

APUNTES SOBRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Dr. Miguel Hernández Terán¹

SUMARIO

I. Introducción y generalidades	02
II. Los conceptos jurídicos indeterminados	03
III. El interés superior del niño	04
IV. Nuestro concepto de interés superior del niño y algunos caracteres	06
V. El interés superior del niño en la Convención sobre los Derechos del Niño	08
VI. El interés superior del niño en el Código de la Niñez y Adolescencia	10
VII. Evolución de su contenido	12
VIII. El interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos	13
VIII.I. La opinión consultiva No. OC-17-2002	13
VIII.II. Dos casos dramáticos	17
VIII.II.I. El Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, sentencia del 19 de noviembre de 1999	17
VIII.II.II. El Caso Bulacio Vs. Argentina, sentencia del 18 de septiembre de 2003	20
IX. La Corte Constitucional del Ecuador y el interés superior del niño. Dos casos	25
IX.I. Caso de tenencia resuelto por la Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición en el marco de una acción extraordinaria de protección, no obstante que tales acciones no pueden resolver lo de fondo por el respeto al principio de la independencia de la Función Judicial, pero que se explica en función del interés superior del niño, el principio de justicia material y el Estado constitucional de derechos y justicia	25
IX.II. Desconocimiento de la autoridad de los padres con ocasión de una decisión sobre el derecho a la vida sexual y reproductiva de los adolescentes	28
X. El caso ATALA de la Corte Suprema de Justicia de Chile Emilia Rivas Lagos, en el importante trabajo ya referido relata el famoso caso ATALA resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Chile, en los siguientes términos	28
XI. Bibliografía	33

1. En su obra CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. ARA EDITORES. 2009. Perú. Página 26.

I. INTRODUCCIÓN Y GENERALIDADES

Toda ciencia procura sustentar de la mejor manera el análisis de los elementos que la constituyen; de los aspectos más relevantes y de mayor impacto tanto cuantitativo como cualitativo. Usa el método que le es propio dependiendo de su campo de acción. Las ciencias sociales encuentran en el uso del lenguaje uno de sus canales insustituibles para explicitar las complejas temáticas que debe abordar. Dentro de estas ciencias ocupa un papel estelar el Derecho. Éste, en grandes líneas, se ocupa de regular la convivencia social a través de reglas, principios y valores, elementos todos orientados al logro del equilibrio, armonía y justicia en las relaciones sociales, con miras a la conquista y consolidación de la paz social.

Dependiendo de los tipos de relación, de los sujetos de la misma, del alcance de la rama jurídica de que se trate, del poder o debilidad de una de las partes, del ámbito de aplicación de las normas, las regulaciones que encausan esas relaciones serán más o menos estrictas, más o menos garantistas, etc.

El Derecho se vale de una serie de instrumentos y técnicas que le permiten cumplir su papel normativo. Así, utiliza, entre otros:

- a) Definiciones
- b) Presunciones
- c) Indicios
- d) Ficciones
- e) Interpretaciones
- f) Leyes en sentido formal y material
- g) Jerarquías normativas
- h) Conceptos jurídicos indeterminados

Los elementos referidos (instrumentos y técnicas) deben conducir a producir una *respuesta correcta* a las diversas cuestiones que el Derecho debe resolver. Claridad, determinación, brevedad son características que debe reunir el lenguaje en el mundo de las ciencias sociales, y particularmente en el Derecho. Éste debe evitar, en lo posible, la ambigüedad y la vaguedad. La primera abre la posibilidad

a diversos contenidos semánticos. La segunda es sinónimo de indeterminación conceptual. Pero ocurre que no siempre es posible escapar a la ambigüedad y a la vaguedad. Más aún, existe en el lenguaje jurídico una categoría conceptual diseñada intencionalmente *sin significación precisa*, con el propósito de que, por la amplitud del concepto específico, éste sea *determinado* en cada caso concreto, tanto en el ámbito administrativo como judicial.

II. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Los conceptos jurídicos indeterminados han ocupado, ocupan y preocupan a la teoría y a la jurisprudencia. No obstante, su existencia no es materia de radical oposición. Más aún, la jurisprudencia es clara en sostener la necesidad de su existencia y de la construcción de su significación en cada caso concreto.

Sergio Tamayo Yañez¹ dice que un concepto siempre trata de expresar algo. También precisa este autor que “El concepto es diferente a la palabra o palabras que lo expresan. Que un concepto esté formado por palabras no los hace equivalentes. De hecho, varias palabras pueden referirse a un solo concepto, como es el caso de los sinónimos. También existen palabras que no tienen ningún significado sino que sirven como conectores (“Y”, “a”, “un”, etc.), por lo que no son conceptos.”

Es evidente que al Derecho le urgen los conceptos jurídicos determinados, pues su papel regulador de la vida social, la búsqueda del equilibrio, de la armonía y de la justicia en las relaciones materia de su normatividad no pueden ponerse en riesgo por las indeterminaciones en la significación de los conceptos. La determinación conceptual es también un elemento de la técnica jurídica. Su carencia puede dificultar el logro de la ansiada *respuesta correcta*. Claro que la determinación del concepto jurídico no es sinónimo de su verdad científica, incluso ella puede ser el producto de una presunción que admite prueba en contrario, o de una ficción, que no es otra cosa que *una mentira jurídica necesaria*.

