por parte de la Corte Constitucional del Ecuador, cuando dicho principio colisiona frente a los de otros grupos de personas de atención prioritaria que poseen discapacidad y enfermedades catastróficas en un caso en concreto. Se realizará de igual forma un análisis crítico de un caso en concreto para determinar las formas o mecanismos de Interpretación considerados por los operadores de justicia.

1.5. Objetivos de la investigación

1.5.1. Objetivo general

Analizar el interés superior del niño, su interpretación frente al grupo de atención prioritaria con discapacidad y enfermedades catastróficas.

1.5.2. Objetivos específicos

- Investigar el ámbito conceptual, normativo y doctrinario del principio de interés superior del niño.
- Examinar el ámbito conceptual, normativo y doctrinario del grupo de atención prioritaria de personas con discapacidad y enfermedades catastróficas.
- Estudiar la interpretación constitucional del principio del interés superior del niño, frente al grupo de atención prioritario de personas con discapacidad y enfermedades catastróficas a partir de un caso concreto.

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO

2.1.- Justificación de la investigación

2.1.1 Teórica

Existe la necesidad de realizar un estudio sobre cómo los administradores de justicia han resuelto estos casos considerados como difíciles, y si estas resoluciones han velado por tutela de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es necesario considerar y verificar si las sentencias de los administradores de justicia constitucional han desarrollado jurisprudencia vinculante para la solución futura de casos análogos.

2.1.2. Práctica

La investigación es practica en virtud que esta investigación se justifica una vez analizadas las variables planteadas. En primer lugar, el trabajo investigativo permitirá establecer los elementos que la Corte Constitucional como máximo órgano de administración en justicia constitucional ha valorado para emitir sentencias en los denominados casos difíciles, toda vez que se analizará cómo estas jurisprudencias han sido progresivas o no, en tutela de derechos, en segundo término, la innovación es determinar, cuanta jurisprudencia nacional es aplicada dentro de los procesos en los cuales confluyen derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a los grupos de atención prioritaria que poseen discapacidad y enfermedades catastróficas.

2.2. Conceptos estructurales de la investigación

Principios constitucionales. - Los principios constitucionales se refieren a los valores éticos, sociales, legales e ideológicos consagrados en la constitución de una nación, a partir de los cuales se deriva todo el ordenamiento jurídico. Pueden ser llamados también como principios fundamentales. Significados (2013-2010)

Interés superior del niño. - El principio del interés superior como concepto o definición para el Alto Comisionado De Las Naciones Unidas Para Los Refugiados ACNUR, menciona lo siguiente:

El principio del interés superior del niño o niña, también conocido como el interés superior del menor, es un conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a las y los menores.

Se trata de una garantía de que los menores tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Así, se trata de superar dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a menores, por un lado, y el paternalismo de las autoridades, por otro.

El interés superior del menor es un concepto triple: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento.

Se trata del derecho del menor a que su interés superior sea una consideración que prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.

Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño o niña.

Es una norma de procedimiento ya que, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a menores, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las y los menores interesados. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá las garantías procesales (ACNUR, 2008).

De la misma forma como concepto estructural de la investigación analizaremos la observación general N° 14 emitida por el Comité de los Derechos del Niño, en la

cual trata sobre el artículo tres, del párrafo uno, de la consideración primordial en el interés superior del niño.

1. El artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada. Además, esa disposición establece uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño (el Comité) ha determinado que el artículo 3, párrafo 1, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño¹, y lo aplica como un concepto dinámico debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. 2. El "interés superior del niño" no es un concepto nuevo. En efecto, es anterior a la Convención y ya se consagraba en la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959 (párr. 2) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 5 b) y 16, párr. 1 d)), así como en instrumentos regionales y numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales. 3. La Convención también se refiere explícitamente al interés superior del niño en otras disposiciones, a saber: el artículo 9 (separación de los padres); el artículo 10 (reunión de la familia); el artículo 18 (obligaciones de los padres); el artículo 20 (privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado); el artículo 21 (adopción); el artículo 37 c) (separación de los adultos durante la privación de libertad), y el artículo 40, párrafo 2 b) iii), (garantías procesales, incluida la presencia de los padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la ley). También se hace referencia al interés superior del niño en el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (preámbulo y artículo 8) y el Protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones (preámbulo y artículos 2 y 3). 4. 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 niño². El Comité ya ha señalado³ que "[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención". Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño.

5. La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana. 6. El Comité subraya 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, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos. 7. En la presente observación general, la expresión "el interés superior del niño" abarca las tres dimensiones arriba expuestas. (Observación general N° 14, Comité de los Derechos de Niño, 2013, p. 3-4).

Como eje estructural del presente trabajo estudiaremos, La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en cuanto que señala en su literal e) lo siguiente:

Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. (2008, p. 1)

2.3. Referentes teóricos

En el contexto del presente estudio, se han ubicado antecedentes de investigaciones previas a nivel de maestría y doctorado, así como artículos científicos relacionados con la temática objeto de investigación, entre los cuales destacan los siguientes:

2.3.1.- Nacionales

En el trabajo de investigación realizado por (Campaña & Haro, 2017) sobre el Principio Constitucional del Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescencia y la tenencia en la legislación ecuatoriana, elaborado en la Universidad Técnica de Ambato, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho, menciona:

Se basa sobre los vínculos familiares que se desatan cuando uno de sus progenitores abandona) Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, el hogar y comienza de cierta manera la lucha por mantener la tenencia de los hijos menores de edad. La tenencia monopaternal es la que se fija siempre en nuestro país; cuando sus padres hayan disuelto todo vínculo matrimonial o separación que los mantenía juntos, en ese momento se fija la mencionada tenencia y con eso el progenitor que está en el cuidado de los hijos, es el responsable directo de la crianza, educación y desarrollo de los hijos menores de edad. En nuestro país el Juez, después de hacer un análisis a las evaluaciones de ambos progenitores y de observar como es el comportamiento de cada uno y en los casos de ser necesarios oír la opinión de los menores para poder definir a que progenitor entregará la tenencia de los hijos menores de edad. La tenencia siempre protegerá el principio del interés superior del niño, es por eso que constantemente se trata de llegar a un acuerdo entre los padres, para evitar cualquier perjuicio legal y psicológico que afecte y vulnere los derechos de los niños, niñas y adolescencia.

En este trabajo de investigación, se menciona que el principio del interés superior de los niño, niñas y adolescentes, los operadores de justicia deben velar por todos y cada uno de los derechos que les atienen a estos, en virtud que cuando sus progenitores deciden separarse del vínculo amoroso que les une, esta decisión de personas adultas, perjudica de una u otra manera los derechos de los niños, al normal desarrollo psicológico ya que esta situación de nacimiento a los conflictos que causan un desmedro en derechos para los niños.

En referencia a trabajos desarrollados en cuanto al grupo de atención prioritario de personas que mantienen enfermedades catastróficas, raras o huérfanas

encontramos que, en la tesis realizada por Nestor Israel Asipuela Amoguimb dentro del tema: La Medida cautelar dentro de las Garantías Jurisdiccionales en el Ecuador frente a las Enfermedades Catastróficas. Análisis de la sentencia no. 364-16-sep-c, manifiesta: (Asipuela, 2020). Se determina como aquellas patologías que sobresaltan o aparecen a pocas personas en su salud y calidad de vida diaria, a las cuales se las puede desmenuzar y catalogarlas como, largas, amenazantes, penetrantes y que pueden terminar con la vida misma; en mayor cantidad de ocasiones provocan algún tipo de incapacidad física, o detrimento económico sustancial para el paciente y núcleo familiar.

2.3.2.- Internacionales

En el trabajo realizado (Cevallos, 2008) con el tema El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, publicado en la revista Estudios Constitucionales indica:

Que el principio del interés superior del niño es uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño. Este principio aparece consagrado, inter alia, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

La Convención es el tratado internacional que presenta la mayor ratificación en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia, la han ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños, contenidas en dicha Convención.

Lo anterior podría constituir un indicador del carácter consuetudinario de las normas sobre derechos de los niños. En el contexto interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conocido diversos casos en los cuales ha debido pronunciarse sobre los derechos de los niños. (p. 62).

Los niños no sólo son sujetos de protección especial sino plenos sujetos de derecho y, en este sentido, lo ha entendido la Corte en sus juzgamientos. En el presente trabajo se pretende analizar las enseñanzas derivadas del sistema interamericano de derechos humanos en orden a determinar, si es que corresponde, una noción del interés superior del niño adecuada a los estándares interamericanos.

En la tesis doctoral sobre La protección de los derechos del niño, en el marco de las Naciones Unidas y el Derecho Constitucional Español, realizada en la Universidad Pontificia de Comillas – Madrid, (Álvarez, 2008) manifiesta que observando la problemática de su contenido y de la visión teleológica que se le debe proporcionar y desarrollar al ISN, se hace indispensable tratar de coadyuvar a la ciencia de los niños, niñas y adolescentes, para que en el futuro se entienda, se comprenda, y, se establezcan los parámetros y las técnicas mínimas necesarias que se debe cultivar para aplicar dicho principio. Se hace necesario destacar que lo que se prevé con el interés del sujeto menor de edad es que el Juez o funcionario pueda establecer lo mejor para el niño o niña; es decir, la aplicación insoslayable de cada uno de sus derechos humanos en cada caso concreto.

El artículo titulado Custodia compartida e interés superior del menor, de (Romero & Espinosa, 2015), publicada en el Diario La Ley, edición N^o 8556, habla sobre el interés superior del menor ha de ser el criterio rector de toda resolución judicial en materia de custodia compartida. Constatados los nocivos efectos psicológicos y emocionales que la ruptura de la relación de convivencia entre los padres tiene sobre sus hijos menores, los autores centran como contenido esencial del interés superior del menor la convivencia estable de éste con ambos padres de forma armónica y en el seno de un mismo hogar. Toda resolución judicial en materia de custodia compartida de menores debería aproximarse lo más posible a tal contenido fundamental.

En la Revista Jurídica sobre familia y menores, en el artículo publicado la tutela del superior interés del menor en el proceso judicial, (López, 2015), analiza qué en el momento actual, se acaban de reformar en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, varios procesos de menores. La constante alusión al superior interés del menor como parámetro, medida, principio o máxima a tener, prioritariamente, en cuenta, por los Jueces, en la resolución de los conflictos en que se vean comprometidos los intereses de los menores, no ha de proyectarse sólo, en el plano sustantivo, a la resolución material que ponga término, de manera definitiva, a la referida contienda, sino también al proceso en virtud del cual se alcanza esta

resolución, que ha de ser, por fuerza, ágil, sencillo, acelerado, eficaz, económico y humano, sin pérdida de garantías procesales.

En el artículo titulado, La importancia de la investigación en las enfermedades raras, publicada en la Revista Autonomía Personal de Colombia, su autor manifiesta:

Las enfermedades raras constituyen un problema socio sanitario de primera magnitud. Hay contabilizadas aproximadamente 7.000 y se estima que afectan a unos 3 millones de personas en nuestro país. Además, muchas de estas afecciones son crónicas e invalidantes y provocan situaciones de discapacidad. (La punzina, 2018, p.30)

Se evidencia que la situación de las personas con enfermedades raras a nivel mundial viene en ascenso y que una de sus principales características es que a quienes las aqueja, es que no pueden desenvolver actividades cotidianas en igualdad de condiciones que aquellas personas que no poseen estas llamadas enfermedades raras o catastróficas.

2.4. Marco legal y jurisprudencial

El marco legal y jurisprudencial en que se basa la investigación se centra específicamente en el análisis del siguiente contexto normativo:

- La Constitución de la República del Ecuador (2008), específicamente en lo establecido en los artículos 35, 44, 45, 47 y 50 de la norma constitucional, en donde se establece quienes conforman los grupos de Atención Prioritaria, y las diferentes garantías que el Estado debe propender.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva número OC-17, 28 de agosto de 2002, en la cual se menciona y realiza un análisis de la dignidad misma del ser humano, donde se encuentra establecidos derechos de los niños.
- Código de la Niñez y Adolescencia, en Registro Oficial, No. 737 (3 de enero de 2009), específicamente en el artículo 11 que menciona al interés superior del niño, el cual se trata de satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

- Declaración y Programa de Acción de Viena, 12 de julio de 1993, en la cual se analizará La Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en atención a los niños, niñas y adolescentes.
- Convención sobre los Derechos del Niño, que se investigará lo que ha desarrollado la ACNUR.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14, de fecha 29 de mayo de 2013, el cual trata sobre el derecho de niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
- Sentencia de la Corte Constitucional No. 207-11-JH/20, referente al Caso No. 207-11-JH, en la cual se Trata sobre el Principio del Interés Superior del Niño.
- Sentencia de la Corte Constitucional N. 064-15-SEP-CC, referente al Caso N. 0331-12-EP, en la que se analiza al Principio del Interés Superior del Niño.
- Sentencia de la Corte Constitucional No. 525-14-EP/20, referente al Caso No. 525-14-EP, en la cual se analiza sobre el Principio del Interés Superior del Niño.
- Sentencia No. 2691-18-EP/21, referente al Caso 2691-18-EP, en la cual la Corte Constitucional realiza un análisis sobre el principio del Interés Superior del Niño.
- Sentencia No. 689-19-EP/20, referente al Caso No. 689-19-EP, en la cual la Corte Constitucional analiza la existencia sobre la existencia de la vulneración de derechos de grupos de atención prioritaria que poseen discapacidad.
- Sentencia No 172-18-SEP-CC, que refiere al caso N° 2149-13-EP, en la cual la Corte Constitucional analiza la vulneración de derechos laborales de personas con Discapacidad.
- Sentencia N° 251-18-SEP-CC, que refiere al Caso N° 0467-15-EP, en la cual la Corte Constitucional ratifica la decisión tomada por la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas ya que se trata de una enfermedad catastrófica adquirida como es el Cáncer.
- Sentencia N°. 080-13-SEP-CC, que refiere al Caso N° 0445-11-EP, en la cual la Corte Constitucional realiza un análisis sobre la Vulneración derechos de personas con enfermedades catastróficas.

- Sentencia N° 016-16-SEP-CC referente, al Caso N°. 2014-12-EP, en la cual la Corte Constitucional constata la posible existencia de vulneración de derechos de Personas con enfermedades catastróficas.
- Sentencia N° 067-12-SEP-CC, que refiere al Caso N° 1116-10-EP, en la cual la Corte Constitucional realiza un análisis considerando a la ponderación como mecanismo de Interpretación, cuando se confluyen derechos entre personas de los Grupos de Atención prioritario.

CAPÍTULO III. MARCO METODOLÓGICO

3.1. Enfoque de la investigación

La presente investigación tiene un enfoque cualitativo, acorde a lo manifestado por el autor Sampieri (2014), al determinar que “este enfoque utiliza la recolección y análisis de los datos para afinar las preguntas de investigación o revelar nuevas interrogantes en el proceso de interpretación.” (p.7), es decir permite recoger información basada en la observación y estudio en la realidad de su contexto natural.

Además, la investigación se basa a esta teoría, ya que dentro del trabajo de investigación se determina un derecho constitucional, enmarcado en un principio, que debe desarrollarse en un proceso, con la finalidad de justificar y analizar que no se transgreda el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, al momento de plantear, activar y resolver en los diferentes ámbitos jurisdiccionales y constitucionales sobre estos derechos; Así como también se empleara la metodología Histórico jurídico al momento de analizar otros grupos de Atención Prioritaria como son las personas con discapacidad y enfermedades catastróficas.

Por ultimo también se desarrollará el estudio de un caso en concreto, ya que se analizará si la sentencia emitida por la Corte Constitucional en donde se resuelve sobre los derechos en conflicto del caso específico del principio del interés superior del niño, frente a personas con discapacidad y enfermedades catastróficas; fue el mecanismo de Interpretación constitucional viable.

3.2. Tipo de investigación

La presente investigación tiene un nivel descriptivo de acuerdo con el autor Sampieri (2014), al manifestar que “el alcance descriptivo busca especificar propiedades y características importantes de cualquier fenómeno que se analice. Describe tendencias de un grupo o población.” (p.92). En virtud de lo indicado, dentro de la presente investigación lo que como investigadores buscamos es la descripción de los problemas jurídicos que conlleva al implementar el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad y personas con enfermedades catastróficas dentro de la norma constitucional.

De igual manera la presente investigación se basa en la metodología dogmática – jurídica, misma que acorde al escritor Tantaleán (2016), establece que:

Se estudia a las estructuras del derecho objetivo o sea la norma jurídica y el ordenamiento normativo jurídico, por lo que se basa, esencialmente, en las fuentes formales del derecho objetivo. (...) En los estudios de dogmática jurídica se investiga lo que los humanos dicen que hacen con el derecho, y se los conoce como dogmáticos porque en nuestra disciplina la norma jurídica es considerada un dogma. (...) La dogmática jurídica es la encargada de estudiar a fondo las instituciones jurídicas, pero de modo abstracto, es decir sin verificar su materialización en la realidad. (p.5)

Es decir, de para este autor nos aclara la metodología dogmática – jurídica, es la que se faculta el estudio y sobre todo el análisis de los cuerpos normativos en su contexto, revisando la legislación correspondiente, acorde al estudio del principio del interés superior del niño.

En concordancia con lo antes señalado la investigación se encuentra enmarcada en el tipo Documental, que conforme al autor Ñaupas, Mejía, Novoa, Villagómez (2014) “Toda persona que inicia una investigación empieza tomando contacto con la información que percibe de la realidad o con los conocimientos previos que tiene sobre el objeto que se propone estudiar.” (p.386), es decir se desarrolla el trabajo de investigación en base a textos, sentencias, y demás documentos en el ámbito jurisdiccional para obtener el conocimiento e información respectiva sobre el principio del interés superior del niño frente a las personas con discapacidad y enfermedades catastróficas.

3.2.1. Nivel de Investigación

Refiriéndonos al alcance del trabajo de investigación este es considerado descriptivo, como lo señala Sampierietal. (2006) al mencionar que “los estudios descriptivos únicamente pretenden medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que se refieren, esto es, su objetivo no es indicar como se relacionan las variables medidas” (p.102) la investigación al desarrollarse en el ámbito jurídico, es la verificación de la forma de interpretación del principio del interés superior del niño, frente a los grupos de atención prioritaria a la luz de un caso practico

3.2.2. Método de Investigación

La investigación desarrollada en el principio del interés superior del niño, al considerarse un derecho constitucional (Álvarez, 2002, p. 28) menciona “que son procedimientos de carácter reflexivo, sistemático, controlado, crítico y creativo, cuyo objetivo es la búsqueda, indagación y el estudio de las normas, los hechos y los valores, considerando la dinámica de los cambios sociales, políticos, económicos y culturales”. Al tratar del autor, entendemos que el trabajo investigativo se desarrolla en primer lugar en la reflexión del principio para luego confrontarlo con el grupo de atención prioritaria con discapacidad y enfermedades catastróficas, reflexionando críticamente sobre Interpretación realizada por la Corte Constitucional a la luz de un caso práctico.

Para cumplir con el desarrollo de los objetivos específicos uno y dos, se ha implementado el método Histórico – Jurídico a lo cual Pérez, & Díaz (2013) indican.

El método histórico –jurídico es esencial en la elaboración, interpretación y aplicación de normas jurídicas. Como método de la ciencia del derecho puede identificarse en su estructura un conjunto secuenciado de procedimientos que constituyen pasos para la solución de problemas profesionales. La formación histórica del jurista no debe limitarse a transmitir conocimientos sobre hechos pasados, para comprender el presente y el futuro: sin renunciar a esta pretensión cultural debe articular un sistema de acciones y operaciones de enseñanza-aprendizaje dirigidas a formar el método histórico-jurídico que le permite ser un profesional más competente desde su modo de actuación. (p.127)

En referencia al objetivo específico tres del presente trabajo se ha considerado la metodología del estudio de casos Según (Maradi, Archenti y Piovani, 2007), cita a Yin, 1993, quien menciona que.

El ESTUDIO DE CASO (EC) se basa en un diseño de investigación orientado al análisis de las relaciones entre muchas propiedades concentradas en una sola unidad. Trabajar con muchas variables y un caso (o muy pocos) ha dado lugar a diversas estrategias de abordaje encaminadas a la búsqueda de múltiples fuentes de evidencia (p. 237)

Conforme lo identifican los autores el método de estudio de caso, se la puede considerar como una estrategia en la cual la investigación va encaminada a unificar diversas situaciones que permitirán el abordaje de más de un caso encaminado a uno en particular.

3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de información

El trabajo del principio del interés superior del niño, se basará en la técnica del análisis documental como son los cuerpos normativos y las sentencias de las distintas cortes. Es así que para (Arias, 1999, p. 43) menciona que la técnica es “describir de forma exhaustiva los elementos de un documento” por ello, se examinará en primer lugar como se ha planteado en las variantes, la doctrina del principio del interés superior del niño, y posterior la jurisprudencia de la Corte Constitucional, emitidos sobre este principio constitucional

3.4. Procedimiento de la investigación

Con la finalidad de alcanzar el cumplimiento de los objetivos de la investigación tenemos que desarrollar las fases de investigación que para entender las mismas son: en primer término, la Recopilación de la información, es decir que para esta primera etapa se debe tratar sobre la incorporación documental de toda aquella investigación, que servirá de base para el progreso sistemático en cumplimiento de los objetivos planteados, que serán estudiados y analizados. En segundo es la Categorización de la información, que consiste en recopilar la

información obtenida para luego analizar y establecer la metodología a emplear en el desarrollo del trabajo de investigación; por último, es la etapa de los Resultados; en la cual se concluirán en base a las variantes u objetivos de la investigación. Y para finalizar el trabajo es necesaria la etapa de estudiar un caso en concreto, en el cual se conflictúa el interés superior de los niños frente a otros grupos de Atención prioritaria como las personas con discapacidad y enfermedades catastróficas.

CAPITULO IV. ANALISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

4.1.- Investigar el ámbito conceptual, normativo y doctrinario del principio de interés superior del niño.

Para comenzar a realizar un análisis del principio del interés superior del niño, en primer lugar, debemos entender el significado de cada una de las palabras que abarcan dicha frase, por lo que a continuación, desarrollaremos la definición de esta expresión.

4.1.1.- Definiciones:

Principio. -Para (Cabanellas de las Cuevas, 2012, p. 765) expone que es una “regla de gran generalidad y relativa imprecisión, aplicable en un campo del Derecho, o generalmente en éste.” Por lo que, hace denotar que, al hablar del principio, nos referimos a los principios generales del derecho. En tal sentido (Mejía, 2018) manifiesta:

Que los principios no son normas jurídicas sino normas extra sistemáticas, morales, que están por fuera del derecho, que solo ejercen una función auxiliar frente a las normas jurídicas y que solo se aplican en los denominados casos difíciles. Son entendidos, principalmente, como principios de derecho natural. (p. 125)

En virtud de estas definiciones, comprendemos que la ley, no puede abarcar todas las posibilidades o eventos que en la vida se presenten; es por ello, que al momento de aplicar la norma jurídica a casos concretos se conflictúan algunos derechos, y estos deben ser resueltos, por lo tanto, dejan al juzgador en la necesidad

de acudir a otras fuentes del derecho, para resolver el litigio, ya que no puede excusarse de dictaminar un fallo, a pretexto de silencio de la norma, y a falta de una norma expresamente aplicable al caso, se debe aplicar los principios generales del derecho.