Un ejemplo de concepto jurídico indeterminado es el que cita José Antonio Moreno Rodríguez en su trabajo “Orden público y arbitraje: Algunos llamativos

pronunciamientos recientes en Europa y el MERCOSUR”:² “En general, por orden público se entiende “las nociones más básicas de moralidad, y de justicia de un sistema jurídico.”

Otros ejemplos son: la utilidad pública, la buena fe, el interés público, el interés general, la moralidad pública, el interés superior del niño, etc.

El profesor ecuatoriano Farith Simon Campaña en su obra “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: TÉCNICAS DE REDUCCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ABUSIVA”³ destaca que:

“Varios autores consideran que la indeterminación es una ventaja, es de utilidad para brindar soluciones a la diversidad de casos que se presentan, atendiendo a la multiplicidad circunstancias y contextos, algunos vinculados con las diferencias culturales sobre el papel y necesidades de la infancia en general y de cada niño, niña o adolescente en concreto.”

III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Destaca Simon, refiriéndose al interés superior del niño, que “El reconocimiento de su importancia, así como la preocupación por el posible uso abusivo e irracional del principio ha dado origen a diferentes formas de regulación a nivel local, en el intento de evitar que el mismo sea aplicado de una forma discrecional abusiva.”

Refiere también este claro autor, entre otros, que:⁴

“Existe una preocupación recurrente, como se tratará más adelante, en grandes sectores de la doctrina latinoamericana y anglosajona (en España también existen algunas voces en el mismo sentido) de que el interés del niño permita a los jueces (en general a las autoridades encargadas de su valoración) imponer sus opciones y valoraciones personales en los casos sujetos a su conocimiento, sin llegar a la

2. Tomado de http://www.limaarbitration.net/LAR2/jose_antonio_moreno_rodriguez.pdf. Consultado el 10 de febrero de 2019. Página 3.

3. Ediciones IURIS DICTIO. 2014. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Ecuador. Páginas 14 y 15.

4. Páginas 17 y 19 del libro citado.

arbitrariedad (no consideración de hechos relevantes, no aplicación de normas, falta de motivación, violación de precedentes sin justificación), pero escudándose en ese concepto indeterminado. A eso, la imposición de preferencias y restricciones a los derechos en nombre del interés del niño sin llegar a la arbitrariedad, es lo que en el marco del presente trabajo se ha denominado *discrecionalidad abusiva*.”

“La indeterminación del interés del niño hace difícil (en realidad imposible) eliminar márgenes discrecionales en las decisiones asociadas a su aplicación (algo considerado positivo por muchos autores), por ello no se pueden formular respuestas únicas en los casos considerados complejos y se requiere diferenciar cada una de las dimensiones en las que se aplica el interés del niño; y establecer una clara prohibición de interpretaciones “negativas” del ISN.”

Gregorio Aranda, Responsable de Políticas Locales de infancia de UNICEF España, en un post publicado en la página www.unicef.es, destaca diversas opiniones de niños sobre cómo entienden el interés superior del niño.⁵ Así:

“todo aquello que nos hace falta para estar bien: educación, amor, casas, necesidades...”.

- **Educación:** “En las aulas de los institutos pasamos frío y calor, **notamos la falta de profesores y su malestar**. Ahora han aprobado una nueva ley sin tener en cuenta nuestra opinión”.

- **Sanidad:** “Los niños, para estar sanos no solo necesitamos la asistencia médica, sino que también tenemos que tener salud mental para poder ser felices”. **“Debería haber más psicólogos y orientadores especializados** en colegios e institutos”.

- **Vivienda:** “Los niños no tenemos que sufrir las consecuencias de los adultos, por eso hemos votado que **para un desahucio se tienen que tener en cuenta si viven niños o no**”. “Pensamos que debería haber alquileres baratos de casas”.

- **Urbanismo:** **“A la hora de construir un colegio, plazas parques...** que son lugares

5. Tomado de <https://www.unicef.es/blog/que-es-eso-del-interes-superior-del-nino-ellos-opinan>. Consultado el 10 de febrero de 2019.

que utilizamos los niños, lo primero que tendrían que hacer es preguntárnoslo y **tener en cuenta nuestra opinión**". Los niños/as necesitan también que los adultos lleven una vida "plenamente ética", lo cual implica "hacer el máximo bien que podamos"⁶

Según el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, "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."

IV. NUESTRO CONCEPTO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ALGUNOS CARACTERES

Entendemos por interés superior del niño un dogma político - jurídico de construcción progresiva e imposible regresividad válida que, sustancialmente en la institucionalidad pública y de forma trascendente en la institucionalidad privada pertinente, justifica y debe justificar las acciones, gestiones y abstenciones de los órganos competentes o con capacidad para actuar, para tutelar de forma determinante y prevalente los bienes jurídicos de los niños y niñas.