Interés.—Para el tratadista (Mejía, 2018) menciona que el interés jurídico se consideraría como un derecho intrínseco que proviene de la ley, y que posibilita que el titular pueda acceder ante la autoridad competente judicial o administrativa, pública o privada, para requerir el cumplimiento de una obligación o derecho por parte de una persona o del Estado.

De igual manera (Cabanellas de las Cuevas, 2012), cita a Carnelutti el cual manifiesta que el interés es la “necesidad de acudir al órgano jurisdiccional para satisfacer legalmente el interés en litigio” (p. 499) por lo que, entonces debemos comprender que el interés jurídico, dentro de la norma se entiende por el beneficio que posee el sujeto procesal, para hacer valer sus derechos ante el órgano jurisdiccional.

Superior. – Al definir la palabra superior podemos comprender que se entendería por la cosa o circunstancia más alta y en un lugar preeminente respecto de otra. Es así que (Cabanellas de las Cuevas, 2012), define superior indicando que es “lo más elevado o mejor. Lo de mayor fuerza, virtud o bondad” (p. 926) en virtud de ello, superior se considera a un hecho, cosa o derecho, que se encuentra elevado frente a otra circunstancia igual.

Niño. – De conformidad al Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, menciona que “niño o niña es la persona que no ha cumplido 12 años de edad, adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad” (p. 243) de la misma forma (Cabanellas de las Cuevas, 2012) define “Es el periodo de la vida humana desde el nacimiento hasta los 7 años cumplidos, en que se sitúa genéricamente el comienzo del raciocinio. En lo civil implica plena incapacidad de obrar, y en lo penal, total inimputabilidad” (p.623) por lo tanto, se define niño, a las

personas menores de 12 años, a las personas adolescentes son las consideradas entre 12 años a los de 18 años de edad.

4.1.2.- El principio de interés superior del niño desde la doctrina.

Para comenzar a estudiar sobre el principio del interés superior del niño, debemos conocer cuál ha sido las circunstancias de su origen sobre los derechos consagrados para los niños, niñas, y adolescentes. Es por ello, que estudiaremos sus comienzos. Es así que, para el año de 1924, existe la Declaración de Ginebra, la cual es la primera declaración de derechos para los niños; ya que menciona lo siguiente:

Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle, afirman así sus deberes, descartando cualquier discriminación por motivos de raza, de nacionalidad o de creencia.

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.
3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.
4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.
5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo (Declaración de Ginebra, 1924)

Los derechos de los niños, niñas, y adolescentes conocidos ahora así en la actualidad, entendemos que estos se presentaron posterior a la primera guerra mundial, es por ello que para Rivas (2015) habla sobre esta declaración mencionando que:

Históricamente se reconoce a la Declaración de Ginebra de 1924 como la piedra angular del derecho de la infancia, que con el tiempo permitió el desarrollo de la Convención sobre los Derechos de los Niños. Esta declaración es el primer instrumento internacional que protege específicamente a los

derechos de los niños; como tal permite observar el nacimiento de la protección jurídica a favor de los menores. (p. 5)

La Declaración de Ginebra nace en el año de 1924, donde ya se evidencia una preocupación sobre este grupo de atención vulnerable, que claro para esos años no eran reconocidos sus derechos, pero con la Declaración se da un paso importante a la evolución de los niños en cuestión de sus derechos como sujetos de protección. Es interesante lo que afirma Rivas (2015), al expresar:

La declaración de 1924 no contiene de forma expresa derechos, por el contrario, usa la expresión “el niño debe ser” en vez “el niño tiene derecho a...”. además, en el preámbulo utiliza la expresión “los hombres y mujeres” dejando en claro que se trata de una enunciación de obligación dirigida a los adultos a cargo de los niños. (p. 6)

Es importante indicar que esta declaración, no es iniciativa del sector público, sino todo lo contrario, esta propuesta de proyección es idea de la organización llamada Unión Internacional de Salvación del Niño; es por ello, que en dicha declaración no se habla de derechos expresamente para los niños, sino la forma en cómo deben ser tratados estos niños en situaciones reales de la vida.

Como segunda reseña histórica encontramos después de la segunda guerra mundial, que, en el año de 1948, nace por los representantes y actores de todas las regiones del mundo, con diferentes antecedentes jurídicos y culturales La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que es una ganancia histórica de los derechos humanos, que, por primera vez, se identifica a los derechos fundamentales del ser humano, los cuales deben ser protegidos por todo el mundo. En el artículo veinte y cinco de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) manifiesta

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. La maternidad

y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social. (p. 32)

En esta Declaración Universal de los Derechos Humanos, se acuña por las vivencias obtenidas en las distintas guerras mundiales, y su propósito es erradicar con la vulneración de los derechos, y claro dentro de estos derechos fundamentales, se encuentra el grupo vulnerable que son los niños, niñas y adolescentes, según Rivas (2015) explica que:

la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) en consideración a las atrocidades vividas durante los años de guerra. Nuevamente estamos ante un instrumento que busca orientar la conducta de los Estados pero que no tiene fuerza obligatoria. En cuanto a su contenido, cabe señalar que todos los derechos, que por su naturaleza pueden ser ejercidos por menores de edad, son aplicables a los niños, niñas y adolescentes, ya que el receptor es precisamente el ser humano. Específicamente, la declaración nombra sólo en el artículo 25 párrafo 2º explícitamente un derecho propio del niño: acceder a protección social independientemente de si su filiación es matrimonial o no. (p. 7)

Es por ello, que dentro del artículo veinte y cinco de la declaración se habla sobre los derechos de maternidad y de infancia, y sobre todo de los niños concebidos dentro y fuera del matrimonio, y todos estos deben ser protegidos sus derechos en el ámbito social.

Como tercer hito, encontramos que la Organización de Naciones Unidas ONU, realiza su propia declaración llamada Declaración Universal de Derechos del Niño. La cual es basada en la Declaración de Ginebra de 1924, pero en esta ocasión esta Declaración es recogida por organizaciones internacionales y no como en la de Ginebra que fue por organizaciones privadas. Es así que, la Declaración Universal de Derechos del Niño (1959) en su preámbulo manifiesta:

Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. Considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924

sobre los Derechos del Niño y reconocida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. (p. 1)

Como podemos observar en esta declaración existe ya una mejoría sobre los Derechos Humanos en favor de los niños, al mencionar que estos derechos deben ser en especial protegidos y se conceptualiza el interés superior, en referencia a los Derechos Humanos en general. Basándonos al contenido del desarrollo del trabajo de investigación, hacemos constar los principios que trata la Declaración Universal de Derechos del Niño (1959) sobre el principio del interés superior.

Principio segundo: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. (p.2)

Principio séptimo párrafo segundo: El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. (p.2)

Como analizamos dentro de la Declaración Universal de Derechos del Niño, en estos dos principios ya se menciona el concepto de interés superior, y podemos determinar que el primero habla sobre la obligatoriedad que tiene el Estado y las instituciones públicas y privadas, al momento de adoptar decisiones que tengan que velar por los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Mientras que, en el segundo principio citado, este menciona que el interés superior es el principio rector, pero está dirigido a personas naturales, para que estas cumplan con el desarrollo integral de los niños.

Nos encontramos ante un cuerpo declarativo sin fuerza vinculante, no obstante, esta vez es redactada con un lenguaje jurídico que la separa del listado de intenciones de la Declaración de 1924. Este instrumento consta de 10 principios y establece explícitamente derechos, mas es curiosa la

yuxtaposición de derechos 'duros' como el derecho al nombre y a la nacionalidad con enunciados más bien ideales como el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Ciertamente el desarrollo espiritual del niño o niña es de gran significación, pero el modo en que se abarca el tema es un reflejo de la falta de obligatoriedad del cuerpo, acercándose así a su realidad de unidad orientadora, más que una unidad normativa. (Rivas, 2015, p. 9)

Para esta tratadista, menciona que tanto la Declaración de Ginebra de 1924, como la Declaración de 1959, son instrumentos declarativos, pero que no tienen fuerza vinculante en los países, a lo que como análisis podemos determinar que es una lógica bastante aplicada, ya que para esas fechas muy pocos países eran parte de las Naciones Unidas, y dentro de sus marcos legales y constitucionales no tenían una norma expresa de aplicar o no, normas internacionales.

Es por ello que, la Convención de Derechos del Niño, en 1989, es el siguiente hito histórico en el cual en su artículo tres numeral uno indica lo siguiente:

En todas las medidas que conciernan a los derechos de los niños, las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos administrativos o los órganos legislativos deben tener en cuenta una consideración primordial y observarán el interés superior del niño. (Convención de Derechos del Niño, 1989, p. 2)

La Convención Interamericana sobre los Derechos del Niño, es considerada una norma primordial para la toma de decisiones sobre materia de niñez y adolescencia, y, por ende, el conjunto de derechos que abarca este grupo prioritario, es superior al resto de derechos de las personas adultas, y peor estos derechos pueden ser limitados, frente a derechos comunes o colectivos. Siguiendo con la línea de interpretación del tratadista Cillero (2015) este menciona, que las políticas públicas sobre el interés del niño e interés colectivo.

La formulación del artículo tercero de la Convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial. Esto significa que la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmedrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo. (p. 12)

Como ejemplo sobre los derechos del niño, versus los derechos colectivos, podemos ejemplificar las infracciones del Código Orgánico Integral Penal, los derechos de los niños, niñas y adolescentes, deben tener una importancia y primacía absoluta frente a los derechos de terceras personas, o personas adultas.

Para tomar una correcta aplicación del principio del interés superior del niño, al menos en el ámbito judicial, requiere que el juzgador, u operador de justicia realice un análisis del conjunto de derechos de este grupo prioritario, los cuales no pueden ser afectados, y tal vez, lo que puedan serlo, resulten inferiores o no muy perjudiciales en las decisiones que se adopten, claro en beneficio de los niños, niñas y adolescentes; asegurándose que se garantice la satisfacción de los derechos, y que no se restrinjan estos.

El interés superior del niño será una consideración primordial a que se atenderá en todas las medidas concernientes a los niños, No habrá discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición; Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño; Debe garantizarse a los niños el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez. (La Convención de los Derechos del Niño, 1989, p.68)

Según estas consideraciones se debe proveer los mecanismos que sean necesarios para que los niños, niñas y adolescentes puedan ejercer plenamente sus derechos expresado en la norma constitucional, en virtud que la norma permite según el grado de madurez y de edad, la comparecencia de los adolescentes en los procesos que se estén ventilando en las distintas Unidades Judiciales. Así mismo, menciona Cillero (2015)

La aplicación de esta regla justifica, por ejemplo, la disminución al mínimo posible siempre perfectible de la intervención a través de recursos penales sobre la adolescencia y absoluta excepcionalidad de la medida de separación

del niño de su entorno familiar; en efecto este tipo de medidas que afectan la libertad personal y el medio de desarrollo del niño, obstaculizan severamente el ejercicio no solo de los derechos expresamente privados. (p. 13)

Como habíamos indicado los operadores de justicia deben aplicar una regla de disminución de los derechos colectivos, frente a los derechos del grupo prioritario que son los niños, niñas y adolescentes, en virtud que se debe realizar el mínimo posible de afectación a estos derechos, al momento de conocer y resolver una causa judicial.

Continuando con los orígenes del principio encontramos que, a la fecha del día 30 del mes de marzo del año 2001, la honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en razón de lo que dispone el artículo 64 numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, presento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una solicitud a fin de que mediante Opinión Consultiva, se exprese sobre la interpretación de los art. 8 y art. 25 de la Convención Americana, con la finalidad de conseguir 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 niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana. Es por ello que se emite la opinión Consultiva N° OC-17 de 2002, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se afirmó en el principio del interés superior del niño manifestando que:

Este principio protector de los derechos del niño tiene como antecedente la dignidad humana, de los niños, y su necesidad de precautelar el desarrollo de este grupo vulnerable, con el pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como también se debe tener muy en cuenta la naturaleza jurídica y amplitud de la Convención internacional de los Derechos del Niño. (p. 13)

La consulta elevada a la Corte Interamericana sobre la interpretación del principio regulador de la normativa de los derechos del niño, se funda en la dignidad de las personas, haciendo énfasis en las características inherentes de los niños,

niñas, y adolescentes, y en la necesidad de garantizar el pleno uso del progreso global para el aprovechamiento de las potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño. A este respecto, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) establece:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. (p. 3)

El principio anterior que trata de la Declaración de los Derechos del Niño, se replica y desarrolla ampliamente en el artículo tres de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone:

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. (p. 7)

Este asunto se sujeta con el análisis realizado en líneas anteriores, tomando en cuenta que la Convención de los Derechos del Niño, apunta al principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, en especial en los artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40; como referencia para garantizar la realización del conjunto de Derechos contemplados en este marco convencional.

A este criterio se ciñe las acciones del Estado con la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de los derechos. Con este mismo sentido hay que observar que, para asegurar, en la mayor medida posible el conjunto de derechos la prevalencia del interés superior del niño es garantizar estos en su conjunto (Montecé, 2017). Menciona que se establece a este grupo los cuidados especiales y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir medidas especiales de protección.

La opinión consultiva tarta de los derechos de los niños sobre su dignidad humana y la necesidad de precautelar el desarrollo integral del conjunto de derechos de este grupo de atención prioritaria, buscando su nacimiento jurídico en cada uno de los países miembros. En conclusión, es preciso mencionar y garantizar el requerimiento de medidas especiales para proteger las características del conjunto de derechos constituciones que trata el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

En el régimen internacional de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido fuente primordial para el progreso del principio fundamental del interés superior del niño es por ello que, La Corte Interamericana ha vinculado directamente la Convención Americana con la Convención de los Derechos del Niño, estableciendo como parámetro normativo para el sistema interamericano a ambos instrumentos como íntimamente relacionados respecto a los derechos de la niñez (Ochoa, 2016). Desarrollando el análisis que ha realizado la Corte, esta determina que los derechos del niño forman parte de la Convención Americana, que es un cuerpo legal internacional, el cual su objetivo es la protección del conjunto de derechos de los niños para garantizar el alcance de la disposición general definida del artículo 19 de la Convención Americana. De la misma manera Ochoa (2016) menciona que:

La Corte a llegando a definir el principio del interés superior del niño, en sus propios términos como: Principio regulador de la normativa de los derechos del niño que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño. (p. 54)

Y dentro de su interpretación Ochoa (2016) cita a Farith Simon, quien al respecto indica que “el principio para la Corte sirve como principio prevalente en cuanto regulador de la normativa de niñez y adolescencia para la interpretación jurídica, punto de referencia para la realización de los derechos, criterio para la

protección y preservación de derechos y orientación para tomar medidas especiales para cumplir los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes”.

Esta definición del principio del interés superior del niño, puede observarse en los distintos casos desarrollados en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que podemos indicar el caso de Bulacio v/s argentina, la Corte señala:

Que cuando se trata de la proteger los derechos de la niñez mediante la adopción de medidas de protección, rige el principio del interés superior del niño, el cual 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. (Sentencia de 18 de septiembre de 2003, caso No. 100, párr. 133)

Según esta línea interpretativa de la Corte Interamericana, (Ochoa, 2016), expone que el autor Aguilar Cavallo, afirma que la Corte ha manifestado en forma clara el reconocimiento del conjunto de derechos de los niños, niñas, y adolescentes como categoría especial de protección por parte del Estado, la familia y la sociedad entera además de su condición de plenos sujetos de derechos y, especialmente, de derechos humanos.

Al interpretar el Interés superior del niño a la luz del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, “el interés superior del niño requiere que se aplique una interpretación dinámica del niño como sujeto de derechos y ya no como mero objeto de protección” (Corte I.D.H., OC-17/02, párr. 28), es por ello que esta distinción es considerada como *opinio iuris communis*. Es decir, la convicción de los Estados que el niño debe ser siempre considerado como sujeto de derecho.

Como hemos analizado anteriormente, esto implica que el niño, niña y adolescente no contemple la capacidad o el ejercicio, ni tampoco lo priva de su calidad de sujeto de derechos al ser persona. La Corte Interamericana de Derechos Humanos,(1989) lo ha expresado magistralmente cuando ha señalado que:

La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como

asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana. (p.130)

Los derechos humanos de la Convención de los Derechos del Niño, dentro del sistema interamericano de derechos humanos, lo declara formalmente parte del corpus iuris de derechos humanos para los Estados miembros, sino que al utilizar el interés superior del niño en sus decisiones se encuentran incorporando criterios de aplicación de los mismos para los países para los cuales la Corte tiene un carácter de tribunal vinculante, a la par que con su calidad de tribunal internacional establece para toda la región criterios que son difíciles de no ser observados e incorporados por tribunales nacionales como doctrina en el tema.

Por último, regresamos en forma cronológica a la Convención de los Derechos del Niño, en virtud que el Comité con fecha 29 de mayo de 2013, emite la Observación general N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, este es el hito más importante que abarca justamente las Naciones Unidas, al referirse ya sobre el principio del interés superior, el cual analiza el artículo tres, párrafo uno, de la Convención que menciona "*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*". (Convención de los Derechos del Niño, 1989). Es así, que el comité realiza un análisis profundo de este artículo, basándose en el estudio del principio, por ello manifiesta:

La presente observación general tiene por objeto garantizar que los Estados partes en la Convención den efectos al interés superior del niño y lo respeten. Define los requisitos para su debida consideración, en particular en las decisiones judiciales y administrativas, así como en otras medidas que afecten

a niños con carácter individual, y en todas las etapas del proceso de aprobación de leyes, políticas, estrategias, programas, planes, presupuestos, iniciativas legislativas y presupuestarias, y directrices (es decir, todas las medidas de aplicación) relativas a los niños en general o a un determinado grupo. El Comité confía en que esta observación general guíe las decisiones de todos los que se ocupan de los niños, en especial los padres y los cuidadores. (Observación general N° 14, CDN, 2013, p. 4-5)

Como podemos determinar, la observación del Comité de los Derechos del Niño, tiene como objeto garantizar la efectiva aplicación del interés superior del niño, en los Estados que forman parte de las Organizaciones de las Naciones Unidas, estableciendo requisitos para el respeto de este principio, además, de mejorar la comprensión y observancia del derecho del niño promoviendo un verdadero cambio de actitud, con el cual fortalezca el pleno respecto de los niños como titulares de derechos. En tal sentido veamos el análisis del Comité, en cuanto al artículo tres, párrafo primero de la Convención de los Derechos del Niño.

En todas las medidas concernientes a los niños

a) "En todas las medidas". El objetivo del artículo 3, párrafo 1, es velar por que el derecho se observe en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño. Esto significa que, en cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá. El término "medida" incluye no solo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas. La pasividad o inactividad y las omisiones también están incluidas en el concepto "medidas", por ejemplo, cuando las autoridades de bienestar social no toman medidas para proteger a los niños del abandono o los malos tratos.

b) "Concernientes a". La obligación jurídica se aplica a todas las decisiones y medidas que afectan directa o indirectamente a los niños. Por lo tanto, la expresión "concernientes a" se refiere, en primer lugar, a las medidas y decisiones relacionadas directamente con un niño, un grupo de niños o los niños en general y, en segundo lugar, a otras medidas que repercutan en un niño en particular, un grupo de niños o los niños en general, aunque la medida no vaya dirigida directamente a ellos. Como se indica en la Observación general N° 7 (2005) del Comité, ello incluye las medidas que afecten directamente a los niños (por ejemplo, en relación con los servicios de atención de la salud, sistemas de guarda o escuelas), así como aquellas que repercutan indirectamente en los niños pequeños y otros grupos de población (por ejemplo, en relación con el medio ambiente, la vivienda o el transporte)

(párr. 13 b)). Así pues, la expresión "concernientes a" debe entenderse en un sentido muy amplio. En efecto, todas las medidas adoptadas por un Estado afectan de una manera u otra a los niños. Ello no significa que cada medida que tome el Estado deba prever un proceso completo y oficial para evaluar y determinar el interés superior del niño. Sin embargo, cuando una decisión vaya a tener repercusiones importantes en uno o varios niños, es preciso adoptar un mayor nivel de protección y procedimientos detallados para tener en cuenta su interés superior. Así pues, en relación con las medidas que no se refieren directamente a uno o varios niños, la expresión "concernientes a" tendría que aclararse en función de las circunstancias de cada caso para evaluar los efectos de la medida en el niño o los niños.

c) "Los niños". El término "niños" se refiere a todas las personas menores de 18 años sujetas a la jurisdicción de un Estado parte, sin discriminación alguna, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Convención. (Observación general N° 14, CDN, 2013, p.7)

La observación general, al analizar la frase en todas las medidas, menciona que se refiere cuando se trata de uno o varios niños y por su condición deben poseer una consideración primordial en su atención, señalando que la palabra medida, incluye a todo tipo de decretos, sucesos, administraciones, instrucciones, entre otras cosas en beneficio de este grupo prioritario, consagrado así en la Constitución del Ecuador; mientras que la palabra utilizada concernientes es por cuanto las medidas manifestadas anteriormente deben relacionarse directamente a los niños, y niñas beneficiándolas en conjunto, garantizando así sus derechos, por último, al referirse niños, comprendemos que son las personas mujeres y hombres menores de 18 años de edad, como lo establece el Código Civil.

Las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.

a) "Instituciones públicas o privadas de bienestar social". Estos términos no deberían interpretarse de manera restrictiva ni limitarse a las instituciones sociales stricto sensu, sino entenderse como todas las instituciones cuya labor y decisiones repercuten en los niños y la efectividad de sus derechos. Esas instituciones no solo abarcan las relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales (como la asistencia, la salud, el medio ambiente, la educación, las actividades comerciales, el ocio y el juego, por ejemplo), sino también las que se ocupan de los derechos y libertades civiles (por ejemplo, el registro de nacimientos y la protección contra la violencia en todos los entornos). Las instituciones privadas de bienestar social incluyen a las

organizaciones del sector privado (con o sin ánimo de lucro) que intervienen en la prestación de servicios esenciales para que los niños disfruten de sus derechos y que actúan como alternativa a los servicios públicos, en nombre de ellos, o junto con ellos.

b) "Los tribunales". El Comité subraya que el término "tribunales" alude a todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, ya estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean, y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños, sin restricción alguna. Ello incluye los procesos de conciliación, mediación y arbitraje. En la vía penal, el principio del interés superior se aplica a los niños en conflicto con la ley (es decir, autores presuntos, acusados o condenados) o en contacto con ella (como víctimas o testigos), así como a los niños afectados por la situación de unos padres que estén en conflicto con la ley. El Comité⁵ subraya que la protección del interés superior del niño significa que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. En la vía civil, el niño puede defender sus intereses directamente o por medio de un representante, como en el caso de la paternidad, los malos tratos o el abandono de niños, la reunión de la familia y la acogida. El niño puede verse afectado por el juicio, por ejemplo, en los procedimientos de adopción o divorcio, las decisiones relativas a la custodia, la residencia, las visitas u otras cuestiones con repercusiones importantes en la vida y el desarrollo del niño, así como en los procesos por malos tratos o abandono de niños. Los tribunales deben velar por que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente.

c) "Las autoridades administrativas". El Comité pone de relieve que el alcance de las decisiones tomadas por las autoridades administrativas a todos los niveles es muy amplio y abarca, entre otras, las decisiones relativas a la educación, el cuidado, la salud, el medio ambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad. Las decisiones particulares adoptadas por las autoridades administrativas en esas esferas deben ser evaluadas en función del interés superior del niño y han de estar guiadas por él, al igual que todas las medidas de aplicación.

d) "Los órganos legislativos". El hecho de hacer extensiva la obligación de los Estados partes a sus "órganos legislativos" pone claramente de manifiesto que el artículo 3, párrafo 1, se refiere a los niños en general, no solo a los niños con carácter individual. La aprobación de cualquier ley, reglamento o convenio (como los tratados de comercio bilaterales o multilaterales o los tratados de paz que afectan a los niños) debería regirse por el interés superior del niño. El derecho del niño a que se evalúe su interés superior y constituya una consideración primordial debe figurar de forma explícita en toda la legislación pertinente, no solo en las normas que se refieren específicamente a los niños. Esta obligación también se aplica a la aprobación de los presupuestos, cuya preparación y elaboración exigen adoptar una perspectiva que defienda el

interés superior del niño a fin de respetar sus derechos. (Observación general N° 14, CDN, 2013, p.8-9)

Ahora bien, analicemos que se entiende por instituciones públicas e instituciones privadas: las primeras son establecimiento, empresa o persona moral fundada con aspiraciones de permanencia cuyos intereses son independientes de los de las personas físicas que la integran, esta es la definición de institución y publica significa que es de todos y para todos y pagada por todos. Un ejemplo de ello los colegios públicos, institutos, escuelas infantiles, residencias, hospitales, ministerios, delegaciones, universidades. Se crean para el servicio público, para el fomento cultural, educativo, para beneficiar al pueblo principalmente en aspectos como el de la salud, la seguridad, la capacitación, la legalidad, el orden etc. Por otro lado, las instituciones privadas son las dedicadas a los negocios, cuyos dueños pueden ser organizaciones no gubernamentales, o que están conformadas por un relativo número de dueños, que no comercian públicamente en una bolsa de valores. Estas son consideradas como personas jurídicas.

Al referirse tribunales, se está justamente indicando a los operadores de justicia, quienes tienen la potestad y obligación de garantizar y proteger el conjunto de derechos basándose en el principio del interés superior del niño; y mientras que al justamente mencionar autoridades administrativas, son todas las autoridades no judiciales, que emiten resoluciones en el ámbito de sus competencias, y por último a los órganos legislativos, menciona el comité que se refiere a la aprobación de cualquier ley o reglamento que trate sobre los derechos del niño.

Una consideración primordial a que se atenderá.

La expresión "consideración primordial" significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar. (Observación general N° 14, CDN, 2013, p. 10)

Justamente al referirnos una consideración primordial, es que este grupo de atención primordial es sometida a tratamientos y procedimientos especiales, que gozan de beneficios y ventajas sobre las demás personas y sobre todo en la atención especial en el sistema público y privado, en efecto el interés superior del niño debe ser el factor determinante al tomar una decisión relaciona con sus derechos.

El interés superior del niño.

El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos. (Observación general N° 14, CDN, 2013, p. 9-10)

Al verificar su origen del principio del interés superior del niño, ahora analizaremos los criterios de algunos tratadistas sobre el alcance de este principio, es así que para el tratadista (Aguilar, 2008) menciona que los derechos de los niños

No solo se debe afirmar que el niño es sujeto de derecho, lo interesante es que el niño conozca que es sujeto de derecho, a tal punto de conocer sobre sus responsabilidades. Por lo tanto, hay que dejar la visión paternalista y asistencialista del derecho y de los llamados a aplicar el derecho, e intentar guiarse por el principio de que las decisiones sean más garantistas considerando a los niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos de derechos, pero, además, que, en el proceso de la decisión, los niños, niñas y adolescentes conozcan de sus derechos. (p. 234)

Con este argumento se pretende llegar a superar la ideología tradicional en la cultura ecuatoriana, que es, el primero un absolutismo o injusticia del dominio que ocurre cuando se adoptan prácticas, disposiciones, reglas, o medidas referentes a los niños, niñas, y adolescentes por parte de sus padres, u, operadores de justicia, sin considerar acabo la opinión de los niños, según su edad y madurez mental, tal como lo estipula la norma; y, el segundo, el paternalismo de las autoridades judiciales y administrativas, públicas o privadas, al tomar decisiones sin consultar la evolución del principio constitucional del interés superior de los niños.

Para García, (2010), comenta que el principio del interés superior del niño nace desde el:

El interés superior del niño es un principio básico en los derechos del niño. La Convención de Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño lo establece como derecho subjetivo de los menores de edad y como principio interpretativo de cuantas medidas potencialmente pudieran afectar directa o indirectamente a los niños. Más allá de lo establecido por la Convención, observamos que el principio del interés superior del menor es el motivo que inspira el mismo texto convencional, así como cualesquiera otras medidas protectoras de quienes aún no han alcanzado la mayoría de edad. Sin embargo, no se trata de un principio desprovisto de sombras que, como todos los que contemplan un margen de discrecionalidad, puede conducir a soluciones cuando menos discutibles. (García, 2010, p. 79)

El tratadista menciona que este principio, es un principio básico sobre los derechos en conjunto de los niños, niñas, y adolescentes; que nace esta figura en la Convención de Naciones Unidas, en la cual se implementó el derecho subjetivo de los menores de edad, y, por ende, se habló del fondo de este principio, de su alcance, y la forma de prevenir la vulneración de los derechos de los más desvalidos, por su edad, y por no tener su propia representación.

El Comité de los Derechos del Niño, ha establecido las condiciones para mermar los márgenes en los cuales actúan los jueces y no menoscabar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito judicial, es así que, para Nora (2010) cita a Ojeda quien manifiesta:

El interés superior del niño sostiene que es cierto que se han cometido y aún se cometen algunos abusos invocando el Interés superior del niño, pero no lo es menos, y tiene mayor significación, que fue la permanente consideración de tal interés la que impulsó durante años la evolución de las ideas jurídicas a favor de los derechos de los niños, cuyo máximo logro es la Convención Internacional, que lo recoge expresamente en su texto artículo 3. (p. 69)

Por lo tanto, el rol del administrador de justicia consiste en realizar un análisis pormenorizado del caso a tratar sobre cuestiones de derechos de niños, niñas y adolescentes, con el fin de que no proceda la discrecionalidad, ni una errónea interpretación del principio, contribuyendo en gran medida con la uniformidad de criterios, en busca que prevalezca el principio del interés superior del niño, y tratar de disminuir los márgenes de una mala interpretación, o antojadiza interpretación de este principio constitucional, y por lo tanto, lo que debe asegurar el operador de justicia, es tutelar el conjunto de derechos de los niños, niñas y adolescentes; amparándose en las normas internacionales, (convenios, y tratados) que determinen mecanismo y procedimientos especiales para los niños; así como también en las normas internas de carácter Constitucional, como de la jurisdicción ordinaria ecuatoriana.

La aplicación sobre el principio del interés superior de los niños, niñas, y adolescentes, según los autores citados, concuerdan en que los operadores de justicia sean judicial o administrativa son los encargados de velar por el cuidado y aplicación de este principio, al momento de encontrarse con controversias relativas a la materia de la niñez y adolescencia. Para Sokolinch, (2013), señala que: “La práctica judicial del Principio del interés superior del niño es invocado y aplicado mayoritariamente por los operadores de justicia al momento de decidir o resolver una controversia en la cual se encuentra involucrado un niño, una niña o un adolescente”. (p. 83). En tal sentido, deben procurar realizar un ejercicio de ponderación entre el principio del interés superior del niño, y el resto de derechos de personas adultas.

Pero que estos derechos guarden relación en un mismo proceso, o litigio; pasó, a ponderar y no vulnerar el conjunto de derechos establecidos en el principio del interés superior del niño. Es por ello que, Montecé, (2017), explica:

El principio del interés superior del niño, es una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, y tiene que ser aplicada por los operadores de justicia judiciales y administrativos, en los casos que involucren derechos de niños, niñas y adolescentes, a fin de evitar posibles vulneraciones de derechos humanos a este grupo de atención prioritaria conforme lo consagra el artículo 35 de la Constitución del Ecuador. (p. 46)

Por lo tanto, al analizar que los operadores de justicia tienen la facultad, o mejor dicho la obligación de garantizar los derechos de todos los seres humanos, en especial velar por los derechos de los grupos prioritarios, a ellos les corresponde tutelar el principio del interés superior del niño como regla general, cerciorarse el cumplimiento del desarrollo armónico, normal, y sano de los niños, niñas, y adolescentes; desde todos los aspectos de su vida como son: el físico, el psicológico, el afectivo, el intelectual, entre otros. Bajo esta premisa, de igual forma sostiene Montecé, (2017), que:

Al aplicar el principio del interés superior del niño se puede generar un conflicto de derechos, por lo que se hace necesario una ponderación entre todos los derechos consagrados a los niños, como por ejemplo el derecho a la identidad, alimentos, familia, entre otros, frente a otros derechos, y al existir esta contraposición debe primar el derecho del niño. De ahí que al no tener en cuenta estos argumentos se vulneran los derechos de los niños, quedando desamparados por no tener el apellido del padre, generándose otros problemas como andar solitarios, perturbaciones psicológicas respecto a quién será el padre, problemas afectivos, entre otros. (p. 50)

Es por cuanto que los operadores de justicia en temas relacionados con la niñez y adolescencia deben comprometerse hacer un estudio profundo, para formar criterio y resolver sin perjudicar ni vulnerar el conjunto de derecho de los niños, toda vez que se si se resuelve aceptando un derecho del niño, este en su conjunto posee más derechos relacionados con su formación integral como es, a percibir las

pensiones alimenticias, también posee el derecho a tener relaciones afectivas con su familia, considerando que familia, es todo el núcleo parental de la patria potestad.

Según esta interpretación jurídica que cada uno de los operadores de justicia sean judicial o administrativa realizan; no hay que olvidar de igual forma al principio de buena fe, al momento que este administrador resuelve los derechos humanos, y en especial los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Para Montecé (2017) indica:

Según esta línea argumentativa los jueces al interpretar el interés superior del niño se genera un amplio margen a la discrecionalidad del administrador de justicia en el ejercicio de sus funciones, lo cual genera un debilitamiento de los derechos que la propia Convención. (p. 123)

En base a todas estas conceptualizaciones sobre el principio del interés superior del niño, podemos concluir conjuntamente con Quezada, (2018); que este principio nace en los Derechos Internacionales en el año de 1959, a través de la Declaración de los Derechos del Niño, el mismo que es vinculante a partir de su consagración en el artículo tres de la Convención de los Derechos del Niño, (CDN) el cual regula la aplicación del interés superior del niño en tres etapas primordiales:

a).- En el desarrollo de las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas, u organismos públicos, y las instituciones de carácter privado.

b).- En las medias legislativas y administrativas que tomarán los Estados Partes para la protección y cuidado de los niños, niñas y adolescentes.

c).- En el control realizado por los Estados Partes a las instituciones encargadas del cuidado de los niños, para verificar el cumplimiento de normas establecidas por las autoridades competentes.

De una lectura de criterios, que varían de legislación a legislación, queda claro que lo que se impone al juez que decide en el caso concreto lo que considera conveniente al interés superior del niño, es una serie de criterios para evaluar el caso y para justificar, argumentar su decisión en base a ellos. Estos son el fundamento para construir un juicio acerca de lo que se considera como lo

más conveniente para un niño o niña concreto, en una situación concreta. (Campaña, 2020, p. 441)

Para Campaña, está claro que el interés superior del niño, es lo que mejor le puede convencer al juez, tratando de tutelar sus derechos, y no perjudicar, ni vulnerar ninguno de ellos, entorno a casos concretos, cuando el juzgador tenga que resolver asuntos de familia que involucren derechos de grupos prioritarios en especial de los menores de edad.

Recapitulando, podemos terminar mencionando que el interés superior del niño se acuñó desde la primera Declaración de Ginebra de 1924, hasta La Convención de Derechos del Niño, en 1989, en el cual ya en su artículo tres numeral uno indica lo siguiente: la Convención de Derechos del Niño, (1989). “En todas las medidas que conciernan a los derechos de los niños, las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos administrativos o los órganos legislativos deben tener en cuenta una consideración primordial y observarán el interés superior del niño” (p. 2). Para Montecé (2017) cita a Isaac Ravetllat Bellesté, y Ruperto Pinochet Olave, los cuales han manifestado:

Que este principio es un concepto jurídico indeterminado, y sobre todo señalan que es complejo poderlo definir y aplicar. Por otra parte, los autores de este artículo sostienen que la verdadera fuerza del principio de interés superior del niño se plasma en su carácter eminentemente abstracto difícil concreción. (p. 23)

Al mencionar la Convención internacional sobre los derechos de los niños, al referirse sobre el interés superior, es considerada con un respeto primordial para la toma de decisiones, que estas no afecten a los niños, niñas y adolescentes. Para otras consideraciones, se entiende que los derechos del niño no son parte de los intereses de grupos mayorista, porque estos pueden entrar en conflicto con un determinado grupo de interés minorista o social.

La Convención Internacional, dentro de sus funciones es logar interpretar este principio; por lo tanto, podemos encontrar las funciones específicas que, para Cillero (2015) menciona que el carácter interpretativo en la convención de derechos de niño es:

Sin duda el aporte más específico del artículo tercero es de carácter hermenéutico. En primer lugar, cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia/adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño. (p.11)

Continuando con las argumentaciones del tratadista, éste menciona que (Cillero, 2015) Podemos entender que este carácter interpretativo es por cuanto este principio busca la defensa del conjunto de derechos de los niños, niñas y adolescentes, por cuanto permite acoger las interpretaciones de este principio en lo más favorable para los menores.

Por ello, que los operadores de justicia administrativos y judiciales, deben acoger el principio del interés superior del niño, como norma superior, con la finalidad de resolver cuestiones de niñez y adolescencia, buscando tutelar el conjunto de derechos que les ampara a los niños, niñas y adolescentes, como grupo de atención prioritaria.

El sistema de justicia internacional que es vinculante para el territorio ecuatoriano es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Aguilar (2016) menciona:

Es menester indicar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene la presencia de una persona que ostenta el cargo de Relator y analiza asuntos inherente a los Derechos del Niño, quien permanece en funciones durante 4 años y tiene como misión realizar estudios sobre temas requeridos por la sociedad, así como también realiza visitas, investigación, estudios sobre derechos de los niños para los informes de país y recepta quejas de violaciones individuales a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. (p. 236)

Hemos evidenciado que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha actuado en distintos casos internacionales, buscando el beneficio y la justicia para los niños, niñas y adolescentes que han sufrido vulneraciones en el conjunto de sus derechos, es por ello, que han resuelto en contra de distintos países condenándoles al resarcimiento y las disculpas públicas a los afectados y sus familiares, cuando se han demostrado que en ese país han vulnerado los derechos constitucionales en especial los derechos fundamentales.

Por todo lo expuesto, llegamos a identificar que el principio del interés superior del niño es un conjunto de derechos humanos del niño, que este se entendería como el núcleo duro del derecho, el cual constituiría el término de las autoridades, sean estas públicas o privadas, en el ámbito judicial o administrativo, y, por lo tanto, no puede hallarse una acción distinta al momento de resolver sobre cuestiones de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuando se encuentren frente a la colisión de otro derecho de igual jerarquía, el principio debe sobreponerse al resto de grupo de personas mayoristas.

Como ya hemos estudiado según el criterio de varios tratadistas el concepto del interés superior del niño, este podemos entender que es el conjunto de derechos constitucionales que le permiten desarrollar una vida digna hasta cumplir la mayoría de edad, emancipándose jurídicamente para aportar a la sociedad, pero mientras tanto, el Estado y la sociedad impulsaran políticas públicas con la finalidad de salvaguardar sus derechos y protegerlos, es así que para el tratadista (Varsi, 2020) explica que el principio de protección de los menores e incapaces fija los parámetros que protegen el derecho de los sujetos más vulnerables, el derecho desde su concepción, previo los esquemas destinados a proteger a los desvalidos y suplir las necesidades bajo el principio de tutela de los débiles.

4.1.2.1.- Doctrinas del principio del interés superior del niño.

Según la definición de doctrina podemos comprender que es el conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del derecho que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aun no legisladas. Tiene

importancia como fuente mediata del Derecho, ya que el prestigio y la autoridad de los destacados juristas influyen a menudo sobre la labor del legislador e incluso en la interpretación judicial de los textos vigentes. (Cabanellas, 2012). Continuando con los elementos constitutivos del principio del interés superior del niño, debemos analizar las doctrinas que han sido inspiración sobre la protección del derecho de la niñez en general; así tenemos tres doctrinas que analizaremos a continuación.

4.1.2.1.1.- Doctrina tutelar o de la situación irregular.

Para la tratadista Quezada (2018) menciona que antes de entrar en vigor la Convención Interamericana de los Derechos del Niño, existía esta orientación teórica por la cual el interés superior del niño, es sometido a la verificación de la capacidad de las personas, para que estén no vulneren derechos reconocidos por las normas legales, y no defiendan poderes o deberes que poseen los adultos, dirigidos a proteger estos objetos jurídicos socialmente valiosos que son los niños y niñas; además cita a (Cillero, 2010) que menciona al considerar a los niños y niñas como incapaces de asumir la responsabilidad por sus acciones se constituirán en objetos pasivos de la intervención proteccionista del Estado. Mientras que para la (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002) dice manifiesta que la doctrina Tutelar generaba un conflicto en el significado de niños, que tenían cubiertas sus necesidades básicas, mientras que el concepto o significado de menores, eran miembros de la población infantil con sus necesidades básicas abatidas, y se encontraban, por lo tanto, en una situación irregular.

4.1.2.1.2.- Doctrina del interés superior como cláusula general.

El tratadista Campaña (2020), cita a (Torres, 2002) quien manifiesta “El legislador alemán trata el interés superior del niño, como supuestos generales auténticos de la cláusula general, lo cual ha dado paso a una ardua discusión doctrinal en Alemania porque al optarse por conceptos indeterminados, faltos de concreción se afirma que queda perjudicada la seguridad jurídica” (p. 437). Para comprender lo que menciona el tratadista, hay que analizar que esta doctrina de cláusula general, es considerado el método para lograr una efectiva, completa e

integral protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; en virtud que todo caso de niñez debe concordar con la norma de la materia; de igual forma esta doctrina permite el ingreso a teorías extrajudiciales como la pedagogía y la psicología, que son ramas para poder entender de mejor manera a los menores y aplicar la norma las favorable a ellos.

4.1.2.1.3.- Doctrina de la protección integral.

El cambio de paradigma bajo el cual se entienden los derechos de la infancia, desde la visión tutelar de la situación irregular, hacia el enfoque de derechos humanos que pregonan la doctrina de la protección integral, obliga a plantearse cuestionamientos sobre todas las acciones que se relacionen con niños, niñas y adolescentes (Moreno, 2011) La Doctrina de la Protección Integral, adoptada con la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño y elevada a norma constitucional, nace como un esfuerzo colectivo de los entes públicos y privados para lograr que el reconocimiento de derechos humanos a niños, niñas y adolescentes se visibilice y atraviese todos los ámbitos de relación en los que se desenvuelven. Implica el reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como titulares plenos de derechos, con una condición de sujetos cuya personalidad se halla en pleno desarrollo.

Este reconocimiento implica una superación, al menos en la norma, de las prácticas que negaban la individualidad respecto de las estructuras familiares y garantizaban un amplio espectro de discrecionalidad, no regulado por el Derecho. Al referirnos a esta doctrina Quezada (2018) menciona:

Es recogida en la CDN y otros instrumentos internacionales, se promueve en la mayoría de Estados, siendo ésta la doctrina vigente en Ecuador. Esta doctrina reconoce al niño la condición de sujeto de derechos, en este sentido el interés superior del niño se consagra como garantía de la vigencia de los demás derechos. (p. 35)

Al referirnos a esta doctrina de protección integral, podemos entender que el Estado Ecuatoriano hace énfasis a dicha doctrina por cuanto, dentro de su

constitución busca garantizar el conjunto de derechos que poseen los niños, niñas, y adolescentes. Así mismo el tratadista Cillero (2010) indica:

La doctrina de protección integral en el principio del interés superior del niño, tiene sentido en la medida que existen derechos y titulares, y que las autoridades se encuentren limitadas por esos derechos. El principio hace que el juez desarrolle soluciones jurídicas en estricta sujeción, tanto en forma como en fondo, a los derechos de los niños. (p. 99)

Dando una obligatoriedad a los operadores de justicia, sean judicial o administrativa, públicos o privados, que, al momento de resolver en materia de niñez, verifiquen lo más favorable a los niños, en concordancia con los tratados y convenios internacionales, y la propia norma legal de territorio.

4.1.3.- El principio del interés superior del niño desde la normativa legal y constitucional del Ecuador.

Luego de haber analizado el origen internacional del principio del interés superior de niño, debemos continuar estudiando su origen ya en territorio dentro de la normativa ecuatoriana, y esta surge a partir de la validación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el mes de febrero del año 1990, por parte del Estado Ecuatoriano, con el propósito de cumplir y velar con el interés superior del niño. Para Montecé (2017) menciona que:

En la actualidad se dice que uno de los instrumentos internacionales de mayor aceptación internacional firmado y ratificado por 193 Estados es la Convención de los Derechos del Niño, lo cual demuestra el grado de validez, eficacia, y alcance de los Derechos Humanos tanto en el ámbito interno de los Estados como en la esfera internacional de los Estados suscriptores. Pero lo importante de todo esto no es solamente el reconocimiento de la positivización de estos derechos, sino el alto grado de aplicabilidad, eficacia y de respeto en cada localidad estatal, que debe cumplir en cada caso concreto en donde se encuentren inmersos los derechos de niños, niñas, y adolescentes, a fin de brindar de mejor manera una protección integral a estos derechos. (p.16)

Como hemos visto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en territorio ecuatoriano, se ven consagrados en el conjunto de derechos que tratan las

Declaraciones, las mismas que se ven envueltas ya en el Convención de los Derechos del Niño, y por supuesto al estar el Estado ecuatoriano, como país miembro de la ONU, esta convención es ratificado por Ecuador en febrero del año 1990, y a partir de aquel entonces el principio del interés superior del niño, es afianzado en el marco legal interno del Ecuador.