Algunos de sus caracteres son los siguientes:

6. Prólogo de Peter Singer en su obra "Vivir éticamente" Editorial PAIDÓS, Bogotá. 2017. Página 9

- 1.- Su indeterminación abstracta cesa con la determinación de su contenido en cada caso concreto, y se materializa a través de la decisión de fondo.
- 2.- Como construcción conceptual que se determina o cualifica en cada caso en particular en que se lo invoca como fundamento para la respectiva decisión, está sujeto a control jurídico de las autoridades pertinentes.
- 3.- Se estructura sobre la base de prueba directa, como indiciaria
- 4.- Su solidez o fragilidad conceptuales dependen de la argumentación de la respectiva autoridad.
- 5.- Su pertinencia al caso concreto está sujeta a los elementos fácticos y jurídicos de éste.
- 6.- Su ámbito es básicamente administrativo, legislativo y judicial.
- 7.- En el Ecuador, constitucionalmente, es un principio. En efecto, el artículo 44 de la Constitución de la República establece lo siguiente:

“**Art. 44.-** El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.”
- 8.- Por su carácter constitucional prevalece sobre otros principios de inferior jerarquía, en caso de conflicto.
- 9.- Por su directa vinculación con los derechos humanos su aplicación es directa, sin importar la jerarquía normativa en que se encuentre ubicado el principio que nos ocupa.

V. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO⁷

La célebre Convención sobre los Derechos del Niño, la cual entiende por niño a “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”⁸, se refiere al interés superior del niño en los siguientes artículos:

Artículo 3

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

Artículo 9

D1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño (...)

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones

7. Tomado de <http://plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/la-convencion-de-los-derechos-de-la-infancia/convencion-sobre-los-derechos-del-nino-texto-oficial/>. Revisado el 18 de febrero de 2019.

8. Artículo 1.

comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño

Artículo 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado

Artículo 21

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial (...)

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

3. Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tenga en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: (...)

2. Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: (...)

3. Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación de sus padres o representantes legales;

VI. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Esta importante Ley ecuatoriana, publicada en el Registro Oficial No. 737 de enero 3 de 2003, precisa en el artículo 2 que sus normas “son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código”; mientras en el artículo 4 define que “Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad.”

En cuanto al contenido del interés superior del niño este Código delimita en el artículo 11, lo siguiente, conforme ya lo revisamos:

“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.”

Merece destacarse también de este Código el artículo 14, que señala:

“Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño.”⁹

9. Las otras disposiciones que tratan sobre el interés superior del niño son los artículos siguientes:

Art. 1.- Finalidad.- Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.

Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral.

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

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

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

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

Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

- 1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;
- 2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;
- 3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;
- 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;
- 5.- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,
- 6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales. La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral.

VII. EVOLUCIÓN DE SU CONTENIDO

En su Memoria para optar al Grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales, en la Universidad de Chile, titulada “**LA EVOLUCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: Hacia una evaluación y determinación objetiva**”¹⁰ Emilia Rivas Lagos destaca lo siguiente:

“En el acápite sobre aplicación del concepto en la Observación General N°14, el Comité (se refiere al COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS”) parte señalando que “el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta.” Para luego establecer que el procedimiento a seguir es “determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás”. A raíz de la definición es posible afirmar que el interés superior del niño asegura que se preste la atención debida a los derechos del niño logrando un equilibrio entre ellos, en función a las prioridades de cada caso. Para considerar los elementos fácticos, la Observación General N° 14 regula los términos evaluación y determinación que representan dos etapas consecutivas e interdependientes de la toma de decisión. A través de ellas se busca entablar un procedimiento por el cual hacer una recolección de información, la cual se tendrá que analizar para tomar la decisión que mejor satisfaga los derechos de ese niño. La Observación señala que la evaluación “consiste en valorar y sopesar todos los

Art. 111.- Limitación de la patria potestad.- Cuando lo aconseje el interés superior del hijo o hija, el Juez podrá decretar la limitación de la patria potestad, respecto de quien o quienes la ejerzan, restringiendo una o más funciones, mientras persistan las circunstancias que motivaron la medida, o por el tiempo que se señale en la misma resolución.

Art. 258.- Testimonio del niño, niña y adolescente ofendido.- En todo procedimiento, judicial o administrativo, el Juez o la autoridad competente, velará porque se respete el interés superior del niño, niña o adolescente que ha sido ofendido por la comisión de una infracción penal. El niño, niña o adolescente declararán sin juramento, ante la presencia de sus progenitores o guardador. De no tenerlos, el Juez designará y posesionará en el acto un curador especial, prefiriendo para el efecto a una persona de confianza del declarante.

La declaración deberá practicarse en forma reservada y en condiciones que respeten la intimidad, integridad física y emocional del niño, niña o adolescente. Las partes procesales podrán presenciar la declaración, si el Juez considera que no atenta contra el interés superior del niño, niña o adolescente. Terminada la declaración el Juez podrá autorizar el interrogatorio de las partes por su intermedio.

El Juez no permitirá que se formule las preguntas que contravengan las disposiciones de este artículo.