Por lo que, como otro hito histórico del interés superior del niño, ya en territorio ecuatoriano, dentro de las normas internas se crea el primer Código de Menores en el año de 1992, el mismo que sufrió reformas en los años de 1996, 1997, y 1998, en este último año se crea la Constitución Política de la República del Ecuador, y en su texto constitucional en el artículo cuarenta y ocho menciona como principio rector a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Será obligación del Estado, la familia y la sociedad, dar prioridad para el efectivo desarrollo integral de los niños y adolescentes, asegurando el efectivo goce de sus derechos. Ahora bien, esta disposición constitucional también mencionaba que se debe observar el interés superior de los niños, en toda decisión que concierna decidir sobre los derechos de los niños y que estos derechos están por encima de otros derechos. (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, p. 46)

En concordancia con la norma constitucional, en el año 2003, se publica el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia, el cual deroga al código de menores; y en ésta nueva norma legal interna del Estado ecuatoriano, se implementa ya la conceptualización de las Declaraciones y Convenio internacional, y se hace constar el principio del interés superior del niño, el cual desarrollaremos a continuación:

Ya dentro del marco legal especial, tenemos el Código de la Niñez y Adolescencia (2009) que menciona en su artículo once lo siguiente:

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

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

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

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. (p. 2)

Dentro de la materia especial, en la creación de las reformas del Código de la Niñez y Adolescencia, dispone que las autoridades judiciales y administrativas realicen la protección completa en conjunto esto es El Estado; la sociedad; y, la familia sobre el conjunto de derechos que garanticen a los niños, niñas, y adolescentes dentro del territorio ecuatoriano, con el propósito de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos fundamentales, basando en un recaudo de libertad, dignidad, y equidad.

Interiormente en las normas y marco legal ecuatoriano, el principio del interés superior del niño, a partir de la suscripción y ratificación del Ecuador con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, a realizado un cambio en la forma de legislar en el ámbito de los derechos de la niñez, de una forma creciente con respeto a los derechos de los niños, los que según la nueva constitución son considerados como sujetos de derechos, y no como se imaginaba anteriormente a los niños, como objetos de derechos. Montecé (2017) expresa:

El principio del interés superior del niño tiene una amplitud que trasciende todo presupuesto legal o judicial y se extiende a todas las autoridades e instituciones públicas, para que a través de la formulación de las políticas públicas se garantice el respeto del núcleo familiar del niño. De ahí que la representación legal que tienen los progenitores sobre sus hijos no es absoluta y, por lo tanto, se encuentra limitada por los derechos de los niños bajo el enfoque del principio de interés superior del niño. (p. 19)

Como lo indicamos el principio del interés superior del niño, en territorio ecuatoriano este comenzó a surgir desde la ratificación de la Convención de

Derechos del Niño, y, por lo tanto, garantiza la protección integral del desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, es así que para el tratadista Montecé (2017) analiza que:

El artículo analizado establece de manera puntual el deber estatal y un deber de orden moral y legal de la sociedad, es moral porque invita a reflexionar que el ciudadano debe sentir la necesidad de proteger los derechos de los niños, sin importar de donde provengan, ser parte de una solución; y de orden legal porque esta norma secundaria, imperativamente establece que se debe cooperar y contribuir para que este propósito normativo se cumpla en óptimas condiciones. (p. 20)

Para continuar con el desarrollo del interés superior del niño en el Código de la Niñez y Adolescencia, en el artículo once de esta norma legal proporciona el siguiente significado:

Este artículo define al interés superior del niño como un principio que tiene por objeto satisfacer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, extendiendo a todas las autoridades administrativas y judiciales a tener en cuenta dicho principio al momento de tomar sus decisiones manteniendo un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2009, p.10)

Semánticamente, esta norma es clara, dice primero que el interés superior del niño es un principio que, sobre todo, tiene un objetivo fundamental, que es satisfacer el efectivo goce de los derechos de los niños. Es decir, se debe analizar desde su integralidad a fin de que no queden vulnerados los derechos de los más desprotegidos, en este caso los niños. El interés superior del niño permite escuchar con antelación la opinión del niño, la niña y el adolescente, siempre y cuando esté en condiciones de expresarla.

Para comprender se señalará lo que textualmente dicen los siguientes artículos 12 y 14 del (Código de la Niñez y Adolescencia, 2009) El último inciso del artículo 12 de la norma invocada expresa que "cuando haya conflicto de derechos de niños, tienen mayor jerarquía sus derechos frente a otros derechos" (p. 3). Es decir, esta regla jurídica impone un mandato legal imperativo de que siempre van a

prevalecer los derechos de la infancia, pero la interrogante es si tiene eficacia normativa esta disposición legal. La respuesta es no, no tiene eficacia normativa por cuanto el juez desconoce la norma jurídica o no quiere aplicarla a pretexto de consultar su espíritu normativo de igualdad de derechos. Con la finalidad de seguir conociendo el contenido normativo de este principio de acuerdo al Código de la Niñez y Adolescencia, es menester consignar lo que señala el artículo 14 de la norma invocada con antelación:

Expresa que la aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente y que no se puede alegar falta de norma o procedimiento para permitir la violación o ignorancia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Todo lo concerniente a niños debe interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2009, p. 12)

Y finalmente como último hito histórico encontramos que el Estado ecuatoriano adopta una nueva Constitución, denominada Constitución de la República del Ecuador, llevada a cabo en la ciudad de Montecristi en el año 2008, en donde en el catálogo de derechos en el Capítulo Tercero sobre los Derechos de las Personas y Grupos de Atención Prioritaria, en la sección quinta, que habla de los niños, niñas y adolescentes, el artículo cuarenta y cuatro se establece el Interés Superior de los menores.

En la actualidad, con la aprobación de la Constitución de Montecristi del año 2008, se consagra en la norma legal el principio del interés superior del niño, en virtud de aquello el Estado ecuatoriano está cumpliendo lo establecido en la Convención del niño.

En el marco legal del sistema nacional ecuatoriano, podemos observar algunos cuerpos legales, donde tratan sobre el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, en vigencia al orden jerárquico de las normas dentro del territorio ecuatoriano podemos analizar de la siguiente forma en concordancia con la Constitución de Montecristi.

La Convención Internacional de Derechos del Niño, (1989) en su artículo 3, numeral 1, que tiene que ver con: “Que todo lo atinente a los niños, todas las instituciones públicas o privadas en general debe tener en cuenta una consideración primordial en base a la aplicación del interés superior del niño”(p.2). El artículo 9 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, (1989) manifiesta que:

Los Estados suscriptores de la convención precautelarán que los hijos no sean separados de sus progenitores, excepto cuando, los niños se encuentren en un estado de vulneración de sus derechos de conformidad con la ley. Para lo cual se aplicarán los procedimientos necesarios para salvaguardar sus derechos en atención al interés superior del niño. (p. 45)

Dentro de la Convención Interamericana de Derechos del Niño, en su artículo veinte y uno manifiesta que es obligación de los Estados Partes a garantizar, y satisfacer los derechos de los niños, en especial la adopción, cuidando que la atención del principio del interés superior del niño, sea considerado como norma especial, en el momento que las autoridades judiciales y administrativas, públicas o privadas competentes, emitan sus decisiones. Por lo tanto, los operadores de justicia tienen el deber de emplear de manera directa e inmediata las disposiciones internacionales de derechos humanos de los niños. En cambio, la Constitución de la República del Ecuador (2008) en su artículo cuarenta y cuatro, menciona:

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. (p. 39)

Al incorporar el principio del interés superior del niño en la Constitución, este determina que, los niños, niñas, y adolescentes tienen el derecho a ser protegidos

contra actos u omisiones que puedan afectar su salud física o mental, su normal desarrollo o cualquiera de sus derechos fundamentales en los términos establecidos en la constitución.

4.1.4.- Criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional del Ecuador sobre el principio de interés superior del niño.

En el ordenamiento jurídico dentro del marco judicial del Estado ecuatoriano, como órgano superior de interpretación constitucional el Estado ha constituido la Corte Constitucional, organismo que verifica el legal y fiel cumplimiento de la Constitución; es por ello que dentro del tema a desarrollar vamos a verificar las jurisprudencias emitidas por este organismo de control, sobre el ámbito del principio del interés superior del niño.

Por otro lado, la Constitución de la República del Ecuador (2008) menciona en su artículo cuatrocientos veinte y nueve lo siguiente:

La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es en la ciudad de Quito.

Las decisiones relacionadas con sus atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte. (p. 192)

En territorio nacional como órgano superior de interpretación en la materia constitucional, es la Corte Constitucional, la cual está amparada en la constitución, y su administración de justicia es autónoma, por ser la ciudad de Quito la capital del Ecuador, la sede de este organismo será en esa jurisdicción.

Para entender el alcance de esta determinación de la preeminencia del principio de Interés superior del niño, a nivel constitucional, se debe interpretar en conjunto con las siguientes sentencias que han emitido la Corte Constitucional en casos donde se desarrolla el principio del interés superior.

La Corte Constitucional, como el organismo máximo de interpretación constitucional, ha emitido los siguientes pronunciamientos sobre el principio de

interés superior del niño, las cuales analizares de la siguiente manera, las mismas que han sido parte fundamental para el desarrollo, y la forma de toma de decisiones sobre materia de niñez y adolescencia.

A la hora de interpretar los derechos que se relacionan con el principio varias sentencias presentan criterios para determinar cuáles son los derechos que deben afirmarse a la hora de aplicar el interés superior del niño en ciertos casos específicos. Para ello, la corte ha establecido la necesidad de tutelar los derechos de los menores de acuerdo al principio, es así, que la Corte Constitucional, manifiesta: “Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos... En este punto, es posible afirmar que lo que aquí denominamos "principio" (siguiendo a Dworkin) podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como garantía, entendida esta última como "vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos" Sintetizando podemos resumir que el "interés superior del niño" a que se refiere la Convención, es un principio jurídico garantista; es decir, que el "interés superior del niño" es ni más ni menos que la satisfacción integral de sus derechos. Del principio contenido en el artículo 3 de la Convención se desprenden los caracteres siguientes: a) Es una garantía: Toda decisión que afecte a un niño debe considerar primero sus derechos; b) Es de aplicación extensa ya que no solo obliga al legislador; incluye a las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; c) Es norma de interpretación y aun de resolución de conflictos jurídicos; y, d) Es orientación para formular políticas públicas para la infancia”. (Corte Constitucional, Caso No. 0006-2008-DI, de 1 de junio del 2009)

Ahora analizaremos, como la Corte Constitucional plantea al principio del interés superior del niño, como principio rector para la toma de decisiones, sean en el ámbito público o el privado, con la finalidad de garantizar el conjunto de derechos de este grupo de atención; es así que la Corte emite la siguiente sentencia:

La frase del artículo 44 "se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas...", interpretada en su integralidad e interconexión es un principio rector-guía, en los términos que ha desarrollado esta Corte, una garantía social que obliga al Estado a una actuación concreta y efectiva para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, y a la vez, es un principio constitucional directamente aplicable y justiciable, pero en igualdad con otros principios y derechos de acuerdo a lo que establece el artículo 11 numeral 6 de la Constitución vigente. Esto es lo que Atienza y Ruiz llamarían la diferencia entre principios institucionales y principios sustantivos. Los unos tendrían como meta valiosos fines sociales y los otros la defensa concreta del individuo o colectividades. Lo ideal es que los principios sustantivos siempre prevalezcan, no obstante, se deberán ponderar para poder establecer si lo institucional adquiere para el caso concreto mayor peso. (Corte Constitucional. Caso No. 1277-10-EP de 15 de febrero del 2011)

Así también encontramos que la Corte Constitucional, dentro del caso 0317-09, menciona que el reconocimiento de los derechos no solo implica la protección sino también el cuidado y garantía de los mismos.

La protección del niño o niña "el reconocimiento de los derechos implica que éste va a tener, en primer lugar, derechos que le protegen de las actuaciones de los poderes y las instituciones públicas; en segundo lugar, derechos que le protegen de las actuaciones de los miembros y entidades de la sociedad en la que vive y, en tercer lugar, derechos que le protegen de las actuaciones de sus padres y tutores. (Corte Constitucional, Caso 0317-09-EP de 1 de septiembre del 2011)

Siguiendo con el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional, esté organismo emite otra con el siguiente sentido. (Corte Constitucional, Caso. 186-10-EP de 15 de diciembre del 2011). "Los derechos de las niñas, niños y adolescentes, no son solamente considerados derechos fundamentales sino prevalentes; en el sentido que toda autoridad pública o privada, del ámbito público o privado deben respetar y hacer respetar incondicionalmente e universalmente, el conjunto de estos derechos consagrados en el principio del interés superior del niño". Por ello, nuestro Estado desarrolla el cumplimiento de sus derechos, razón por la cual goza de especial protección por el orden jurídico; de ahí que sus derechos son tutelables cuando se lesionan o amenacen en forma grave, ya que en contra de los mismos no

puede haber argumentación válida alguna. Para el tratadista Andrés Ochoa, menciona que

El interés superior del niño tiene una preeminencia frente a las actuaciones públicas, para posteriormente servir como principio de protección a las acciones privadas y finalmente servir como principio de protección frente a sus padres y tutores, aquellos responsables legalmente de brindarles su protección. Quizás, el desarrollo más amplio de los factores a considerar para proteger los derechos tutelables es aquel brindado en relación a la custodia. (Ochoa, 2016, p. 103)

Estos criterios emitidos por la Corte Constitucional, han sido de gran importancia, en virtud que ha brindado una amplia lista de factores con los cuales, los operadores de justicia, al momento de tomar las decisiones en relación a los derechos de los niños, deben considerar el principio del interés superior del niño. De igual forma en la misma materia de niñez y adolescencia, pero en el ámbito de pensiones alimenticias la Corte Constitucional ha mencionado.

El interés superior del menor se encuentra comprendido en una obligación solidaria que persigue una finalidad específica que es asegurar la vida del menor y el disfrute de sus derechos constitucionalmente reconocidos. ...Se puede colegir... sus derechos: a la vida, integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. (Corte Constitucional, Caso No. 1116-10-EP de 27 de marzo del 2012)

En la misma línea de interpretación dentro del caso No. 1699-11-EP, se desarrolla “el principio de interés superior de las niñas, niños y adolescentes, consagrado como grupo de atención prioritaria, tiene el status de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se hace manifiesta entre otros efectos en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses”(Corte Constitucional, Caso No. 1699-11-EP de 28 de enero del 2014). Por lo tanto, que la

satisfacción del cumplimiento del principio del interés superior, se debe constituir como el objetivo primordial de toda actuación que les compete a los administradores de justicia públicos o privados. En otro caso de la Corte Constitucional, menciona:

El interés superior del niño es una obligación, para todas las funciones del Estado, en adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas entre otras, para garantizar con prioridad los derechos de los niños, niñas y adolescentes, privilegiando el desarrollo integral y el desarrollo de su personalidad. Este grupo vulnerable goza de todos los derechos y garantías que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos a su edad, motivo por el que, para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia de este principio. (Corte Constitucional, Caso N. 0331-12-EP, 2015)

La Corte Constitucional en el caso N° 525-14-EP/20, en donde la Secretaría Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, por requerimiento de la Oficina Federal de Justicia de Alemania, presentó una demanda de restitución internacional de la niña NN, en virtud que la madre de la niña NN, habría trasladado a su hija sin autorización del padre hacia territorio ecuatoriano, dejando a la niña NN bajo custodia de sus abuelos maternos; por lo tanto, el padre solicita el retorno al país de Alemania de su hija biológica NN. Una vez analizado los antecedentes del proceso, la Corte verifica que en primera instancia el Juez, a quo resolvió declarar con lugar la demanda de restitución internacional ordenando arbitrar las medidas pertinentes para el retorno de la niña NN, junto a su padre en Alemania. Llegando a conocimiento de este órgano constitucional de control mediante un recurso de hecho propuesto y aceptado por los demandados, en este sentido la Corte resuelve “DESESTIMAR la acción extraordinaria de protección planteada, y revoque de forma inmediata las medidas cautelares impuestas a los abuelos” (Corte Constitucional, Caso N. 525-14-EP, de fecha 08 de enero de 2020). Por lo tanto, la Corte analizó el principio del interés superior del niño, he indicó que este principio obliga a que los operadores de justicia consideren y tengan en cuenta de manera primordial las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en la niña o niño interesado, tanto en la esfera pública como privada, y aclaró que dicho

principio debe aplicarse como un concepto dinámico, en tanto debe evaluarse de manera adecuada en cada contexto y caso particular.

Para la (Corte Constitucional del Ecuador) ha mencionado que el principio del interés superior del niño, es considerado un principio cardinal relacionado a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al igual este principio posee una consideración primordial al momento de decidir un trámite de todo tipo de medidas cautelares, el principio es desarrollado de aplicabilidad general en el ámbito público y privado, y sobre todo este principio es reconocido internacionalmente a través de las organizaciones judiciales internacionales, además, adquirió el carácter de norma internacional, por cuanto es un derecho fundamental. Ya analizando en nuestro sistema jurídico interno, el principio del interés superior del niño, es garantizado en la moderna Constitución de la República del año 2008, celebrada en Montecristi, y como finalidad posee el pleno derecho de promover la vida digna, el desarrollo integral, realizando políticas públicas para él proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario.

Estas sentencias que plantea la Corte Constitucional, al analizar su prevalencia, también han establecido la función del principio que como hemos visto en las sentencias anteriores funciona como principio de interpretación, como garantía y como principio de efectividad, para garantizar el principio del interés superior del niño.

Para concluir podemos entender mediante los pronunciamientos de la Corte Constitucional, que el concepto del conjunto de derechos de los niños, se basa al principio de interés superior del niño, que lo único que apremia es el bienestar pleno de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, y para lograrlo es inexcusable que los derechos de este grupo vulnerable, estén en primer lugar cuando el juzgador emita su pronunciamiento en conflictos frente a otros derechos.

4.2.- Examinar el ámbito conceptual, normativo y doctrinario del grupo de atención prioritario de personas con discapacidad y enfermedades catastróficas.

Continuando con el desarrollo del trabajo de investigación, el segundo capítulo nos referiremos al grupo de atención prioritaria de las personas con discapacidades, así como aquellas que sufren de enfermedades catastróficas, por ello en primer término conoceremos el significado de cada uno de estos conceptos.

4.2.1.- Definiciones.

Grupo de atención prioritaria. –Los grupos de atención prioritaria son las personas que históricamente, por su condición social, económica, cultural y política, edad, origen étnico se encuentran en condición de riesgo que les impide incorporarse al desarrollo y acceder a mejores condiciones de vida, al buen vivir, es así como las personas adultas mayores, niños, niñas y adolescentes mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de su libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado; la misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil desastres naturales o antropogénicos, es el Estado quien prestará especial protección a las personas en condiciones de doble vulnerabilidad. (Ministerio de Trabajo del Ecuador, 2016)

Discapacidad. - Se entiende por discapacidad a una limitación que tienen las personas al realizar tareas en la vida cotidiana ya sea presentadas por diferentes causas; físicas auditivas; psicológicas; Intelectual, visual. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012)

Personas con Discapacidad. - Según (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012) Considerando como persona con discapacidad a toda aquello ser humano que, como consecuencia de una o más deficiencias visuales, físicas, auditivas o de lenguaje e intelectuales dependiendo de cómo se haya originado, tiene una

restricción al momento de realizar o ejercer una o más actividades esenciales en la vida cotidiana.

La definición de personas con discapacidad, son a las personas que se le incluye algunas deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, en interacción con diversas barreras, pueden obstaculizar su participación plena y efectiva en la sociedad en pie de igualdad con los demás. Es por ello que, hoy entendemos que la discapacidad surge de la interrelación entre las características de una persona que presenta un déficit, ya sea físico, intelectual, sensorial o psíquico y, las condiciones del entorno donde esta persona vive.

Enfermedades catastróficas. -Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), las enfermedades catastróficas son aquellas enfermedades cuyo tratamiento involucra un costo directo mayor al 40% del ingreso del hogar. Estas enfermedades requieren procedimientos complejos tanto para el diagnóstico como para el tratamiento. (Organización Mundial de la Salud, 2016) Una enfermedad catastrófica es todo diagnóstico, enfermedad o patología de alto costo que presente para el beneficiario un valor a pagar superior al deducible y que no esté considerada dentro de las patologías.

4.2.2.-La discapacidad desde la doctrina.

Deficiencia, discapacidad, minusvalía; desde lo global a lo local han trascendido hasta agotar su significado hacia términos como; persona con capacidades diferentes, persona con necesidades diferentes, personas especiales, personas con habilidades diferentes, personas con habilidades especiales, etcétera, hasta intentar en la actualidad cuando nos referimos a alguien, es decir una persona, con algún tipo de discapacidad, pues sin dudar referirnos a él o ella como una persona con discapacidad. Y desde esta visión, la idea en esta instancia es identificar cuál es el concepto de discapacidad y desde allí conceptualizar de manera adecuada a las personas con algún tipo de discapacidad o persona con discapacidad.

Las enfermedades, los conflictos sociales, la violencia social, los accidentes, el consumo de drogas, el consumo de alcohol, el proceso de envejecimiento, la desnutrición, la pobreza, los fenómenos naturales, la marginación social, las creencias sociales, el estrés, los procesos migratorios, la contaminación del ambiente, son entre otros o quizá entre muchos más, las causas que pueden provocarnos tener en algún momento de nuestra vida algún tipo de discapacidad.

En este capítulo analizaremos jurídicamente los principales instrumentos internacionales en materia de discapacidad, se incluyen los apartados relativos a la actividad normativa de ámbito universal desarrollada por la Organización de las Naciones Unidas, así como por las organizaciones y organismos que componen su sistema.

Los enfrentamientos durante la Segunda Guerra Mundial generaron un gran número de discapacidades, lo cual suponía una seria preocupación para los Estados implicados que, considerando a aquellas personas como un lastre social y económico, trataban de minimizar el problema que suponían. No existía una verdadera política sobre discapacidad y las iniciativas respondían a la caridad de los poderes públicos. En este contexto, la primera vez que Naciones Unidas trató de forma específica la cuestión de la discapacidad fue en 1950, cuando la Comisión Social, órgano subsidiario del Consejo Económico y Social, celebró su sexta sesión. En ella se estudiaron dos informes relativos a las discapacidades físicas, así como la tarea realizada a cargo del Programa Internacional para el Bienestar de los Ciegos.

Como consecuencia de estos trabajos, el Consejo Económico y Social creó diversos programas específicos de rehabilitación y tratamiento para las discapacidades físicas y visuales. Es por ello que fue en la década de los setenta cuando las personas con discapacidad comenzaron a ser reconocidas como sujetos titulares de derechos. A través de dos declaraciones, la Asamblea General pretendía orientar las actuaciones internacionales en la materia. En 1971 fue adoptada la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, el primer instrumento específico de Naciones Unidas en el que se reconocieron derechos a las personas con discapacidad intelectual. Unos años más tarde, en 1975, fue proclamada la

Declaración de Derechos de los Impedidos, que ampliaba el ámbito subjetivo a todas las personas con discapacidad. No obstante, ambas declaraciones, además de carecer de fuerza vinculante, adoptaron el enfoque propio del momento, en el que la prevención y la rehabilitación eran los aspectos cardinales en la regulación de la discapacidad. A los efectos de la Organización, las personas con discapacidad todavía eran individuos con problemas médicos cuya protección y asistencia debía ser asegurada por los Estados.