10. Año 2015. Santiago de Chile. Trabajo publicado en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135615/La-evoluci%C3%B3n-del-inter%C3%A9s-superior-del-ni%C3%B1o.pdf;sequence=1>. Revisado el 18 de febrero de 2019. Páginas 60, 61 y 62.

elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto.” Los elementos necesarios se refieren a las características específicas del niño de que se trate que lo hacen único como su edad, sexo, grado de madurez o contexto social y cultural (la presencia o ausencia de los padres o la calidad de la relación entre el niño y su familia) entre otros. Claramente la singularidad de cada caso llevará a tomar en cuenta ciertos elementos sobre otros, influyendo así en el proceso de ponderación que culminará con la determinación del interés superior.

El proceso de evaluación tiene como propósito la identificación de las consideraciones de hecho que se incorporan al juicio a través de la prueba(...).”

VIII. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

VIII.I. La opinión consultiva No. OC-17-2002

La Corte Interamericana en su opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,¹¹ determinó lo siguiente en el subtítulo del interés superior del niño¹²:

“56. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

57. 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

11. Tomado de http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es. Revisado el 18 de febrero de 2019.

12. Páginas 61 y 62.

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. (El subrayado no es del texto original)

58. El principio anterior se reitera y desarrolla en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (El subrayado no es del texto original)

[...] 59. Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes, si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

60. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.

61. En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño.”

En la parte dispositiva de la opinión consultiva la Corte, luego de declarar que para los efectos de dicha opinión “niño” o “menor de edad” “es toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley, en los términos del párrafo 42”¹³ determinó:

“1. Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.

2. Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

3. Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.

4. Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.

5. Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

6. Que para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones

13. Que dice: “En definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad.”

que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.

7. Que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.

8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.

9. Que los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales.

10. Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.

11. Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales

distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.

12. Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos 13 aplicables a quienes incurrir en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.

13. Que es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos.”

VIII.II. Dos casos dramáticos

VIII.II.I El Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, sentencia del 19 de noviembre de 1999¹⁴

La Corte, respecto de la violación del derecho a la integridad personal, destacó:

“148. En el escrito de demanda, la Comisión alegó que el Estado había violado el artículo 5 de la Convención Americana en perjuicio de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval y Jovito Josué Juárez Cifuentes como consecuencia de haber

¹⁴. Tomado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf. Revisado el 18 de febrero de 2019.

sido secuestrados por agentes del Estado, quienes “eran responsables de la integridad física de las víctimas mientras estaban [bajo] su custodia”.

149. Remarcó la Comisión que por la época en que ocurrieron los hechos de este caso, los llamados “niños de la calle” eran sometidos a varias formas de “abusos y persecuciones” por parte de “agentes de determinadas fuerzas de seguridad” del Estado, circunstancia que ya había sido puesta de manifiesto por parte de ese organismo interamericano en varios de sus informes.

150. Por su parte, en la oportunidad procesal de contestar la demanda, el Estado no esgrimió ninguna defensa relacionada con la violación del derecho a la integridad personal consagrado en la Convención Americana y, en particular, no controvertió que las víctimas hubieran sido torturadas (*supra*, párrs. 67 y 68).

151. En sus alegatos finales la Comisión sostuvo que los cuatro jóvenes víctimas de tortura fueron retenidos e incomunicados, situación que por sí misma necesariamente produce “gran ansiedad y sufrimiento”.

152. A continuación, hizo especial referencia a la corta edad de las víctimas de las torturas, dos de ellas menores, Julio Roberto Caal Sandoval de 15 años y Jovito Josué Juárez Cifuentes de 17 años de edad, y al hecho de que vivían en las calles.

153. La Comisión agregó, en esta oportunidad, que para las familias de las víctimas las circunstancias que rodearon la muerte de estos jóvenes habían sido una causa de sufrimiento. La forma en que los cuerpos fueron abandonados y la falta de respuestas acerca de lo sucedido causó en los familiares angustia y miedo. A criterio de la Comisión, surge de la prueba que las autoridades no intentaron comunicarse con las familias o darles mayor información una vez que se iniciaron las actuaciones.

154. En sus alegatos finales el Estado no se pronunció sobre el tema (*supra*, párrs. 67 y 68).

155. El artículo 5 de la Convención Americana establece que

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respecto debido a la dignidad inherente al ser humano.
[...]

156. La Corte considera que debe proceder al análisis de la violación de este artículo desde dos diversos ángulos. En primer lugar, debe examinar si existió o no violación del artículo 5.1 y 5.2 en perjuicio de los jóvenes Contreras, Figueroa Túnchez, Juárez Cifuentes y Caal Sandoval. En segundo lugar, la Corte valorará si los familiares de las víctimas fueron, por su parte, objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

157. Existen en el presente caso evidencias numerosas y concurrentes de que la integridad personal de los cuatro jóvenes mencionados fue vulnerada y de que ellos fueron víctimas de graves maltratos y de torturas físicas y psicológicas por parte de agentes del Estado y, más concretamente, por miembros de la Policía Nacional, antes de sufrir la muerte.

158. Los cuerpos de los jóvenes fueron encontrados sin vida con marcas graves de violencia física que el Estado no ha podido explicar. Obran en el expediente fotografías de las caras y los cuellos de los cadáveres de los jóvenes. En esas fotografías son bien visibles diversas heridas, incluidas las que dejaron los proyectiles que les causaron la muerte, y otras marcas de violencia física. Las cuatro autopsias mencionan la ubicación aproximada de las heridas de bala y en dos casos hacen referencia a otras lesiones evidentes en las fotografías, o localizadas en otras partes de los cuerpos, atribuyéndolas genéricamente a “mordeduras de animales”. No se precisa el tamaño de las heridas, su profundidad, el tipo de animal que pudo haberlas producido, ni la circunstancia de si ocurrieron antes o después de las muertes. Sobre las heridas en los cuerpos de los otros dos jóvenes no existe

en las autopsias ningún tipo de explicación.

159. En un informe de Amnistía Internacional incorporado al expediente (*supra*, párr. 59.c), que no fue objetado por el Estado, se señala que

los cadáveres presentaban signos de tortura: se les habían cortado las orejas y la lengua, y se les habían quemado o extraído los ojos. A [Caal Sandoval], además, parece que le habían echado algún líquido hirviendo sobre el pecho y la barbilla. Según la oficina del Procurador General, las mutilaciones de que habían sido objeto los cuatro se corresponden con el trato al que habitualmente somete la policía a los que informan contra este cuerpo de seguridad. La mutilación de las orejas, los ojos y la lengua significa que la persona había oído, visto o hablado sobre algo inconveniente.

(...)”

VIII.II.II. El Caso Bulacio Vs. Argentina, sentencia del 18 de septiembre de 2003¹⁵

En este caso la Corte determinó, entre otros, lo siguiente:

B) PRUEBA TESTIMONIAL Y PERICIAL

56. El 6 de marzo de 2003 la Corte recibió la declaración de la testigo y los dictámenes de las peritos ofrecidas por la Comisión Interamericana. A continuación, el Tribunal resume las partes relevantes de dichas declaraciones.

A) Testimonio de la señora Graciela Rosa Scavone, madre de la víctima

Al momento de los hechos, Walter David Bulacio tenía 17 años y estaba terminando la escuela secundaria. Era buen alumno y planeaba seguir la carrera de derecho y orientarse a la diplomacia. Además, trabajaba medio tiempo como *caddie* en un campo de golf. Su ingreso dependía de lo que sus clientes le dieran; sin embargo,

15. Tomado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf. Revisado el 18 de febrero de 2019.

“podría llegar a ser 20 pesos” diarios, que utilizaba, en parte, para apoyar a su familia.

El grupo familiar estaba compuesto por Víctor David Bulacio, padre de Walter David; la testigo, madre de Walter David; Lorena Beatriz Bulacio, hermana de Walter David; y Walter David Bulacio. Integraban una familia normal. Ambos padres trabajaban y mantenían el hogar.

Walter David salió el viernes 19 de abril de 1991 alrededor de las 8:00 p.m., a un recital de música. Aquél comentó a su madre que ese tipo de recitales generalmente se atrasaban y que si esto sucedía no iría esa noche a su casa, sino directamente a trabajar. Le dijo que se quedara tranquila y que al otro día, alrededor de las 6:00 p.m. de la tarde, volvería a su casa.

Ese sábado notó que Walter David no había pasado la noche en la casa. La declarante se dedicó a hacer las tareas del hogar. Alrededor de las 3:00 ó 4:00 p.m. llegó un muchacho, quien le dijo que se habían llevado preso a Walter David y que debían ir a buscarlo. Buscó a su marido en su trabajo y de allí fueron a la comisaría, donde les dijeron que Walter David estaba en otro lugar. Finalmente lo encontraron a las 11:00 p. m. ó 12:00 a.m. de ese mismo día, hospitalizado.

El cuerpo de Walter David está enterrado en un cementerio privado; en principio estuvo en uno público.

A partir de la muerte de su hermano, Lorena Beatriz Bulacio tuvo muchos problemas de salud. Padeció de una depresión muy profunda, luego tuvo bulimia y debió ser internada varias veces para salvar su vida. Actualmente tiene 26 años y es una joven que “no sale de su casa nunca”.

Víctor David Bulacio, el padre de Walter, era trabajador, y aportaba económicamente a la familia. Cuando sucedieron los hechos, enloqueció y su vida se derrumbó: comenzó a faltar al trabajo, hasta que sus empleadores lo despidieron, en razón de lo cual realizaba trabajos temporales; empezó a consumir drogas y se fue de su casa. No veía a su hija Lorena Beatriz, porque decía que le causaba mucho dolor verla a ella y a la testigo, y que “no podía soportarlo”.