A través de su resolución 31/123, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó el año 1981 como Año Internacional de los Impedidos, con el objetivo de promover una mayor integración y participación de estas personas en la vida social. Con la celebración de este evento, además de lograr una mayor concienciación al respecto, se pretendía establecer el punto de partida para la creación de un plan internacional, regional y nacional centrado en la prevención, rehabilitación y equiparación de oportunidades de las personas con discapacidad. Consecuentemente, la Asamblea General adoptó en 1982 el Programa de Acción Mundial para los Impedidos, con el propósito de "promover medidas eficaces para la prevención de la incapacidad, la rehabilitación y la realización de los objetivos de participación plena de los impedidos en la vida social y el desarrollo y de igualdad" (Naciones Unidas).

Finalmente, la Asamblea General aprobó durante su sexagésimo primer periodo de sesiones la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo. El proceso de firma y ratificación se abrió el 30 de marzo de 2007. La gran acogida del tratado pudo comprobarse a través de las 82 firmas que recibió ese mismo día. Esta enorme aceptación marcó un hito en la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad cuando, el 3 de mayo de 2008, tras recibir su vigésima ratificación, la Convención entró en vigor.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que ya ha pasado a la historia por ser el primer Tratado de derechos humanos del siglo XXI, consta de 50 artículos a través de los cuales se reconoce un amplio catálogo de derechos de los que son titulares las personas con discapacidad, se establecen los

principios que han de regir su aplicación, y se especifican las obligaciones de los Estados miembros. Según el tratadista a continuación establece que es:

El resultado de esta labor es un conjunto de instrumentos relativos a las personas con discapacidad que, a pesar de ser muy diferentes entre sí, principalmente por el enfoque propio del momento en que se adoptaron, cuentan con una característica común, como es la falta de fuerza vinculante. No obstante, ello no significa que carezcan de valor alguno. En tanto son el reflejo de la voluntad de los Estados miembros de Naciones Unidas, poseen la autoridad que deriva de la opinión mayoritaria. Y aunque estas normas no establecen obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados, van sin embargo acompañadas de una pretensión de obligatoriedad política o moral. De hecho, en ocasiones estos instrumentos son la antesala para la adopción de un tratado internacional. (Díez de Velasco, 2007, p. 658).

Por otro lado, dentro del artículo 18 se refiere a las organizaciones de personas con discapacidad. Los Estados deben reconocer tanto el derecho de las organizaciones de personas con discapacidad a representar a esas personas en los planos nacional, regional y local, como el papel consultivo de las mismas en el proceso de adopción de decisiones. En ese sentido, los Estados no sólo deberán promoverlas y apoyarlas, sino también mantener una comunicación constante con las mismas. Las diversas funciones que estas organizaciones podrán asumir incluyen "determinar necesidades y prioridades, participar en la planificación, ejecución y evaluación de servicios y medidas relacionados con la vida de las personas con discapacidad, contribuir a sensibilizar al público y a preconizar los cambios apropiados" (Consejo Nacional de la Discapacidad, 2004, p.167)

Con la finalidad de dotar a los derechos humanos de una base jurídica sólida, estos han ido siendo regulados de forma progresiva en instrumentos de naturaleza convencional, y, por tanto, vinculantes para aquellos Estados que han prestado su consentimiento. Este proceso codificador, que comenzó prácticamente con la creación de las Naciones Unidas, se ha caracterizado por su continua profundización y especialización.

El régimen general de derechos humanos de Naciones Unidas se contiene en tres instrumentos básicos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo conjunto se conoce como la Carta de Derechos Humanos.

Igualmente, el marco institucional que proporciona la Organización ha propiciado la adopción de numerosos instrumentos convencionales específicos dirigidos, bien a prohibir y sancionar aquellos actos particularmente lesivos para la dignidad humana, bien a proteger a aquellos grupos humanos más vulnerables a la violación de sus derechos. Entre estos últimos figura la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que constituye el instrumento más relevante de cuantos se han adoptado en el ámbito de la discapacidad.

4.2.2.1.- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La ausencia de un instrumento internacional vinculante que, de forma específica, protegiese y promoviese los derechos de las personas con discapacidad ha limitado considerablemente su respeto y ejercicio en condiciones de igualdad con las demás personas. La adopción en 2006 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y su entrada en vigor el 3 de mayo de 2008, ha servido para llenar un importante vacío en el Derecho internacional de los Derechos Humanos.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad está dirigida a promover, proteger y asegurar los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad. Es uno de los instrumentos de derechos humanos técnicamente más avanzados de cuantos se han desarrollado hasta la fecha. Es, además, el primer instrumento jurídicamente vinculante que protege de manera general los derechos de las personas con discapacidad y supone la consagración del cambio de modelo en la forma de concebir la discapacidad desde el Derecho internacional.

Desde una perspectiva formal, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un tratado extenso, compuesto por 50 artículos,

precedidos de un detallado Preámbulo. Los primeros cuatro artículos se refieren al propósito, las definiciones de los términos principales de la Convención y los principios y obligaciones generales. A continuación, se contienen los veintiséis artículos que reconocen el amplio catálogo de derechos humanos de los que son titulares las personas con discapacidad, sin división alguna entre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como las obligaciones de los Estados derivadas de los mismos y algunos presupuestos y condiciones necesarios para su ejercicio. Los siguientes diez artículos vienen referidos a la aplicación y la supervisión, nacional e internacional, de las disposiciones del Convenio. Finalmente, los últimos diez artículos regulan las disposiciones finales. Para (Acosta, 2015) menciona

Como ya se vio, la discapacidad ha sido tradicionalmente concebida como una cuestión médica, localizada en las circunstancias personales de cada individuo. Como consecuencia de ello, el Derecho quedó al margen de esta realidad, restringiéndose a articular medidas dirigidas a superar o corregir las limitaciones que la discapacidad producía en la persona, o al menos, atenuar sus efectos negativos. Sólo en tiempos más recientes, este enfoque ha sido sustituido por otro basado en el reconocimiento de derechos. Inspirado en el modelo social de la discapacidad, sitúa la cuestión fundamental no en la persona, sino en las circunstancias que la rodean, debido a la existencia de una serie de factores sociales de carácter excluyente. Progresivamente, los instrumentos normativos internacionales han dejado de concebir a la persona con discapacidad como un mero objeto necesitado de protección y asistencia, para reconocer su estatus de sujeto, y por tanto, titular de derechos (p. 37)

Dentro la Convención Derechos de las Personas con Discapacidad, en el Art. 1 este establece lo siguiente como ámbito de aplicación “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (Convención Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008, p 12) de igual forma (Kanter, 2015) menciona que su ámbito y cobertura no tienen precedentes, es el instrumento internacional más ambicioso de cuantos se han adoptado en materia de discapacidad.

La falta de acuerdo durante las negociaciones sobre conceptualizar o no la discapacidad fue la razón por la que se añadió dicho inciso en el artículo 1, y no en el artículo 2, en el que se definen los términos "comunicación", "lenguaje", "discriminación por motivos de discapacidad", "ajustes razonables" y "diseño universal". Un número importante de Estados se opuso a incluir un concepto de discapacidad en la Convención, primero, por la complejidad que históricamente ha supuesto definir, desde una perspectiva jurídica, la discapacidad, y segundo, por el riesgo de excluir involuntariamente a determinadas personas del ámbito de aplicación de la Convención con un concepto demasiado rígido.

Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo totalmente satisfactorio, se decidió excluir una definición de discapacidad en el artículo 2, pero incluir la referencia vista en el artículo 1. De esta manera, en la Convención no se define qué es la discapacidad, sino que se indica quienes están incluidos en el concepto "personas con discapacidad". Así, las personas "que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás" estarán amparadas por las disposiciones del texto. Sin embargo, en tanto se dice que las personas con discapacidad "incluyen" los supuestos vistos, se deduce que podrían existir otros casos fuera de los anteriores que también estuviesen incluidos en el concepto.

El artículo 3 contiene los principios generales que servirán de orientación en la interpretación y aplicación de la Convención. Según el precepto, los ocho principios que informarán la Convención son los siguientes: Los principios de la presente Convención serán:

- a)** El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b)** La no discriminación;
- c)** La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d)** El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e)** La igualdad de oportunidades;
- f)** La accesibilidad;
- g)** La igualdad entre el hombre y la mujer;

h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. (Convención Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008)

Por otra parte, el artículo 3, en sus literales g) y h), se refiere a dos grupos de personas específicas, como son las mujeres y los niños con discapacidad. Pese a que la Convención está dirigida a todas las personas con discapacidad sin distinción, la especial vulnerabilidad de algunas personas, materializada en una situación de debilidad, desventaja o de mayor vulneración de sus derechos, justifica la inclusión de ambos principios que, además, son desarrollados de forma específica por dos artículos de la Convención. De igual forma en el artículo 6 de la Convención.

Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. (p. 20)

El artículo 7, relativo a los niños y niñas con discapacidad, establece el compromiso de los Estados en lo referido a la adopción de todas aquellas medidas necesarias para asegurar que aquellos "gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas" (Convención Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008) con especial atención a su interés superior, y reconociendo su derecho a expresarse libremente sobre todas las cuestiones que les afecten. Indudablemente, la inclusión de la perspectiva de género y la infancia entre los principios de la Convención debe ser acogida como un gran avance en la regulación de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

4.2.3.- La discapacidad desde la normativa legal y constitucional del Ecuador.

Ahora bien, debemos comenzar a investigar desde la normativa interna al grupo de atención prioritaria de personas con discapacidad, encontrando que, en

nuestro país en Ecuador. Desde la década de 1990 del siglo pasado, la discapacidad ha sido reconocida tanto en la Carta Magna de 1998 como en la Constitución del 2008. No obstante, los hechos que han marcado el proceso para llegar a conseguir una institucionalidad con mayor definición como fue en 2008, han aportado elementos previos importantes que deben tenerse en cuenta, ya que, en este período es cuando se visibiliza de manera más formal la problemática social en materia de discapacidad.

Es por ello que la historia del origen del concepto discapacidad en el Ecuador data entre la década de 1970 y 1990, donde se registran acontecimientos que demuestran un leve interés por parte del Estado en el involucramiento hacia temas de discapacidad. De esta manera, se evidencia un incremento en la creación de entidades que atienden la discapacidad. Así, en 1973 se creó el Consejo Nacional de Rehabilitación Profesional CONAREP con el fin de realizar el diagnóstico, evaluación, formación ocupacional e inserción laboral de las personas con discapacidad (CONADIS, 2013, p. 17)

Durante 1980 se formó la División Nacional de Rehabilitación del Ministerio de Salud Pública, la cual estuvo encargada de la organización e implementación de la Rehabilitación Funcional. Su cobertura asistencial se amplió desde 1981 hasta 1984, con la Organización de Servicios de Medicina Física, abarcando la mayoría de las provincias en el territorio ecuatoriano, y adicionalmente, fueron incluidas las unidades de rehabilitación de la Seguridad Social (CONADIS, 2013, p. 17).

Los avances legales no cesaron. En 1982 fue expedida la Ley de Protección del Minusválido, mediante la cual se creó la Dirección Nacional de Rehabilitación Integral del Minusválido DINARIM dentro de la gestión del Ministerio de Bienestar Social.

Posteriormente, el Consejo Nacional de Rehabilitación Profesional, fue reemplazado por la Dirección Nacional de Rehabilitación Integral del Minusválido, la entidad y su personal pasó a trabajar en temas de protección, educación especial, capacitación ocupacional e integración laboral.

Del mismo modo en 1982, se crearon diversos centros de rehabilitación y escuelas de educación especial dependientes del Instituto Nacional del Niño y la Familia INNFA y otras ONG como: ASENIR Asociación de Niños con Retardo, Fundación de Asistencia Sicopedagógica para Niños, Adolescentes y Adultos con Retardo Mental FASINARM, Asociación para el Desarrollo Integral del Niño Excepcional del Azuay ADINEA, Fundación General Ecuatoriana FGE, Fundación Hermano Miguel, Centro de Erradicación del Bocio Endémico y Capacitación de Minusválidos CEBYCAM, Fundación Nacional de Parálisis Cerebral FUNAPACE y Fundación Ecuatoriana de Olimpiadas Especiales (CONADIS, 2013).

En 1989 se forma la Comisión Interinstitucional de Análisis de la Situación de las Discapacidades en el Ecuador CIASDE. Finalmente, en el año 1991 se publicó el I Plan Nacional de Discapacidades con el aval del INNFA, los Ministerios de Salud, Educación y Bienestar Social.

Los sucesos históricos registrados durante la fase comprendida entre 1992 y 2005 tienden a reflejar un intento débil por institucionalizar el tema de las discapacidades en el país. De esta forma, en 1992 se crea el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, al mismo tiempo que se le otorga el carácter autónomo y rector del tema, con la facultad legal de dictar políticas, coordinar acciones públicas y privadas, e impulsar investigaciones sobre discapacidad (CONADIS, 2013, p. 18).

Las actividades del CONADIS se intensifican en el período 2001-2005, cuando puso en marcha acciones en torno a tres ejes básicos: prevención, atención e integración. Estos ejes se llevaron a cabo, con el propósito de prevenir las discapacidades y elevar la calidad de vida de las personas con discapacidad, en base a la ejecución del programa I y II del Plan Nacional de Discapacidades (CONADIS, 2013, p. 18).

Desde la creación del CONADIS, los temas de protección de derechos de las personas con discapacidad se convirtieron en cuestiones de mayor interés para el Estado ecuatoriano. Por ello, gracias a la Gestión de las autoridades del Consejo, en

1998, se da un leve reconocimiento constitucional a este grupo vulnerable, enfocándose, sobre todo, en el derecho a una educación digna.

El reconocimiento formal hacia las personas con discapacidad toma forma en 2008, cuando se aprueba la Constitución de Montecristi, recordemos que en 2006 llega al poder una persona con discapacidad, representada en la figura de Lenin Moreno, quien da un impulso importante al tema de la discapacidad, que sustenta la gestión de la política de Estado “Ecuador sin Barreras”. Por su parte, se debe tener en cuenta que, en 2006, el Ecuador se había adherido a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (Ministerio de Salud Pública, 2013, p. 1).

En 2009, las tareas estatales se afianzan más, cuando entra en escena la Misión Solidaria Manuela Espejo. Sin embargo, en septiembre de 2012, el reconocimiento jurídico se fortalece radicalmente con la publicación de la primera normativa que codifica toda la cuestión de la discapacidad: La Ley Orgánica de Discapacidad, que procura la prevención, detección oportuna, habilitación y rehabilitación de la discapacidad

Los avances en la materia parecieron intensificarse en mayo del 2013, cuando se conformó la Secretaría Técnica de Discapacidades, adscrita a la Vicepresidencia para dar continuidad a los proyectos promovidos por el licenciado Lenin Moreno. Ese mismo año, ciertas competencias del CONADIS, sobre todo la del registro de Personas con discapacidad, pasan a ser parte de la gestión del Ministerio de Salud Pública.

En el plano nacional, esta situación también abrió paso para la generación de cambios en el cuerpo legal nacional, por medio de la Constitución de 2008 y el Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013. Además, hubo un incremento del interés político por el Gobierno central ante la sociedad, debido a la figura de su segundo mandatario. Ello sirvió para exigir que la operatividad del Estado esté guiada por directrices de una política en beneficio de este grupo social, para mostrar coherencia

entre la acción y la representación. De esta manera, el Ejecutivo, en 2008, asume la imagen diferente para promover el tema de discapacidad a nivel nacional.

El abordaje de la Constitución de 2008 en temas de discapacidad es amplio y se logra evidenciar dentro del Capítulo Tercero titulado Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria. Como se ha venido analizando es el instrumento normativo que faculta la ejecución de los programas de acción social emprendidos por la Vicepresidencia. Asimismo, se da continuidad a lo logrado con la Constitución de 1998, como fue analizado en líneas anteriores. Los artículos 47, 48 y 49 de la Constitución vigente, estipulan directrices en cuanto a la gestión estatal sobre discapacidades, lo que refleja la obligación institucional para crear políticas en beneficio de este sector social.

Asimismo, se debe considerar que la incorporación de las personas con discapacidad dentro de la categoría de Grupos de Atención Prioritaria en la Constitución, a raíz de la emergencia social en la que se encontraba el país, avaló acciones posteriores como la creación de la Ley Orgánica de Discapacidades, emitida en 2012 y, además, la creación de la Secretaría Técnica de Discapacidades, entidad que se convierte en la unidad rectora en temas de discapacidad. A partir de ello, se genera un ambiente de interés en la sociedad de las personas que no poseen discapacidad, o conocidas vulgarmente como personas normales o sin ninguna discapacidad, y con ello, la obligación de esta sociedad para con las personas con discapacidad que estaban marginadas y excluidas de todo el entorno social, sobre todo, en los ámbitos educativo y laboral. Por ejemplo, los cambios a favor de la inserción social para los discapacitados, se reflejan en el Código del Trabajo que estipula que “el porcentaje obligatorio de contratación de personas con discapacidad, es del 4% del total de trabajadores” (Ministerio del Trabajo, 2016).

Para el tratadista (Lorenzo, 2013) respecto al grupo de personas con discapacidad afirma que es:

La toma de conciencia de que es necesario aprovechar las capacidades, los conocimientos y la contribución al desarrollo que pueden hacer las personas con discapacidad, un 10 % de la población mundial; negar o ningunear la

discapacidad no es solo un delito de lesa humanidad, en tanto que suprimimos, de golpe, a una porción de seres humanos, sin más justificación que la diferencia que presentan, sino también un acto de dilapidación, en un mundo menesteroso, en tanto en cuanto dejamos de lado, no computamos lo que esas personas están llamadas a aportar a la comunidad a la que pertenecen. (p.89)

4.2.4.- Las enfermedades catastróficas desde la doctrina

En esta oportunidad desarrollaremos la conceptualización desde la doctrina sobre las personas que adolecen enfermedades catastróficas, entendiéndose que estas enfermedades generan inconvenientes clínicos, económico y social. Estas enfermedades aparte de incapacitar pueden llevar a la muerte en muchos casos, más a eso se le debe sumar que dejan en estado de pobreza a la mayoría de familias que tiene que afrontar estas enfermedades. Para (Tobar, 2010) menciona que existe una doble problemática: Si el paciente no es tratado, se priva a un ser humano del acceso a un tratamiento de vanguardia y se lo condena a un deterioro progresivo de su salud y de su calidad de vida. Pero si él o su familia deben costear este tratamiento, pueden caer en la pobreza.

Por eso, las enfermedades catastróficas configuran un problema que no es solo médico, ni siquiera solo sanitario, sino que configura un complejo desafío económico y social que requiere su consideración y tratamiento desde las políticas públicas del Estado.

Por lo tanto, las enfermedades catastróficas son problema de carácter público, debido a que no se tratan de enfermedades normales sino de padecimientos y conllevan dificultades en varios aspectos, médicos, económicos, sociales y políticos.

Para sociabilizar el significado de enfermedad catastrófica, su problemática y de los padecimientos que aquejan a las personas debemos comprender su concepto que, para la Organización Mundial de la Salud, es la de Alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible; además su término proviene del latín *infirmitas*, que significa

falto de firmeza. Según (Cabanellas de las Cuevas, 2012, p. 562) la palabra enfermedad significa: “Alteración más o menos grave de la salud, que provoca anomalía fisiológica o psíquica, o de ambas clases a la vez, en un individuo”.

Por lo tanto, comprendemos que, la enfermedad catastrófica disminuye la capacidad de las personas, altera su estilo de vida y su actuar diario, se puede manifestar de diferentes maneras, pero existen enfermedades que son menos previsibles y por lo general son más dañinas que las enfermedades comunes, estas son las enfermedades catastróficas que a continuación analizaremos.

Las enfermedades catastróficas siendo un problema crónico de salud, que, por lo tanto, se constituye en problema grave para quienes adolecen de ellas, sus familias y el Estado. Se necesita profundizar en el conocimiento de estos padecimientos y los problemas que acarrear. Para (Illescas, 2010)

Las enfermedades catastróficas pueden definirse desde el punto de vista clínico ellas corresponden a cualquier patología que, en adición a un grado de dificultad técnica en su resolución, implican un alto riesgo en la recuperación y alguna probabilidad de muerte. (p.43)

Enfocándose en el punto de vista económico, una enfermedad catastrófica implica un desembolso monetario importante, que excede el umbral considerado normal. Las enfermedades catastróficas impiden la fácil recuperación de los pacientes catastróficos, genera discapacidades físicas y trastornos emocionales, sin nombrar las altas probabilidades de muerte que existen en esta enfermedad además del sin número de afecciones y molestias provocadas tanto a los enfermos como a sus familiares están la duras realidades que deben llevar como ver a su ser querido disminuido por una enfermedad, y cargar con el peso de soportar económicamente el padecimiento del que adolece el enfermo.

Estas enfermedades tienen gran impacto económico en el presupuesto familiar pudiendo dejar a las familias en estado de insolvencia financiera, temporal o permanente, tal cual sucedió en Colombia en el año 2009, por el caso lo que desestabiliza al entorno en el que se encuentra la persona que padece de una

enfermedad catastrófica, logrando afectar además la estabilidad psicológica del que las adolece.

4.2.4.1.- Clasificación de las enfermedades catastróficas.

Existe clasificación de las enfermedades Catastróficas las cuáles se dividen por su gravedad clínica y por el impacto económico:

Primera categoría son crónicamente debilitantes graves, diagnóstico tardío, de baja incidencia y de origen genético. La segunda categoría tiene un alto costo en el tratamiento, son graves, fáciles de diagnosticar y la recuperación en muchos de los casos es total. (Illescas, 2010, p. 46)

Tratándose de la primera categoría, las enfermedades catastróficas no son curables, pero sí se puede mejorar y controlar el deterioro físico de los pacientes que las padecen mediante el tratamiento paliativo; para la Organización Mundial de la Salud, los cuidados paliativos se definen por los enfoques asistenciales que mejoran la calidad de vida de los pacientes y sus familias cuando estos se ven enfrentados a los problemas de enfermedades catastróficas. Este enfoque se realiza a través de la prevención y el alivio del sufrimiento por medio de la identificación temprana e impecable evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicológicos y espirituales.

En la segunda categoría se ubican aquellos padecimientos que requieren una gran aportación económica para el tratamiento. (Illescas, 2010) Se incorpora una última categoría que menciona a “las enfermedades catastróficas graves adquiridas, de fácil diagnóstico, pero que requieren de asistencia médica de por vida, tales como las diálisis para Insuficiencia Renal Crónica, tratamientos para el SIDA y sus posibles complicaciones, tratamiento para el Adeno Carcinoma de origen desconocido.