Además Víctor David Bulacio tuvo algunas relaciones temporales con otras personas. Como producto de una de ellas tuvo a dos hijos: Matías Emanuel Bulacio y Tamara Florencia Bulacio, a quienes abandonaron éste y su nueva pareja. En estas circunstancias, Tamara Florencia, de dos años y medio, fue a vivir con la madre de Víctor David Bulacio y Matías Emanuel, de año y medio, con Lorena Beatriz Bulacio y la testigo. Estos niños permanecieron varios años como “NN”; antes de morir, el señor Víctor David Bulacio pidió que se reconociera su paternidad sobre ellos. Fue entonces que comenzaron a tramitar sus documentos. Actualmente, Tamara Florencia y Matías Emanuel están en trámite de adopción por parte de su abuela paterna y la testigo, respectivamente, porque su madre nunca más apareció. Hoy su suegra y la testigo son las representantes legales de Matías Emanuel y Tamara Florencia, respectivamente.

Víctor David Bulacio sufrió dos infartos y debió ser sometido a una operación aparentemente sencilla, luego de la cual murió. El propio médico explicó a la declarante que “su marido simplemente no quiso seguir viviendo. Cuando esto ocurrió faltaban pocos días para que se cumpliera el noveno aniversario de la muerte de Walter” David.

María Ramona Armas de Bulacio, abuela de Walter David, tenía en éste a su nieto favorito y sufrió mucho con su muerte. Se encargó de representar a la testigo cuando ésta sentía que ya no podía continuar viviendo, como, por ejemplo, en la participación en marchas.

La familia se derrumbó después de lo ocurrido a Walter David: algunos de los hermanos y hermanas de la testigo fallecieron como consecuencia de cuadros depresivos; y sus cuñados también sufrieron problemas de salud; una hermana de Víctor David Bulacio sufrió una embolia cerebral al poco tiempo de la muerte de Walter David.

La respuesta del Estado, a lo largo de estos años, fue poner en “tela de juicio la moralidad de la familia”. Se cuestionó qué clase de gente eran los integrantes de su familia y qué clase de persona era Walter David: un delincuente, un homosexual, un drogadicto. Padeció estas acusaciones respecto de Walter David por parte de un abogado del Estado durante una audiencia en un juzgado.

Lamentó muchísimo tener que llegar ante la Corte, porque hubiera querido que las cosas se solucionaran en su país. Solicitó a la Corte que, de ser posible, hiciera algo para que nunca más le suceda a un joven lo que le pasó a su hijo. Lo único que quiere es “justicia, nada más”. Respecto de los HECHOS PROBADOS, la Corte señaló, entre otros, lo siguiente:

HECHOS PROBADOS

1. en la época de los hechos, se llevaban a cabo prácticas policiales de detención indiscriminada, que incluían las denominadas *razzias*, las detenciones por averiguaciones de identidad y las detenciones conforme a edictos contravencionales de policía. El *Memorandum* 40 facultaba a los policías para decidir si se notificaba o no al juez de menores respecto de los niños o adolescentes detenidos;

B) Con respecto a Walter David Bulacio

2. Walter David Bulacio nació el 14 de noviembre de 1973 y vivía en la Provincia de Buenos Aires, Argentina; 69. La Corte ha examinado los elementos de prueba y los respectivos alegatos de las partes y, como resultado de ese examen, declara probados los siguientes hechos: A) *Con respecto a la práctica de detenciones masivas*

3. Walter David Bulacio estudiaba en un colegio y trabajaba como *caddie* en un campo de golf, en el que ganaba \$400 (cuatrocientos pesos), equivalentes a US\$400,00 (cuatrocientos dólares de los Estados Unidos de América) mensuales:

4. el 19 de abril de 1991, la Policía Federal Argentina realizó una detención colectiva, que comprendió al joven Walter David Bulacio, en las inmediaciones del estadio Obras Sanitarias de la Nación, donde se realizaba un concierto de música rock;

5. Walter David Bulacio murió el 26 de abril de 1991;

C) Con respecto a los recursos internos

6. la causa judicial seguida por las lesiones y muerte de Walter David Bulacio,

así como la referida a la detención de éste y otras personas, fueron objeto de diversas actuaciones judiciales, tales como inhibiciones, impugnaciones y recusaciones que han originado una dilación en el proceso. Entre las actuaciones judiciales destacan la separación y reunificación de la causa, sucesivos conflictos de competencia, los cuales han llegado incluso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, así como decisiones relacionadas con el sobreseimiento del imputado o de la causa en diversas oportunidades, y distintos recursos interpuestos en contra esas decisiones. A la fecha no existe un pronunciamiento firme por parte de las autoridades judiciales sobre el conjunto de los hechos investigados. Nadie ha sido sancionado como responsable de éstos;

D) Con respecto a la familia de Walter David Bulacio

7. los familiares de Walter David Bulacio eran Víctor David Bulacio, su padre; Graciela Rosa Scavone, su madre; Lorena Beatriz Bulacio, su hermana, y María Ramona Armas de Bulacio, su abuela paterna. Asimismo, dos medios hermanos, Matías Emanuel Bulacio y Tamara Florencia Bulacio, hijos de la segunda pareja de su padre, Víctor David Bulacio. Su padre, Víctor David Bulacio, falleció el 4 de abril de 2000;

8. el padre, la madre, la hermana y la abuela de Walter David Bulacio sufrieron daños materiales e inmateriales por la detención ilegal y la posterior muerte de Walter David. En este orden destaca lo siguiente:

a) ambos padres entraron en cuadros de depresión profunda. El padre perdió su trabajo y su capacidad de cuidar de sus hijos e intentó suicidarse en tres oportunidades diferentes;

b) Lorena Beatriz Bulacio, hermana de Walter David Bulacio, padeció de bulimia e intentó suicidarse en dos oportunidades. Hasta hoy sigue afectada psicológicamente por lo ocurrido a su hermano y al resto de su familia;

c) María Ramona Armas de Bulacio, quien tuvo una participación muy activa en la denuncia de los hechos que afectaron a su nieto, también sufrió graves consecuencias físicas y psicológicas; y

d) estas consecuencias en la salud física y psíquica de los familiares de Walter David Bulacio se han mantenido en el tiempo.

9. la impunidad que subsiste en este caso sigue causando sufrimiento a los familiares de Walter David Bulacio;

IX. LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. DOS CASOS

IX.I. Caso de tenencia resuelto por la Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición en el marco de una acción extraordinaria de protección, no obstante que tales acciones no pueden resolver lo de fondo por el respeto al principio de la independencia de la Función Judicial, pero que se explica en función del interés superior del niño, el principio de justicia material y el Estado constitucional de derechos y justicia

En el suplemento del Registro Oficial No. 552 de noviembre 10 de 2011 se publica el caso No. 0317-09-EP, sentencia No. 021-11-SEP-CC en el cual la Corte Constitucional indicada determina, entre otros, lo siguiente:

“Atendiendo el interés superior de la niña ... se otorga la tenencia a su madre, señora ..., disponiendo la inmediata entrega de la niña a su favor y, en consecuencia, su retorno al núcleo familiar materno, hecho para el cual la jueza de instancia deberá utilizar los mecanismos que le franquea la Constitución y la ley.” La fundamentación para tal decisión fue, en parte, la siguiente:

“(...)”

la separación de su madre debió ser justificada, es decir, debió probarse que la menor se encontraba en situación de vulnerabilidad, y no únicamente alegarse tal hecho, conforme consta en la demanda: “en la actualidad la madre de mi hija 19 ha incurrido en las siguientes causales mientras ha mantenido bajo su custodia a mi antedicha hija: 1. Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado, del hijo o hija; 5. Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a

seis meses; 6. Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y, 7. Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija”. Hecho que no ocurrió, puesto que la Jueza de Instancia en su fallo se remite a establecer la diferencia del entorno y lugar en el que se encontraba viviendo la menor en la ciudad de Guayaquil y el lugar donde vivía en la provincia de Manabí, hecho que fue determinante, a su entender, para otorgar la tenencia al demandante.

Al respecto, cabe señalar que a más de lo manifestado, no es justificable que la Jueza de Instancia conciba como sinónimo de bienestar la situación suntuaria en la que vive el padre, y a la que fue conducida la menor, pues recordemos que antes de su traslado a Portoviejo, la niña María José vivía con su madre en la Cdla. Garzota en la ciudad de Guayaquil, en condiciones normales, sin contar tampoco con las comodidades que se aprecian en el hogar del demandante, conforme consta en la propia sentencia. Cabe recordar lo dispuesto en el artículo 114 del Código de la Niñez y Adolescencia, que establece: “Art. 114.-Improcedencia de limitar, suspender o privar la patria potestad por razones económicas.- La circunstancia de carecer de suficientes recursos económicos no es causal para limitar, suspender o privar al padre o a la madre de la patria potestad. Tampoco se lo hará cuando por causa de migración motivada por necesidades económicas, el padre, la madre o ambos deban dejar temporalmente al hijo o hija bajo el cuidado de un pariente consanguíneo en toda la línea recta o hasta el cuarto grado de la línea colateral. En este caso sólo podrá suspenderse la patria potestad para efectos de confiar la tutela al pariente que recibió el encargo”. En este orden, se sustenta la improcedencia de concederle la tenencia al padre y privarle a la madre de su cuidado basados en la carencia de recursos económicos de la demandada, quien demuestra laborar en su taller de costura y contar con medios económicos para sostener a su familia.

Igualmente, la jueza de instancia en su fallo desconoce lo previsto en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, cuando se determina que en caso de falta de acuerdo de los progenitores para confiar la patria potestad, el cuidado de los hijos que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija. Además, de no considerar que en el caso de que ambos progenitores demuestren iguales condiciones se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior

del hijo o la hija. En el caso concreto, no ocurrió, conforme se señaló en líneas anteriores, puesto que si la jueza, a su entender, estimó que encargar la tenencia a la madre ocasionaba un perjuicio a los derechos de la niña, debió demostrar o sustentar su afirmación en hechos relevantes (conducta de los padres, edad de la niña, medio familiar, lazos afectivos) y no únicamente basarse en que el entorno del padre ofrece mejores condiciones. En este sentido, “es habitual que ante la separación de los padres, los hijos menores permanezcan conviviendo con la madre (...) Ello encuentra fundamento en que la mujer es quien, tradicionalmente, ha permanecido más tiempo en el hogar, se ha encargado de las tareas domésticas y de las correspondientes a la educación, cuidado y salud de los hijos”