Categorizar las enfermedades ayuda a aplicar tratamientos especializados a los pacientes de enfermedades catastróficas, reconocer en qué categoría se ubica cada una, identificar cuál será el gasto que realizará para sobrellevar su enfermedad, como es el caso de las diálisis para la insuficiencia renal, ubicada en una de las categorías antes mencionadas, fáciles de diagnosticar, pero conllevan un gran

impacto financiero. En la tercera categoría, además de tener alto gasto económico, implica una medicación perpetua.

4.2.5.- Las enfermedades catastróficas desde la normativa legal y constitucional del Ecuador.

La garantía constitucional establecida en el artículo 50, busca proteger a las personas que por el deterioro de su salud se encuentran en una situación de debilidad, por lo que el Estado como principal ente jurídico, y a su vez protector de sus ciudadanos tiene que asumir el cuidado y atención de las personas afligidas por estas enfermedades que a la larga a más de ocasionarles el debacle económico les ocasionará la muerte. Al respecto el artículo 35 de la Constitución es enfático al establecer que: “Las personas adultas mayores, niñas, niños, adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de la libertad, y quienes adolezcan de enfermedad catastrófica, recibirán atención prioritaria, en los ámbitos público y privado” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 19) de esta forma el Estado protege a aquellas personas que por su estado de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

La garantía estatal de protección a las personas que sufren de una enfermedad catastrófica busca además que el derecho a la igualdad establecido en el artículo 11 numeral 2 de nuestra Constitución, se haga efectivo, puesto que hoy en día, sólo tienen acceso a estos tratamientos médicos, quienes disponen del poder adquisitivo suficiente o a través de acciones judiciales, quedando sin ningún tipo de atención o cobertura quienes no disponen de medios económicos para afrontarlo. El propósito del artículo 50 de la Constitución es lograr que las enfermedades catastróficas sean incluidas como tema de interés general y que quienes las padecen, puedan ser atendidos y cubiertas sus necesidades, a fin de que el derecho a la igualdad no se vea limitado.

El artículo 11 de la Constitución, enmarca la igualdad de todos los ecuatorianos desde el mismo instante de nacer, además de promover dichas condiciones de igualdad, reales y efectivas.

Dentro de la legislación interna ecuatoriana se crea la Ley Orgánica de la Salud, en el año 2012 en la cual dentro del capítulo tres literal A, establece a las enfermedades catastróficas y raras o huérfanas. Es así que en los artículos de este capítulo establecen:

Estado ecuatoriano reconocerá de interés nacional a las enfermedades catastróficas y raras o huérfanas; y, a través de la autoridad sanitaria nacional, implementará las acciones necesarias para la atención en salud de las y los enfermos que las padezcan, con el fin de mejorar su calidad y expectativa de vida, bajo los principios de disponibilidad, accesibilidad, calidad y calidez; y, estándares de calidad, en la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, habilitación y curación.

Las personas que sufran estas enfermedades serán consideradas en condiciones de doble vulnerabilidad.(Ley Orgánica de la Salud, 2012, p.14)

El legislador al momento de crear dicha ley, justamente establece al grupo de atención prioritaria, a las personas que padezcan de enfermedades catastróficas, y para el constituyente, la categoriza a este grupo, como personas de doble vulnerabilidad, en comparación del resto de grupos de atención prioritaria.

4.2.6.- Criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional del Ecuador sobre el grupo de atención prioritaria de personas con discapacidad y enfermedades catastróficas.

Continuando con el desarrollo del trabajo de investigación, analizaremos lo que la Corte Constitucional del Ecuador, ha manifestado mediante sus sentencias con respecto a grupo de atención prioritaria de las personas discapacitadas y que adolecen de enfermedades catastróficas. Es así que este órgano mediante la (Sentencia N° 172-18-SEP-CC, 2018) En uso de sus atribuciones establecidas en el artículo 436 numerales 3 y 10 de la Constitución de la República del Ecuador, esta Corte declara la constitucionalidad condicionada del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. Con el objeto de tutelar los derechos de las personas con discapacidad, la Corte Constitucional emite esta sentencia aditiva respecto del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, en el sentido que las autoridades nominadoras y los jefes de talento humano de las entidades del Estado se

abstendrán de cesar definitivamente de sus funciones, mediante la compra de renuncia obligatoria a las personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, conviviente, unión de hecho o progenitor con un grado severo de discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional. En tal sentido, el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades dirá:

Artículo. 51.- Estabilidad laboral.- Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo. En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente. Las personas que adquieran una discapacidad en su vida laboral, por caso fortuito o por enfermedad sobreviniente, tienen derecho a su rehabilitación, readaptación, capacitación, reubicación o reinserción, de conformidad con la Ley. Además, para la cesación de funciones por supresión de puestos o por compra de renunciaciones con indemnización, no se considerarán los que ocupen las personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional.

En virtud que la accionante fue despedida de su trabajo sin tomar en consideración el estado de discapacidad de su hijo, de quien se encuentra a cargo, vulnerando de esta forma el derecho a la dignidad, al trabajo, al debido proceso en la garantía de la motivación. Además, la Corte dispone al Consejo de la Judicatura, como al Ministerio de Trabajo, que difundan la presente sentencia a nivel nacional tanto en el ámbito público y privado, para que de esta forma no se vuelva a repetir la vulneración de derechos de las personas con discapacidad.

Con esta misma interpretación la Corte Constitucional dentro de la (Sentencia N° 689-19-EP/20, 2020) declaró que una Sala de la Corte Provincial de Pichincha vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva porque negó la acción de protección presentada por una persona sustituta de un niño con discapacidad del 99% en contra de la SECOM. Resolviendo en declarar la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la estabilidad laboral reforzada del señor Giovanni Patricio Riofrío y los derechos a la atención prioritaria y a la salud del niño GJRB. El Consejo

Nacional para la Igualdad de Discapacidades brindará la asistencia técnica requerida por la SECOM para el diseño y elaboración del programa de capacitación y sensibilización indicado en el párrafo 63 de esta sentencia. Para justificar el cumplimiento integral de la medida el presidente del CONADIS delegará a quien corresponda, para que informe en el plazo de 4 meses contados desde la notificación de esta sentencia, a la Corte Constitucional respecto de la asistencia técnica brindada. Y Ordenar al ministro del Ministerio de Inclusión Económica y Social, quien delegará a quien corresponda, para que, en el plazo 60 días contados desde la notificación de esta sentencia, informe a esta Corte, previo análisis de la situación familiar del niño GJRB, sobre los beneficios o programas que, en el marco de su competencia, podrían ser incluidos tanto la familia como el niño GJRB, en caso de que así lo deseen. Asimismo, en el plazo de 3 meses, contados desde la notificación de esta sentencia deberá informar a este Organismo, respecto de la inclusión a programas y servicios que la familia, una vez informada, haya aceptado recibir. Y por último, ordenar al director general del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social que de forma inmediata disponga las gestiones necesarias para que el niño GJRB retome y continúe con el tratamiento médico en el que se encontraba previo a la desvinculación de su padre de la SECOM o que, en caso de ser necesario, se lo adecúe a los requerimientos actuales del niño. Para verificar el cumplimiento de esta medida el director general remitirá a este Organismo un informe en el plazo de 30 días contados desde la notificación de la presente sentencia que evidencie el cumplimiento de la medida.

Analizando otras sentencias, encontramos la N° 080-13-SEP-CC, del caso 0445-11-EP, en la cual la Corte resuelve declarar la vulneración de los derechos al debido proceso en la garantía de la motivación (artículo 76 numeral 7 literal I Cons.), a la tutela judicial efectiva (artículo 75), a la igualdad y a la no discriminación (artículo 11 numeral 2 y 66 numeral 4) de la misma norma suprema, en virtud que a una persona que se encuentra en el grupo de atención prioritaria por poseer una enfermedad catastrófica, es desvinculada de su puesto del trabajo; por ello se decide que, Como garantía de no repetición en favor de las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA, pertenecientes al grupo de atención prioritaria, la Corte

Constitucional, en virtud de la competencia establecida en el artículo 436 numerales 1 y 6, establece como regla jurisprudencial con efectos inter pares e inter comunis la siguiente:

Las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA no gozan de un simple estatus de estabilidad laboral aplicable a todas las relaciones laborales en condiciones generales en las cuales los empleados no poseen enfermedades catastróficas; por el contrario, este grupo de personas gozan de un principio de estabilidad laboral reforzada, merecedores de una especial protección dada la fuerte carga discriminatoria que socialmente han tenido que soportar; en tal virtud, no podrán ser separados de sus labores en razón de su condición de salud.; ii. La separación de las labores de las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA, se presume prima facie como violatoria de los derechos constitucionales, por fundarse en criterios sospechosos, a menos que el empleador demuestre una causa objetiva – razones válidas y suficientes – que justifiquen de manera argumentada y probada ante la autoridad competente que no se trata de un despido que se funda en un criterio sospechoso.; iii. Bajo ningún motivo el empleador podrá justificar la terminación de relaciones laborales fundado en argumentos que se agoten en el rendimiento de las actividades laborales del empleado portador de VIH o enfermo de SIDA, pues el deterioro físico y psicológico que influye en el desempeño de las actividades laborales es propio de un enfermedad de esta naturaleza, so pena de incurrir en un trato discriminatorio. Por ello, los trabajadores portadores de VIH o enfermos de SIDA deberán ser reubicados en su medio de trabajo cuando el desempeño de sus actividades esté afectado por su condición de salud. (Sentencia N° 080-13-SEP-CC, 2013, p.30)

Mediante esta sentencia la Corte, ha logrado garantizar a las personas que padecen de SIDA o VIH, personas que son amparadas por la constitución al considerarse de atención prioritaria, una estabilidad laborar, además, que no deben ser discriminadas, y cuando su salud se encuentre deteriorándose, los trabajadores sean del sector público o privado, sean reasignados a otros lugares de trabajo, pero nunca haciendo comprender una discriminación, peor aún un trato degradante. Una similitud posee la (Sentencia N° 016-16-SEP-CC, 2016) dentro de la cual se declara como vulneración los derechos de la salud, trabajo, dignidad humana e igualdad, a un miembro de la Policía Nacional, que fue desvinculado de su trabajo por ser poseedor de VIH sida, al enterarse la Comandancia de la Policía Nacional, lo que hace es hacer un proceso sancionador y terminar con la carrera del servidor público,

entendiéndose como discriminación por encontrarse con una enfermedad catastrófica.

De la misma manera, la Corte Constitucional, no solo concede o acepta las acciones extraordinarias de protección, sino en el caso particular de la (Sentencia N° 251-18-SEP-CC) niega dicha acción al accionante que presenta ante este organismo su petición; ya que tanto el juez de primera instancia y de segunda instancia conceden al trabajador el derecho al trabajo por ser una persona que adolece de una enfermedad catastrófica y que dicha enfermedad sufrió en su trabajo. Por lo tanto, la Corte menciona que no se han vulnerado los derechos del empleador, sino más bien se han garantizado los derechos de las personas con enfermedades catastróficas y su estabilidad laboral.

4.3.- Estudiar la interpretación constitucional del principio del interés superior del niño frente al grupo de atención prioritario de personas con discapacidad y enfermedades catastróficas a partir de un caso concreto.

4.3.1.- La interpretación.

La interpretación de la norma puede definirse como la indagación del sentido de la misma; la determinación de su contenido y alcance efectivo para medir su precisa extensión y la posibilidad de su aplicación al caso concreto que por ella ha de regirse.

La interpretación es el hecho de que un contenido material, ya dado e independiente del intérprete, sea “comprendido” o “traducido” a una nueva forma de expresión. Dicho concepto está muy relacionado con la hermenéutica.

Bajo el anterior panorama, importante es señalar que los criterios de interpretación son métodos, pautas, principios objetivos o guías que deben tenerse en cuenta al analizar un conflicto del orden jurídico, por lo cual debe realizarse bajo algunas directrices.

La interpretación de la Constitución es una tarea compleja y llena de dificultades, relativas al "cómo" y al "quién". Se trata de un proceso que comparte

algunas características con la interpretación de cualquier otra norma, pero que reviste también notorias peculiaridades.

Los principios de unidad, concordancia práctica, corrección funcional, función integradora, fuerza normativa y pro homine, entre otros, son herramientas que nos han permitido comprender que los clásicos métodos de interpretación no son suficientes para alcanzar la justicia del caso concreto en materia constitucional

4.3.2.- La interpretación constitucional

Para hablar de interpretación constitucional es necesario definir cada uno de los términos que componen este título. Interpretar es darle sentido a un texto, a una acción o a un concepto o en términos generales es atribuir un significado a un signo lingüístico, se interpreta en la medida en que se posibilita la comprensión. “la interpretación no es un acto complementario a la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar y en consecuencia, la interpretación es la forma explícita de la comprensión” (Gadamer, 1984, p. 383).

Con respecto al término constitucional, lo es todo aquello plasmado en la Constitución que rige nuestro ordenamiento, el texto constitucional es el límite principal para la realización de las normas y toda interpretación realizada a las normas debe ser acorde a la Carta Magna. (Ferrajoli & Ruiz) definen al respecto:

El termino Constitución se emplea sobre todo para referirse al documento normativo, situado en el vértice del sistema jurídico y dotado de un régimen jurídico especial, que, por un lado, establece las competencias de los principales órganos del Estado y, por otro, pone límites y proporciona guías positivas para el ejercicio de esas competencias. (2014, p. 25)

Así, también lo expresa Bastidas de Ramírez “la Constitución es una norma suprema a la que está sujeta la creación de ciertas normas por los órganos superiores del Estado; el cumplimiento de sus preceptos es obligado y su infracción es antijurídica” (2009, p. 87) En consecuencia, la interpretación constitucional es la manera de determinar el alcance y sentido de las normas constitucionales para su aplicación. Esta interpretación presenta un alto grado de complejidad debido a que

las normas constitucionales no tienen jerarquía, están en un mismo nivel, lo que implica tensiones al momento de su interpretación, además porque existen enunciados en el texto constitucional que no se identifican con la noción tradicional de norma o regla, sino que son normas que reconocen principios, valores y derechos fundamentales, que hacen necesario tener en cuenta las estructuras sociales y circunstancias al momento de su interpretación y posterior aplicación porque determinan el sentido en el que se debe interpretar las demás normas del texto constitucional y de todo el ordenamiento jurídico en general.

Las reglas son mandatos definitivos, ordenan, prohíben o autorizan. Para Dworkin las normas identificables como reglas vienen dadas en el texto normativo a manera de disyuntiva. (Dworkin, 2009, p.75) expone “sí los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”.

4.3.3.- Principios de Interpretación Constitucional

Los principios son entendidos como los preceptos que dan fundamento a lo que establece la Constitución, sin ellos la norma suprema carecería de la esencia misma que la caracteriza como norma suprema base del ordenamiento jurídico. Según la doctrina, se han definido los siguientes principios que permiten orientar la interpretación constitucional:

4.3.3.1.- Principio de la unidad de la Constitución.

Según este Principio, las normas constitucionales no se pueden interpretar en forma aislada sino como un todo o una unidad. En este sentido señala, Correa: “Según este criterio de interpretación, el operador jurisdiccional debe considerar que la Constitución no es una norma (en singular), sino, en realidad, un ordenamiento en sí mismo, compuesto por una pluralidad de disposiciones que forman una unidad de conjunto y de sentido” (2005, p.309).

4.3.3.2.- Principio de la concordancia práctica.

Por este principio debe existir concordancia entre distintas normas constitucionales que protejan diferentes bienes jurídicos, no debe haber lugar a contradicciones entre las normas constitucionales.

El autor Hoyos manifiesta que: “Los bienes constitucionalmente protegidos deben ser coordinados y ponderados en un momento dado, y frente a un caso concreto el juez constitucional tiene que establecer prioridades, porque a veces entran en conflicto derechos fundamentales previstos en normas de la Constitución” (1993, p. 18)

De esta manera los conflictos que se presenten entre diferentes preceptos constitucionales al momento de resolver un caso no deben significar la solución del mismo con la superioridad de uno y el sacrificio de otro, sino que se debe realizar una ponderación entre ellos con el fin de desarrollar este principio.

4.3.3.3.- Principio de la eficacia integradora de la Constitución.

La interpretación constitucional debe estar orientada a buscar la eficacia de las normas constitucionales, persiguiendo que sus fines se realicen con la mayor eficacia posible. Al respecto Lafuente explica: “Conforme a esta regla, supuestas varias interpretaciones posibles de una norma subconstitucional, se optará por la que en mayor medida favorezca la eficacia de la norma constitucional. Y aun especialmente en el caso de las normas dogmáticas, es decir de las reguladoras de derechos y libertades” (2000, p. 113)

4.3.3.4.- Principio de la corrección funcional.

Mediante este principio se establece que la interpretación que se realice de la Constitución no debe interferir en el ámbito de las funciones propias de cada órgano del Estado definidas por la misma Constitución. Se debe respetar la distribución de funciones consagradas por la Constitución para conservar el equilibrio entre los poderes del Estado. Para Monroy menciona que “este principio debe respetar la denominada “regla de corrección funcional” en virtud de la cual el intérprete deberá respetar el marco de distribución de las funciones estatales establecido en la Constitución” (2002, p. 89)

4.3.3.5.- Principio de la fuerza normativa de la Constitución.

Este principio declara que todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse conforme a la Constitución. Casal, indica: “La aceptación de la fuerza normativa de la Constitución, hoy indiscutible, obliga a proteger la norma suprema de toda acción u omisión de los poderes públicos violatoria de sus disposiciones, sin que sea lícito reconocer al legislador un espacio de inmunidad al control judicial cuando el desconocimiento de la Constitución se origina en su inactividad” (2006, p. 189)

4.3.3.6.- Principio in dubio pro libertate.

Según este principio además conocido como “favor libertatis”, en caso de duda, ésta se resolverá a favor de la libertad del ser humano, como garantía de la efectiva vigencia de los derechos fundamentales. Sobre este principio León, señala: “Implica que no sólo en supuestos dudosos deberá optarse por la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales, sino que también implica concebir el proceso hermenéutico constitucional como labor tendente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto” (2010, p.57)

4.3.4.- Métodos tradicionales de interpretación constitucional.

Existen diferentes métodos que tradicionalmente son aplicados a la interpretación jurídica, pero que debido a su generalidad se utilizan en el ejercicio de la interpretación constitucional, aunque bien es sabido que en algunos casos no son suficientes, por lo tanto, se hace necesario complementarlos con otros criterios propiamente definidos para la interpretación constitucional.

4.3.4.1.- Método literal.

Este método se basa en la interpretación gramatical del texto, en el sentido de las palabras y es considerado de vital importancia en la interpretación en general porque constituye su punto de partida. Existen casos en los que la interpretación literal es tan clara y terminante que no se requiere recurrir a otros métodos, la simple literalidad del texto arroja un resultado decisivo. Para Pérez, “El intérprete para

descubrir el verdadero sentido de la norma constitucional o legal debe acudir, en primer lugar, al sentido expresado por las propias palabras empleadas en el texto, ya que las palabras son el vehículo de expresión de las ideas” (2010, p. 98)

4.3.4.2.- Método histórico.

También llamado originalista, este método tiene en cuenta los antecedentes históricos en los que se desarrolló la norma, que para el caso de la interpretación constitucional requiere investigar la historia del constituyente para tener en cuenta los precedentes constitucionales que dieron origen a la aprobación del texto constitucional. Para Moreno: “el método histórico consiste en recurrir, para el efecto de desentrañar el sentido de una norma, a la intención o espíritu claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento” (2014, p. 102)

4.3.4.3.-Método teleológico

Es el método mediante el cual la aplicación de un texto legal requiere una previa identificación del propósito que la norma busca proteger, que no corresponde a la intención del legislador sino al valor protegido por el sistema jurídico, a la finalidad derivada de la norma. En la interpretación constitucional es muy utilizado este método, debido a que los valores y principios que conforman el texto constitucional suponen una interpretación teleológica, máxime si se está frente al ejercicio de los derechos fundamentales. Rodríguez declara: “Aquí lo que se pretende es hallar el propósito perseguido con la creación de una norma para que su interpretación resulte en una aplicación que logre o tienda a lograr esos objetivos” (2006, p. 213)

4.3.4.4.- Método sistemático

Este método permite interrelacionar diferentes preceptos, considerando que todos forman un sistema normativo. Para López, este método consiste, “en la identificación de una o varias normas, fines, valores o principios constitucionales que tienen mayor abstracción y en los que se plasma objetivos morales y políticos de signo más universal y consensuado” (2006, p. 39)

En Ecuador se han utilizado estos cuatro métodos tradicionales para interpretar la Constitución en la resolución de casos, podríamos decir que dependiendo de la dificultad del caso se aplica uno u otro, como bien llama la doctrina dependiendo de si se está frente a un caso fácil o a un caso difícil. Cuando estamos frente a un caso que con tan solo remitirnos al texto constitucional de manera literal hallamos solución, podemos decir que nos encontramos frente a un caso fácil, pero cuando la simple literalidad del texto no nos permite dar solución definitiva al caso es necesario remitirnos a otros métodos y es cuando nos encontramos frente a los casos difíciles, no quiere decir ello que la decisión tenga que ser apartada de la norma sino que se debe hacer un razonamiento jurídico profundo, ya sea sobre el origen de la norma, el fin de la norma o del sistema normativo en conjunto para poder establecer la mejor decisión.

En los casos difíciles, según Dworkin, los jueces dictan sus decisiones en términos de las normas preexistentes e intentan un razonamiento deductivo a partir de éstas; pero el ejercicio de la interpretación constitucional ha dejado notar que tal vez los métodos tradicionales de interpretación no son suficientes para dar solución a los casos difíciles, por lo que ha sido necesario remitirse a técnicas de interpretación adicionales como la ponderación de derechos para poder dar solución a estos casos.

4.3.5.- Técnicas de interpretación constitucional

Debido a las tensiones y conflictos encontrados al momento de interpretar las normas constitucionales, como se ha enunciado anteriormente, se ha hecho necesario además de usar los métodos tradicionales de interpretación, recurrir a técnicas de interpretación que permiten ponderar los intereses contrapuestos con la finalidad de orientar a los jueces en su labor de interpretación, permitiéndoles tomar las mejores decisiones en pro de garantizar los derechos de los ciudadanos.

Es por ello que cuando nos encontramos frente a un conflicto entre derechos, fines o valores, es necesario ponderar estos derechos, fines o valores para medir su peso específico y determinar en el caso concreto la norma constitucional que presenta una mayor dimensión, no entendido esto como darle más validez a una que

a otra, sino darle una dimensión de peso mayor a una que a la otra para ver cuál debe predominar, lo que le permite al juez establecer el derecho que debe ser protegido. Montealegre, afirma que “la ponderación es un modo de argumentación constitucional, por medio del cual el juez resuelve una colisión entre valores, objetivos, intereses o principios constitucionalmente protegidos” (2008, p. 137)

La Corte Constitucional ha usado la ponderación en innumerables “casos difíciles” para argumentar sus decisiones, la ponderación ha sido entendida tras su aplicación como un tipo de razonamiento pertinente a la hora de resolver estos casos y le ha dado al juez un papel completamente dinámico, pues le ha permitido crear derecho, claro está, entre los límites determinados en el marco normativo. Existen varias formas de ponderar por parte del juez, entre ellas encontramos el test de razonabilidad y el test de igualdad.

4.3.5.1.- Test de razonabilidad

Existen varios métodos utilizados para ponderar, con el fin de establecer si un trato diferencial es constitucionalmente válido. En Ecuador inicialmente en el desarrollo de la jurisprudencia constitucional se utilizó el test de razonabilidad, de origen norteamericano, con respecto al cual ha afirmado

Frente a la libertad de configuración de la norma por parte del legislador, debe existir, por parte de los tribunales constitucionales que efectúan exámenes de constitucionalidad, una comprobación de las razones constitucionales que fundamentan la razón de ser de la norma. Esto quiere decir que la libertad para legislar tiene su límite y para ello se habla del test de razonabilidad” (Dueñas, 2009, p. 92)

El test de razonabilidad es utilizado como una herramienta para evaluar si las decisiones tomadas por el juez son violatorias o no de los derechos fundamentales, para Montealegre el test de razonabilidad consta de tres pasos:

1.- Análisis del objetivo que justifica la disposición sujeta a control. Durante este primer paso la Corte examina dos aspectos: I. La identificación de la meta o metas que la disposición busca materializar, responde a la pregunta ¿Cuál es la finalidad perseguida por el legislador?, y II. Su valor constitucional, que responde a la pregunta ¿Es la finalidad buscada constitucionalmente legítima?

2.- Análisis de los medios a través de los cuales la disposición busca lograr la meta, básicamente para determinar si tales medios están o no prohibidos prima facie, responde a la pregunta ¿El medio empleado por el legislador está prohibido por la Constitución?

3.- Análisis de la relación entre los medios empleados y la meta que se busca, para efectos de determinar si los medios son aptos para el logro del objetivo que persigue la norma bajo revisión, responde a la pregunta ¿Es el medio empleado por el legislador idóneo para alcanzar el fin buscado?” (2008, p. 149)

En el primer paso a través del análisis de los hechos se identifica el fin perseguido, que obedece a un trato diferencial, en el segundo paso se debe establecer la validez de los medios indicados para conseguir el fin a la luz del texto constitucional y, en el tercer paso se examina la razonabilidad del trato diferenciado, teniendo en cuenta que se busca hallar la proporcionalidad como la relación que existe entre los medios y el fin perseguido.

La Corte introduce la incorporación de grados de intensidad al test de razonabilidad conservando las teorías norteamericana (test de razonabilidad) y europea (test de proporcionalidad) con el fin de que se complementen y al momento de su aplicación se dé mayor claridad en las razones que fundamentan una decisión. Estos niveles de intensidad fueron definidos como leve, intermedio y estricto e implican que se debe realizar un juicio constitucional diferente en cada caso. En el escrutinio leve, la norma o el acto jurídico es declarado constitucional si el fin perseguido es legítimo, es decir, no está constitucionalmente prohibido, y además el medio para conseguirlo sea adecuado, así lo explica Rodríguez: “Las únicas exigencias que hace la Corte al legislador en este nivel es que busque un fin legítimo y que lo haga a través de medios adecuados” (1998, p. 281) De igual forma Dueñas, expone que “la aplicación ordinaria de un test leve en el análisis de razonabilidad tiene como finalidad exigir que el legislador no adopte decisiones arbitrarias y caprichosas sino fundadas en un mínimo de razonabilidad” (2009, p. 43), este test ha sido utilizado en casos en los que se examina la constitucionalidad de las normas en materia económica o tributaria. En el escrutinio estricto debe realizarse un examen riguroso frente al trato diferenciado, ya que esta diferenciación está basada en criterios sospechosos, considerados potencialmente discriminatorios, la Corte ha

señalado que ejemplos de criterios sospechosos son el sexo, la raza y la religión, o los dados en situaciones en las que la medida recae en personas en condiciones de debilidad manifiesta o grupos marginados, para Rodríguez “cuando la diferenciación hecha por el legislador sea sospechosa la Corte ejerce un control severo, según el cual la norma acusada es constitucional solo si es indispensable para satisfacer un interés público imperioso” (1998, p. 282). Dueñas, afirma: “El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido no debe ser sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario; ósea, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo” (2009, p. 44)

El escrutinio intermedio se ha utilizado cuando se afectan derechos constitucionales pero no fundamentales y cuando se presentan arbitrariedades que afectan de manera grave la libre competencia, como lo indica Rodríguez, se presenta “en los casos en los que la diferenciación establecida por el legislador está basada en criterios “sensibles” – aunque no “sospechosos” –” (1998, p. 282). Frente a los criterios que debe cumplir Dueñas, considera: “Requiere no solo que el fin sea legítimo sino constitucionalmente importante (...), y que el medio no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial” (2009, p. 44)

De esta manera la Corte aplica de acuerdo al caso concreto el test en el nivel de intensidad adecuado para poder establecer unos argumentos con contenido más profundo y con mayor sentido.

4.3.5.2.- Test de igualdad

A partir del desarrollo presentado por la Corte Constitucional sobre la aplicación del test de razonabilidad y teniendo en cuenta que en la Constitución el derecho a la igualdad es objeto de protección constitucional, se hizo necesario adoptar criterios que permitieran evaluar las diferencias de trato o la violación a este derecho, criterios desarrollados a partir de numerosos casos estudiados por la Corte, y que se conoce como test de igualdad, lo que se puede evidenciar en desarrollos jurisprudenciales posteriores que denominaron al principio de proporcionalidad test

de igualdad, aplicable a los casos en los que existe afectación al derecho a la igualdad, mientras que el test de razonabilidad es aplicado en todos los casos en los que existe afectación de derechos fundamentales en general.

Para determinar cuándo estos efectos son compatibles con la Constitución y cuándo son contrarios a ella es preciso acudir a criterios objetivos para evaluar su razonabilidad desde la perspectiva constitucional. Tales criterios han sido estructurados por la Corte Constitucional en un test de igualdad o, cuando están en juego otros derechos, en un test de razonabilidad.

La Corte Constitucional ha definido el test de igualdad en los siguientes términos “El test de igualdad, que se aplica en el juicio integrado de igualdad, en su metodología busca analizar tres objetos: (i) el fin buscado por la medida, (ii) el medio empleado y (iii) la relación entre el medio y el fin. Según su grado de intensidad, este test puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve.

Por lo anterior es evidente que la metodología definida constituye la evolución del test de razonabilidad, pues de igual manera se categoriza en grados de intensidad. La Corte en este mismo sentido fijó reglas y criterios para orientar el proceso de identificación del test a aplicar en un caso concreto, criterios que corresponden con los ya definidos para la identificación de los grados de intensidad del test de razonabilidad.

4.3.5.3.- Precedente constitucional

A partir de los desarrollos jurisprudenciales se ha establecido que el precedente constitucional ha sido base de innumerables decisiones constitucionales, dando valor a la labor de interpretación que se realiza al decidir los casos en controversia. Así lo explica López: “Un precedente ya adoptado tiene peso jurídico específico, esto es, cuenta como argumento (aunque no decisivo) para decidir en el mismo sentido y con los mismos argumentos el nuevo caso análogo que se le presenta al juez” (2015, p. 84)

La Corte Constitucional ha establecido dos clases de precedentes teniendo en cuenta la autoridad que profiere la decisión, el precedente horizontal que

corresponde a las sentencias emitidas por autoridades de la misma jerarquía y el precedente vertical que corresponde a las sentencias emitidas por autoridades de superior jerarquía u órganos de cierre. En este sentido, los jueces al resolver los casos deben tener en cuenta las decisiones emitidas por los diferentes órganos judiciales. Para identificar que parte de las sentencias constituyen precedente en la toma de decisiones judiciales, es decir, cuál es el límite de los efectos vinculantes en una sentencia, la Corte ha utilizado los conceptos de *decisum*, *ratio decidendi*, y *obiter dicto*, frente al *decisum* ha indicado que constituye la resolución del caso, la respuesta al problema jurídico planteado, mientras que la *obiter dicto*, corresponde a las consideraciones generales y otras descripciones de la Corte o llamados “dichos de paso”, que no tienen fuerza vinculante, la *ratio decidendi*, en cambio corresponde al estudio de las razones que argumentan la decisión y tienen poder vinculante, ya que corresponden al fundamento normativo de la decisión. Respecto al tema ha señalado Hoyos: “En los precedentes solo la *ratio decidendi*, no los *obiter dicto* o dichos al pasar, resultan vinculantes para los jueces, quienes deben aplicarlos para solucionar los casos futuros, a menos que puedan aducir suficientes razones para apartarse de ellos y darle una solución diferente a la controversia planteada” (2013, p. 459)

4.3.6.- Caso práctico sobre el principio del interés superior del niño, frente al grupo de personas con discapacidad y enfermedades catastróficas.

Para el desarrollo del tercer capítulo, se ha escogido la sentencia de la Corte Constitucional signada con el N° 067-12-SEP-CC, que se resolvió dentro del proceso N° 1116-10-EP. Para lo cual es necesario realizar un antecedente del juicio a ser estudiado.

Con fecha 07 de mayo de 1999, la actora señora Martha Cecilia Urcuango Anrrango, en representación de su hija N. V. P. U., presente una demanda de fijación de alimentos en contra del señor Segundo Ángel Pandi Toalombo, demandado que padece de un 80% de discapacidad física; fijando así una pensión alimenticia en aquel entonces del 200% del Salario mínimo vital, equivalente a 200.000 sucres; convirtiéndose estos valores en la cantidad de \$ 19,66 dólares americanos.

El señor Segundo Ángel Pandi Toalombo, con fecha 20 de enero de 2009, presenta ante el Juez Tercero de la Niñez y Adolescencia del cantón Ibarra, la demanda de suspensión definitiva de la pensión alimenticia, que se encontraba sufragando a favor de su hija N. V. P. U., representada en el proceso judicial por su madre señora Martha Cecilia Urcuango Anrrango, basándose jurídicamente en razón de que el demandado legitimario pasivo padece de un 80% de discapacidad física certificada por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, la cual es provocada por una enfermedad irreversible y degenerativa que es la PARAPARESIA ESPASTICA SEVERA. Su significado es “La paraparesia espástica hereditaria (familiar) es un grupo de trastornos hereditarios poco habituales que causan debilidad progresiva con espasmos musculares (debilidad espástica) en las piernas”. (Diccionario, 2019, p 567). Solicitud que fue rechazada con fecha 07 de enero del 2010, por improcedente, según el criterio del Juez Dr. Iván Jiménez Guerra, a lo que, el señor Segundo Pandi, presenta el recurso de apelación a esta decisión ante la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Imbabura, el recurso de apelación con fecha 10 de junio de 2010, es rechazado por las mismas consideraciones, manifestando que es improcedente.

Por lo que, el señor Segundo Pandi Toalombo, al no ser escuchado y atendido conforme a la norma constitucional, se ve obligado a presentar una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada por la Corte Provincial de Imbabura, lo que dio como producto final la sentencia de la Corte Constitucional No. 067-12-SEP-CC. Ahora entraremos a analizar la sentencia Constitucional antes mencionada.

4.3.6.1.- Problema jurídico a estudiar.

La sentencia Constitucional trata de un conflicto de derechos existente entre dos grupos que gozan de una atención prioritaria dentro del marco constitucional ecuatoriano; por tanto, una primera aproximación debe realizarse en cuanto a la determinación de la normativa constitucional que tutela sus derechos. Por lo tanto, se debe entender que es lo que manifiesta el artículo 35 de la norma suprema:

Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de la libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial atención a las personas en situación de doble vulnerabilidad. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.19)

Del artículo constitucional se comprende que es una disposición expresa en cuanto a la atención prioritaria y especializada por parte del Estado ecuatoriano en el ámbito público y privado, es así que en conflicto de derechos se observar en la existencia de tres sujetos de derechos aplicables al caso concreto que son: los niños, niñas y adolescentes; y este grupo goza del principio del interés superior del niño; las personas con discapacidad y además las personas que adolezcan de enfermedades catastróficas.

El principal problema jurídico de análisis es si la obligación de pagar una pensión alimenticia a favor de una menor puede ir en detrimento de los derechos a la dignidad y la libertad de una persona discapacitada y con una enfermedad degenerativa.

Es por ello, que para analizar el problema jurídico debemos entender lo que la Corte Constitucional verifico sobre cada uno de los grupos de atención prioritaria consagrados en la norma de normas.

El interés superior del niño

Entre los derechos que la Constitución de la República del Ecuador, esta tutelarlos derechos a favor de los niños, niñas y adolescentes, el mismo que se encuentra establecido en el artículo 44 de la Constitución, el cual determina el famoso principio de interés superior del menor.

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. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 23)

La Corte Constitucional analizó el artículo antes señalado mencionando que (Sentencia N° 067-12-SEP-CC, 2012) se puede observar que la protección y tutela de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es una acometida conjunta en donde se verá inmerso en un ámbito macro el Estado y la sociedad en su conjunto, y en un sentido específico, su núcleo familiar. Por ende, la interpretación que realice esta Corte debe contemplar estas obligaciones por parte de los distintos actores que se ven inmersos en la tutela del interés superior de la menor.

La atención prioritaria a personas con discapacidad

Siguiendo con el análisis de la norma constitucional encontramos el artículo 47 el cual determina como uno de sus objetivos la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad; esta acometida será asumida de manera conjunta con la sociedad y la familia de estas personas.

El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.26)

De la lectura del artículo la Corte ha indicado (Sentencia N° 067-12-SEP-CC, 2012) se puede observar que el Estado debe garantizar el pleno ejercicio de sus derechos a las personas con discapacidad; en este sentido, se genera la interrogante respecto a si existe violación de sus derechos frente a una posible privación de la libertad por parte del Estado a una persona con discapacidad por el hecho de adeudar pensiones alimenticias, y si aquello va en detrimento de sus derechos constitucionalmente reconocidos, descritos en líneas anteriores, más aun considerando que estas personas constituyen un grupo de atención prioritaria.

Enfermedades catastróficas o de alta complejidad

Continuando con el desarrollo del análisis de la sentencia, debemos comprender lo que establece el artículo 50 de la norma suprema, sobre las enfermedades catastróficas mencionando:

El Estado garantizara a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 28)

La Corte (Sentencia N° 067-12-SEP-CC, 2012) manifiesta en el caso sub judice se puede determinar que el legitimado activo adolece de una enfermedad física de carácter degenerativo, la misma que lo ha colocado en una situación de discapacidad física. Y por lo tanto se encuentra en doble vulnerabilidad según el artículo 35 de la norma suprema.

4.3.6.2.- Análisis de la sentencia N° 067-12-SEP-CC emitida por la Corte Constitucional de Ecuador.

Para comenzar el análisis a consideración del legitimado activo, en el caso sub judice, los jueces de la Segunda Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, a través del auto del 10 de junio del 2010 a las 14h20, no han observado las vulneraciones a varios de sus derechos constitucionales, considerando que el mismo tiene una discapacidad física y adolece una enfermedad degenerativa; elementos que serán analizados por la Corte Constitucional, considerando que dentro de esta causa existen derechos que les asisten a los niños, niñas y adolescentes.

En virtud de aquello se genera un conflicto de derechos constitucionales supuestamente vulnerados, dirigidos hacia dos personas que son considerados como grupos vulnerables y que requieren atención prioritaria por parte del Estado ecuatoriano en los ámbitos público y privado.

Por lo antes expuesto, el método interpretativo a ser empleado en la presente causa es la ponderación de derechos. Es por ello que para la ponderación y la

fórmula del peso de Robert Alexy fue aplicada por la Corte Constitucional en la sentencia objeto de análisis.

La ponderación resulta indispensable cuando el cumplimiento de un principio significa el incumplimiento del otro, es decir, cuando un principio únicamente puede realizarse a costa del otro: para estos casos puede formularse la siguiente ley de la ponderación: Cuando mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. (Alexy, 2005, p. 149)

Para la Corte Constitucional, es importante aplicar el método de ponderación cuando entraron en conflicto los derechos de una menor de edad, como son la pensión alimenticia; frente a los derechos constitucionales del alimentante que es una persona que adolece de discapacidad, y enfrenta una enfermedad catastrófica.

La Corte Constitucional por intermedio de los jueces resolvió que se debe aplicar el Art. 3 numeral 3) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sobre el método de interpretación constitucional que es la Ponderación, para lo cual se ponderara los derechos del señor Segundo Ángel Pandi que tiene una discapacidad y adolece una enfermedad catastrófica; sobre los derechos de su hija Neuvelle Vanesa Pandi Urcuango, a ser beneficiaria de una pensión alimenticia.

La Corte Constitucional consideró que el no cumplimiento del pago de pensiones alimenticias podría generar la privación de la libertad ambulatoria, frente a lo cual, el legitimado activo, para evitar esta situación, se vería obligado a emprender en actividades físicas que empeorarían su condición, atentándose por ende su derecho a la salud e integridad física; por otro lado, al realizar determinadas actividades en busca de recursos económicos le puede ocasionar un atentado a su integridad física al exponerse debido a su incapacidad; a través de ciertas medidas lo que se estaría provocando es que el legitimado activo se dedique a la realización de actividades contrarias a su derecho a la dignidad, pudiendo en ocasiones hasta llegar a la mendicidad.

Por otro lado, la Corte Constitucional consideró que los derechos de la menor de edad, esto es el derecho a recibir una pensión alimenticia por su padre legal; se encontrarían cubiertos solidariamente tanto por los familiares de la menor, así como una fundación privada, y el Estado. En virtud que el monto por el cual se demanda una pensión alimenticia al señor Segundo Pandi, es irrisorio en comparación con los beneficios que obtiene por parte de otros agentes como es su madre, y los familiares directos de ella, una Fundación denominada "Child Fund Ecuador". Es por ello que, el derecho de alimentos de la menor debe ser satisfecho y para aquello se ha demostrado que al ser la misma una obligación solidaria, la asume no solo el padre sino también la madre, el Estado y las instituciones públicas o privadas por otro lado, se puede evidenciar que para dar cumplimiento no solo al derecho a alimentos de la menor, sino al cúmulo de derechos que les asisten a los menores el Estado ecuatoriano a través de instituciones públicas, así como personas jurídicas privadas han tutelado los derechos de la menor de manera integral, pudiendo la misma acceder a programas de salud provenientes del Estado ecuatoriano, esto es al Ministerio de Salud Pública, de igual manera su derecho a la educación ha sido tutelado por el Estado ecuatoriano al dotarle de educación en un colegio fiscal, como es el Colegio Nacional de Señoritas Ibarra, en donde se ha determinado que la menor estudia, así como los demás derechos constitucionalmente garantizados.

A continuación, analizaremos el porqué, se ha otorgado esta calificación a cada uno de los derechos: (D1) como ya lo habíamos analizado el señor Segundo Pandi, posee en primer lugar una discapacidad física del 80%, además, adolece de una enfermedad catastrófica, ingresando a formar parte del grupo de atención prioritaria por parte del Estado, al poseer dos categorías de atención prioritaria, podemos manifestar que se encontraría en ventaja sobre el (D2); además que la norma de la materia en su artículo innumerado uno del capítulo III-A, de la ley orgánica de la salud, establece que al poseer una enfermedad catastrófica se le categoriza como persona de doble vulnerabilidad. Es por ello, que en el análisis de los derechos individuales se considera de alto el riesgo de vulneración a su vida, salud y dignidad.

Mientras que, por el otro lado, el (D2) de la menor de edad, al recibir una pensión alimenticia, y por ser considerada dentro del grupo prioritario, ésta debe ser amparada bajo el principio del interés superior del niño, principio que se sobrepone por encima del resto de derechos, a pesar que la norma constitucional las categoriza a todos los derechos de igual jerarquía. Pero para la Corte Constitucional, se ve garantizado este principio justamente por parte del Estado ecuatoriano, al brindarle una educación fiscal, atención medica en la red se servicio público, y menciona que el derecho de alimentos es solidario con su madre y el núcleo familiar de la menor, y, por último, existe una organización privada que le ayuda económicamente a la madre de la menor. Es así que los derechos de la vida, salud y dignidad consideramos como leve, medio y alto; en comparación del (D1).

Una vez analizado la ponderación que realiza la Corte Constitucional, ésta concluye con la decisión de aceptar la Acción Extraordinaria de Protección, presentada por el señor Segundo Ángel Pandi Toalombo, y en consecuencia se deja sin efecto el auto de fecha 10 de junio del 2010, a las 14h20, dictado por la Sala Especializada de los Civil de la Corte Provincial de Imbabura y se devuelve el expediente al juzgado de origen. Al dejar sin efecto la sentencia de los Jueces de la Corte Provincial y regresar al Juez de primera instancia es una medida de restitución del derecho al momento que se produjo la vulneración.

4.3.7.- La naturaleza de las sentencias constitucionales y sus efectos.

Las resoluciones acogidas por parte de la Corte Constitucional poseen una gran importancia, en comparación a las sentencias y resoluciones adoptadas por los jueces ordinarios de primer y segundo nivel, en virtud de que estos ponen fin a un litigio entre personas particulares, o de particulares contra el Estado, respecto a la discusión de un supuesto derecho afectado, o la exigencia del cumplimiento de un derecho. Mientras que las sentencias constitucionales modifican el ordenamiento jurídico del Estado, delimitan el ámbito de competencias del sector público y privado, y restablecen los derechos fundamentales o garantías constitucionales.

4.3.7.1.- Efecto de las sentencias constitucionales.

4.3.7.1.1.- Cosa juzgada

Los efectos de las decisiones emitidas por la Corte Constitucional, de forma general se considera a estas sentencias de carácter de Cosa Juzgada, en virtud que no existen contra ellas medios de impugnación que permita modificarlas, lo que significaría la calidad de inmutabilidad e impugnabilidad; por lo que la decisión judicial, emitida con resguardo del derecho al debido proceso, no puede ni podrá ser atacada ni contradicha en posteriores decisiones de órganos judiciales. De manera que, la cosa juzgada implica que los hechos que fueron objeto del proceso, en el que se dictó una sentencia, no pueden ser nuevamente objeto de controversia. Para (Rivera, 2006) determina que:

Según la doctrina alemana moderna, la cosa juzgada es la declaración de certeza contenida en la sentencia, con el carácter de obligatoria e indiscutible, que impide una nueva sentencia diferente. Este concepto es complementado por la doctrina italiana, en el sentido de que la cosa juzgada impide toda nueva decisión de fondo sobre el mismo litigio y no solamente una que sea diferente. (p. 587)

Podemos identificar que la sentencia constitucional al llamarse cosa juzgada, no es en rigor un efecto de la decisión, más propiamente es una cualidad de la misma; por lo mismo, se materializa en la aplicación del principio *non bis in idem*, es decir, en la prohibición de juzgar dos veces la misma cuestión o los mismos hechos.

4.3.7.1.2.- Fuerza vinculante

Las sentencias emitidas por la Corte Constitucional se las denomina jurisprudencia constitucional, y se refiere a la obligatoriedad horizontal para la propia Corte, y vertical para los jueces y tribunales de jerarquía inferior que despliega la parte de la ratio decidendi, de una sentencia constitucional. Ello implica el bloque de constitucionalidad que realizan los operadores de justicia al ser sentencias de carácter obligatorio para la propia Corte, y el resto de los órganos del poder público.

Entonces, el respeto al precedente constitucional obligatorio contenido en la jurisprudencia cumple funciones esenciales en el ordenamiento jurídico del Estado, incluso en aquellos que tienen sistemas de derecho legislado. En efecto, cabe señalar que el respeto al precedente constitucional por parte del propio Tribunal Constitucional, así como por los demás jueces y tribunales

inferiores, cumple funciones esenciales en un Estado social y democrático de Derecho. (Rivera, 2006, p. 591)

Como analizamos al tratadista lo que asegura es justamente la línea jurisprudencial que emite la Corte Constitucional sobre cuestiones de relevancia, como al respecto del principio del interés superior del niño, y la línea es que este principio debe ser protector de todos los derechos de los menores.

4.3.7.1.3.- El efecto general o erga omnes

En el marco del modelo kelseniano de la “legislación negativa”, las sentencias estimativas que declaran la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada tienen un alcance general o erga omnes , cuyo efecto inmediato es derogatorio o abrogatorio, conforme corresponda, es decir, será derogatorio cuando la inconstitucionalidad alcanza a una parte de la ley, decreto o resolución impugnadas, y abrogatorio cuando la inconstitucionalidad alcanza a la totalidad de la ley, decreto o resolución.

Para (Rubio, 2009) considera que una sentencia de constitucionalidad no es, ni puede ser inmutable, puede cambiar con el transcurso del tiempo como consecuencia de diversas causas o circunstancias, entre las que se pueden nombrar:

a) Un proceso de reforma constitucional que puede dar lugar a una inconstitucionalidad sobreviniente, es decir, una reforma de la Constitución puede motivar que la disposición legal, inicialmente compatible con las normas constitucionales, se convierta en incompatible como emergencia de dicho proceso.

b) Un cambio de los criterios de interpretación del órgano de control Constitucional, es decir, que este órgano cambie la interpretación original de la norma constitucional sobre cuya base declaró constitucional la disposición legal impugnada y asigne otro significado a la norma de la Constitución a cuya consecuencia la disposición legal podría convertirse en incompatible, por tanto, inconstitucional.

c) La Corte Constitucional puede modificar la norma o el sentido de la misma atribuida a la disposición legal impugnada, es decir que cambie el significado que

inicialmente le asignó al declarar su constitucionalidad, debido al carácter evolutivo de la interpretación que obliga a tener en cuenta la mutación de la realidad social, o debido a la interpretación sistemática de la disposición legal impugnada con nuevas disposiciones promulgadas por el órgano con facultad normativa.

El efecto erga omnes se comprendería que sólo es para las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la ley, decreto o resolución, no hace referencia alguna al caso de la sentencia que declare la constitucionalidad de la disposición legal impugnada; sin embargo, La Corte prevé también el efecto erga omnes para las sentencias que declaran la constitucionalidad de la disposición legal impugnada, cuando dispone que “la sentencia que declare la constitucionalidad de la norma legal impugnada, hace improcedente cualquier nueva demanda de inconstitucionalidad contra ella”. Al respecto La Corte Constitucional, ha asumido posición en el sentido de que el efecto erga omnes y la calidad de cosa juzgada constitucional respecto a la sentencia que declara la constitucionalidad de una disposición legal impugnada es relativa; pues ha entendido que dicha sentencia impedirá que en el futuro se impugne, la disposición legal declarada como constitucional en sentencia, con los mismos fundamentos y los mismos conceptos de violación constitucional con que fue impugnada en el recurso que motivó la sentencia de constitucionalidad, mas no impedirá que se vuelva a impugnar, o que este organismo Constitucional vuelva a examinar, la disposición declarada constitucional cuando existan nuevos argumentos o motivos de su eventual inconstitucionalidad, es decir, cuando se considere que vulnera otras normas de la Constitución con las que no fue contrastada en el anterior recurso de inconstitucionalidad.

4.3.7.1.4.- Efecto abrogatorio o derogatorio.

El efecto abrogatorio significa que el Tribunal o Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de la Ley impugnada en su totalidad la disposición legal es retirada del ordenamiento jurídico del Estado y surte el mismo efecto de una abrogación que es la extinción legal de la Ley o Decreto. Pero, no debe confundirse con el acto formal de abrogación de la Ley, toda vez que ello es potestad del órgano Legislativo, de lo que se trata es que la sentencia constitucional tiene el mismo efecto

de la abrogación, en la medida en que la disposición legal declarada inconstitucional deja de tener aplicación por parte de las autoridades, funcionarios, jueces o tribunales, los que no podrán reproducir su texto ni fundar sus decisiones sobre la base de dicha disposición legal, ni las personas particulares podrán invocar derechos ni exigir obligaciones con fundamentos basados en dicha disposición legal.

El efecto derogatorio significa que, si el Tribunal o Corte Constitucional declara de manera pura y simple la inconstitucionalidad de algunas normas de la ley impugnada, es decir, declara la inconstitucionalidad de una parte de la disposición legal impugnada, la sentencia surte el efecto derogatorio de dichas normas. No debe entenderse que el Tribunal o Corte Constitucional deroga formalmente las normas declaradas inconstitucionales, pues esa función corresponde al órgano Legislativo, lo que sucede es que a partir de la publicación de la sentencia constitucional en el órgano oficial previsto por ley ninguna autoridad, funcionario público, Juez o Tribunal podrá aplicar o fundar su decisión en las normas declaradas inconstitucionales.

4.3.7.1.5.- El efecto concreto o inter partes

En el ámbito del control de constitucionalidad de las disposiciones legales, esta modalidad de sentencia significa que el efecto de la decisión adoptada por el órgano encargado del control sólo afecta o favorece a la parte que promovió la impugnación de la disposición legal declarada inconstitucional. Las sentencias con efecto inter partes o al caso concreto son típicas del modelo americano de control de constitucionalidad. Habrá de recordar que una de las características de ese modelo es, precisamente, que el Juez no anula la ley, sino que declara una nulidad preexistente, inaplicándola, es decir, no aplica al caso concreto que está conociendo, (Hernández, 2008) menciona que es importante señalar que algunas sentencias emitidas en el modelo europeo o “kelseniano” de control de constitucionalidad tienen el alcance inter partes; dichas sentencias son las que se emiten en las acciones tutelares, como el hábeas corpus, el amparo constitucional o el hábeas data; ello significa que la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional solo obliga a las partes que intervienen en el respectivo proceso constitucional.

En la doctrina del Derecho Procesal Constitucional; así, en la manifestación de (Rivera, 2006) que se sostiene que las sentencias emitidas en los procesos constitucionales de carácter tutelar, adicionalmente, en el marco del efecto inter partes, producen otros efectos jurídico procesales, como el efecto declarativo y el efecto ejecutivo; de un lado, y de otro, efectos sancionatorios. Se entiende que una sentencia constitucional tiene efecto declarativo cuando su pronunciamiento produce influencia en posteriores actividades jurisdiccionales, como la imposibilidad de que otro tribunal pueda dictar posteriormente otro fallo sobre el mismo asunto. Se entiende que una sentencia constitucional tiene efecto ejecutivo cuando conlleva la fuerza coactiva para su cumplimiento y establece una responsabilidad para la autoridad pública que restringió o vulneró el derecho fundamental del recurrente, dando lugar a la concesión de la tutela. Finalmente, se entiende que las sentencias constitucionales tienen efectos penales, cuando la legislación tipifica como delito el incumplimiento o la desobediencia de la determinación de conceder la tutela adoptada por el Tribunal Constitucional.

Si bien las sentencias constitucionales tienen la forma y contenido jurídico, pero tienen efectos de carácter político de diversa índole, además dichos efectos se extienden al ámbito social y económico; por ello, revisten una trascendental importancia para el Estado social y democrático constitucional de Derecho.

Frente a esa realidad las sentencias constitucionales no pueden adoptar una modalidad única en cuanto a su contenido ni en cuanto a sus efectos; al contrario, deben y tienen que adoptar distintas modalidades o tipos, ya sea desde el punto de vista del contenido de la decisión, ya desde el punto de vista de sus efectos temporales, es decir, desde el punto de vista del dimensionamiento de los efectos en el tiempo, o desde el punto de vista de los efectos en cuanto a las personas.

4.3.8.- Obligaciones del Estado para el grupo de atención prioritaria.

Las Organización de Naciones Unidas y todos los tratados sobre derechos humanos y otros escritos resaltan que es obligación de los estados, sus autoridades y representantes proteger, respetar y promover todos los derechos humanos:

Proteger. Los Estados tienen el deber de asegurar que la Constitución y otras leyes están conformadas para proteger los derechos humanos, y cualquier vulneración a uno de ellos deberá ser presentada ante un sistema judicial competente, imparcial e independiente.

Respetar. Los Estados tienen el deber de hacer respetar los derechos humanos ante la ley, sus representantes y los ciudadanos. Del mismo modo están en la obligación de cumplir con la normativa vigente que cada nación posee para proteger los derechos humanos.

Promover. Los estados tienen el deber de promover, fomentar y poner en práctica los derechos humanos, para que todas las personas que gozan de tales derechos puedan disfrutarlos a plenitud. Respecto a este tema (Trujillo, 2012) señala lo siguiente:

El Estado entendido como una nación política y jurídicamente organizada encargada de regular la vida de los individuos que habitan en un territorio determinado, tiene obligaciones frente a los derechos humanos, de respetarlos, protegerlos, garantizarlos y repararlos, es decir, deberes positivos y negativos que los interpretamos como compromisos de hacer y de dejar de hacer. De la misma manera, el Estado será responsable por las violaciones de derechos humanos que sean resultado de las conductas comisivas u omisivas que tengan como resultado el detrimento de los derechos básicos de las personas. (p. 20)

Es importante mencionar que cuando hay vulneración de un derecho puede ser de una forma positiva o negativa, la vulneración positiva se da cuando se hace en forma directa o con intención y la segunda o forma negativa se da cuando se actúa por omisión. No obstante, el estado es el encargado de precautelar los derechos de los habitantes del territorio y cada persona debe empoderarse de los derechos que tiene por el simple hecho de existir.

La Constitución de la República del Ecuador dispone proteger de manera especial a las personas que por diversas razones se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta que, por su condición física, salud, entre otros ingresen a formar parte del grupo de atención prioritaria, consagrado en el artículo 35 de la norma suprema.

Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 12)

Las obligaciones del Estado ecuatoriano para el grupo de atención prioritaria, es importante señalar que gozan de una protección constitucional reforzada, que establece como obligación la de promover las condiciones que permiten materializar otro derecho constitucional el derecho a la igualdad; pues estas personas, no tiene las mismas oportunidades que otras para vivir los derechos bajo una igualdad material; es decir garantizar que la igualdad de estos grupos sea real y efectiva mediante una atención preferente, especializada, propiciando ajustes razonables y acciones positivas o afirmativas.

Al respecto la Corte Constitucional, ha generado una amplia jurisprudencia constitucional de las cuales se señala la Sentencia N° 273-15-SEP-CC, caso N° 0528-11-EP, de fecha 19 de agosto de 2015, la misma que en la página 23 párrafo tercero señala: “Así como también, lo que prescriben los artículos 35,36, y 37 ibídem, que en relación de la jurisprudencia emitida por esta Magistratura Constitucional respecto a los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria exige un procedimiento efectivo inmediato indubio pro accione”.

4.3.9.- Desenlace de la sentencia constitucional, sobre la interpretación del principio del interés superior del niño.

Regresando al caso, una vez que la sentencia de la Corte Constitucional es incorporada al proceso de origen, el juez de primera instancia solicita una liquidación de pensiones alimenticias atrasadas, por lo que, el departamento de pagaduría del juzgado de la niñez y adolescencia del cantón Ibarra, emite su informe de no pago, en el cual menciona que el señor Segundo Pandi Toalombo, adeuda por concepto de pensiones alimenticias, la cantidad de \$ 3.631,60 dólares americanos, comprendido

en el periodo de septiembre del año 2009, hasta el mes de agosto del año 2012; por este hecho el juez de origen, emite una boleta de apremio personal en contra del demandado señor Pandi, por encontrarse pendiente sus obligaciones en favor de su hija menor de edad.

Una vez que el juez de primera instancia toma nota que dentro del cuaderno procesal existe la sentencia emitida por la Corte Constitucional, aceptando la acción extraordinaria de protección presentada por el señor Segundo Pandi, y dejando sin efecto la sentencia del Tribunal de la Corte Provincial de Imbabura. Se declara la nulidad de lo actuado, es decir el informe de pensiones alimenticias atrasadas y por supuesto la boleta de apremio emitida.

Ahora, debemos comprender que el juez de origen se equivoca al no aplicar al sentencia de la Corte, si la Corte Constitucional deja sin efecto el auto de la Corte Provincial de Imbabura, es decir se aceptaría la suspensión de pensiones alimenticias presentada por el señor Pandi, suspensión que correría a partir del 19 de enero del 2010, fecha en la cual es negado por primera vez su pedido; haciendo comprender que dichas pensiones alimenticias no deben ser consideradas a futuro.

¿Las pensiones alimenticias a favor de la menor de edad, son exoneradas?

Si recopilamos lo que menciona el artículo innumerado 3 de la Ley Reformatoria al Título V, libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, menciona que “el Derecho de alimentos es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable, y no admite compensación ni reembolso de lo pagado” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2009, p. 40). En tal sentido el derecho de recibir una pensión alimenticia no puede ser menoscabado, peor aún perjudicado por el Estado. Por lo tanto, lo que hace este órgano de control constitucional no es restar un derecho a una persona, al suspender que pague una pensión alimenticia, sino lo que hace es garantizar el derecho conjunto de otra persona que de igual forma se encuentra en un grupo de atención prioritaria.

¿La Corte Constitucional aplico o no, objetivamente el principio del interés superior del niño?

Dentro de la decisión realizada por la Corte Constitucional, ésta rompe la línea jurisprudencial sobre el principio del interés superior del niño, en virtud que, dentro de la misma Corte en sentencias análogas sobre este principio, se resuelve por un lado la satisfacción y la obligación del Estado a garantizar el principio superior del menor, y sobreponerlo por encima del resto de derechos, tal cual nos consagra la Constitución de la República del Ecuador. Porque la Corte Constitucional rompe esta línea jurisprudencial, al encontrar a los derechos del señor Pandi, por encima de los derechos de su hija; ya que el mencionado señor, padece de doble vulnerabilidad amparado por la ley y la Constitución, mencionando que las personas que sufren una doble vulnerabilidad el Estado garantizara sus derechos por encima del resto de derechos.

La Convención Interamericana de Derechos del Niño, conjuntamente con la observación general N° 14, establecen que el principio del interés superior del niño debe ser garantizado y protegido por los Estados partes, este principio mediante la norma constitucional sobrepone por encima del resto de derechos, y menciona que goza de una categoría supraconstitucional.

En tal sentido la Corte Constitucional del Ecuador, resolvió erróneamente dentro del caso analizado, al no elevar constitucionalmente el principio del interés superior del niño, ya que como órgano de control constitucional, no puede quitar derechos, como lo hizo al dejar sin efecto la sentencia de la Corte Provincial de Imbabura, y no pronunciarse sobre el derecho de alimentos en favor de la menor de edad, este derechos debió haber sido garantizado por los otros agentes responsables de la alimentación, como es el Estado, la Sociedad y la Familia, y la norma en la materia especifica menciona que existen los obligados subsidiarios para el pago de pensiones alimenticias, por ello, la Corte poseía la potestad de pronunciarse sobre que, persona natural o jurídica debe ayudar subsidiariamente al señor Pandi, para el cumplimiento del pago de las pensiones alimenticias. Pago que

correría a partir de la fecha de suspensión de las pensiones esto es desde el mes de septiembre del año 2009, y así garantizaría el interés superior de la menor de edad.

CONCLUSIONES

Podemos concluir que a pesar que la norma Constitucional y los Tratados Internacionales protegen una igualdad para todas los seres humanos, pudiendo así determinar que los derechos de las personas de grupo de atención prioritaria pueden verse involucrados en una posible vulneración; en el caso concreto que una persona con discapacidad se encuentre obligada para el cumplimiento de prestar pensión alimenticia, para garantizar los derechos que posee el niño, niña o adolescente, sin embargo no se toma en cuenta el tipo y grado de discapacidad que posee y que por lo tanto, le imposibilita de alguna manera con el cumplimiento de sus obligaciones, es así, que para estas personas con discapacidades no se les puede asegurar su total y eficiencia de sus derechos constitucionales que de igual forma poseen.

Además, se puede concluir que los operadores de justicia emiten sus resoluciones con visión únicamente a los niños, niñas y adolescentes; y, por lo tanto, a la protección de su calidad de vida en base a lo que determina el principio de interés superior del niño; entendiéndose que se restaría importancia y de cierta manera invisibilizando los derechos que tiene las personas con discapacidad, por lo que entran en un marco de discriminación indirecta por parte de los administradores de justicia.

El ISN es un principio general del derecho y estándar jurídico que rige las relaciones de los niños con el mundo adulto, en tanto como sujetos de derechos prevalentes, y de las obligaciones de protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

El ISN tiene un carácter indeterminado y subjetivo, lo que puede ocasionar dificultades al momento de determinar su contenido, alcance o aplicarlo en situaciones específicas o complejas.

No existen parámetros para su aplicación en la práctica diaria, dejando su interpretación a la sana crítica del operador de justicia o servidor administrativo.

RECOMENDACIONES

Como recomendaciones podemos determinar que los operadores de justicia de primer nivel antes de emitir una determinada sentencia o resolución, se debería acudir a pruebas técnicas y de campo mediante el grupo especializado de cada unidad judicial con la finalidad de investigar el entorno biosocioeconomico, de los sujetos procesales, alimentante y alimentado, para tomar en cuenta el grado o nivel de discapacidad y las demás circunstancias que le impiden poder llevar sus actividades comunes de manera normal, con el único fin de que no se invisibilice a las personas con discapacidad ni se vulneren sus Derechos, devolviéndoles así el sentido de la vida para que puedan responder con sus obligaciones y puedan ejercer correctamente sus derechos conforme lo que determina la ley.

La actual Corte Constitucional debería complementar el criterio jurisprudencial emitido en la sentencia analizada, con el objeto de determinar los parámetros o elementos que conforman el Interés Superior del Niño y su aplicación frente a los derechos de los grupos de atención prioritaria; para con ello, orientar a los operadores de justicia o servidores administrativos en casos análogos.

Las autoridades de judiciales y administrativas deberían capacitarse en temas de argumentación e interpretación jurídica en temas relacionados en grupos de atención prioritaria.

El Consejo de la Judicatura, a través de la Escuela de la Función Judicial, realice talleres sobre métodos de interpretación constitucional dirigida a jueces, funcionarios y estudiantes de Derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, G. (2008). *El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Estudios Constitucionales, 6 (1), 234.
- Alegre, S., Hernández, X., Roger, C. (2014) *El interés superior del niño. Interpretaciones latinoamericanas*. Santiago de Chile: Editorial UNICEF.
- Arias, F. (1999). *El Proyecto De Investigación Guía Para Su Elaboración*. Caracas: Editorial Episteme.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid España
- Baeza, I. (2001). *El interés superior del niño. Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia*. Revista Chilena de Derecho, (2)356.
- Cabanellas, G. (2012), *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, 20 Edición ed., Vol. Tomo IV, Editorial Heliasta.
- Cillero, M. B. (2007). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño*. Santiago de Chile: Editorial UNICEF.
- Díez de Velasco Vallejo, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, 2007, p. 658
- Freedman, D. (2007). *Funciones normativas del interés superior del niño*. Jura Gentium: Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global, recuperado de: <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm>
- Gatica, N., Chaimovic, C. (2002). *La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño*. Buenos Aires.
- García, I. (2010), *La patria potestad*, Madrid, Dykinson S.A.

- Intriago, S. (2016). *El control constitucional en el Ecuador* Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.
- Illescas, O. (2010). *Garantía estatal de protección a personas con enfermedades catastróficas establecida en el artículo cincuenta de la constitución de la república del Ecuador*. Universidad de Cuenca. 2010, pág. 46
- Lora, L. (2006). *Discurso jurídico sobre el interés superior del niño*, Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios: Revista de ciencias de Mar del Plata.
- Medina, M. (2017). *El concepto del interés superior del niño, su alcance en nuestra legislación doctrinaria y jurisprudencial*. Santiago de Chile.
- Montecé, A. (2017). *El principio del interés superior del niño en la Unidad Judicial de Santo Domingo de los Tsáchilas*. Quito.
- Moreno, D. (2011). *La Doctrina de la Protección Integral, Acceso de Niños, Niñas en Espectáculos Taurinos*. Santiago de Chile.
- Ñaupas, Mejía, Novoa, Villagómez. (2014), *Metodología de la Investigación*, Bogotá: ediciones de la U, 4ta ed.
- Rivas, E. (2015). *La evolución del interés superior del niño, hacia una evolución determinación objetiva*. Santiago de Chile.
- Ochoa, A. (2016). *El interés superior del niño en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*. Quito.
- Ovalle, J. (2012). *La influencia de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en el derecho interno de los estados latinoamericanos*, México.
- Sokolinch, M. (2013). *La aplicación del interés superior del niño por el sistema judicial Peruano*. Lima-Perú

Zermatten, J. (2003). *El interés superior del niño del análisis literal al alcance filosófico*, recuperado de http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf.

Red por los Derechos de la Infancia en México (REDIM), “El principio del interés superior de la niñez” (2013), recuperado de http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm.

Códigos y Leyes

Constitución de la República del Ecuador, (2008), Ecuador.

Código de la Niñez y Adolescencia, (2009), Ecuador.

Convención sobre los Derechos del Niño, (1989).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva número OC-17, 28 de agosto de 2002. (2002).

Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14, de fecha 29 de mayo de 2013. (2013).

Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), de fecha 12 de julio de 1993.

Sentencias jurisprudenciales.

Sentencia de la Corte Constitucional No. 207-11-JH/20.

Sentencia de la Corte Constitucional N. 064-15-SEP-CC

Sentencia de la Corte Constitucional No. 525-14-EP/20

Sentencia No. 2691-18-EP/21, referente al Caso 2691-18-EP.

Sentencia No. 689-19-EP/20, referente al Caso No. 689-19-EP.

Sentencia No 172-18-SEP-CC, que refiere al caso N° 2149-13-EP.

Sentencia N° 251-18-SEP-CC, que refiere al Caso N° 0467-15-EP.

Sentencia N°. 080-13-SEP-CC, que refiere al Caso N° 0445-11-EP.

Sentencia N° 016-16-SEP-CC referente, al Caso N°. 2014-12-EP.

Sentencia N° 067-12-SEP-CC, que refiere al Caso N° 1116-10-EP.