De acuerdo con esta posición, el padre deberá continuar cumpliendo sus deberes de progenitor, contribuyendo económica y afectivamente con el desarrollo integral de la niña, por demostrar que tiene los medios suficientes para hacerlo y con la única finalidad de proteger sus derechos y procurar que continúe atendiendo sus necesidades materiales, psicológicas, afectivas, espirituales e intelectuales, más aún tomando en cuenta que es su obligación el cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de su hija, particularmente cuando los padres se encuentran separados por cualquier motivo, conforme lo previsto en el numeral 1 del artículo 69 de la Constitución de la República. Por tanto, se deja claro que el otorgamiento de la tenencia a favor de uno de los padres “no implica el cese para el otro del derecho - deber de supervisar la educación y demás condiciones de vida referidas a sus hijos menores. Por el contrario, tal situación supone el deber de vigilancia de las relaciones personales de los hijos y también el de comunicar al otro las situaciones que pueden resultar perjudiciales para ellos.

Con las argumentaciones emitidas, se colige que la decisión motivo de la presente acción se torna en una actuación judicial arbitraria, sin fundamento y violatoria de derechos. Al respecto, al considerar las circunstancias que rodean al caso y poniendo especial atención a la edad de la menor se evidencia vulneración de sus derechos fundamentales, a más del derecho al debido proceso de la accionante, por existir falta de motivación y contradicción de la normativa constitucional y legal.”

IX.II. Desconocimiento de la autoridad de los padres con ocasión de una decisión sobre el derecho a la vida sexual y reproductiva de los adolescentes

La Corte Constitucional en el caso No 0775-11-JP, sentencia No 003-18-PJO-CC del 27 de junio de 2018,¹⁶ relativa a los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes, definió, en nuestro concepto de forma errática e inconexa con la razón de la sentencia, **respecto de los niños y niñas**, que: “... aunque los adultos están legitimados a decidir sobre su cuidado, crianza, educación, entre otros, **ello no implica que los niños, niñas o adolescentes estén conminados al cumplimiento de sus opiniones.**”¹⁷ Caso contrario, dicha obligación se convertiría en un derecho de los adultos de imponer sus decisiones frente a sus hijos, hijas o los niños, niñas o adolescentes bajo su cuidado, convirtiéndose en la herramienta perfecta para perpetuar relaciones de poder lo que deslegitimaría absolutamente la consideración de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, para retomar el viejo paradigma de ser *objeto* de derechos.”

X. EL CASO ATALA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE

Emilia Rivas Lagos, en el importante trabajo ya referido relata el famoso caso ATALA resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Chile, en los siguientes términos.¹⁸

“En el año 2003, ante el Juzgado de Menores de Villarica, Ricardo López interpone demanda de cuidado personal en favor de sus tres de 8, 4 y 3 años, en contra de la madre de las niñas, Karen Atala, quien ostentaba el cuidado personal de las niñas. La presentación se funda principalmente en que la madre de las niñas, luego de haber declarado abiertamente su orientación homosexual, decide convivir con su pareja lesbiana y las niñas, lo cual a juicio del padre vulnera el desarrollo de sus hijas.

En cuanto al derecho, el demandante se apoya en el artículo 225 del Código Civil que antes de la reforma del año 2013, establecía que si los padres viven separados

¹⁶. Tomado de http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2018/003-18-PJO-CC/REL_SENTENCIA_003-18-PJO-CC.pdf. Revisado el 20 de febrero de 2019.

¹⁷. Las negrillas son mías.

¹⁸. Páginas 53 a 58.

a la madre le toca el cuidado personal de los hijos, igualmente otorgaba la posibilidad de que el padre ostentara el cuidado personal en caso que de común acuerdo así lo decidieran ambos padres. El precepto termina señalando que en todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. En relación a la causa calificada se corresponde con el artículo 42 de la ley N°16.618.

A la fecha de la presentación de la demanda existía una presunción acerca de la idoneidad de las habilidades parentales de toda madre de tal forma que se debía probar lo contrario. Si bien la disposición nombraba el interés superior del niño, ponía el acento en la competencia de los progenitores antes que en la discusión sobre qué beneficia más al hijo. Es más, si no se probaba causa calificada, el juez no podía traspasar el cuidado personal al otro progenitor, de manera que el interés superior del niño no era causa suficiente sino que debía estar acompañado de una causa calificada de inhabilidad de la madre. Un breve análisis del fallo respectivo da cuenta de esta situación, pues existen cuatro considerandos que tratan la supuesta inhabilidad de la madre, mientras que existe un solo considerando donde se trata el interés superior del niño y también un solo considerando donde se abarcan las supuestas habilidades parentales del demandante.

En la sentencia se hizo caso omiso al principio de especial protección y al principio de sujetos plenos de derechos, pues el intento fue francamente fallido. La autoridad judicial satisfizo el derecho de participación de las niñas regulado por el artículo 12° de la CDN, no obstante, los demás mecanismos de control judicial no surtieron efecto. La identificación de los derechos del niño para proporcionar de contenido concreto al interés superior del niño permite oponerse al abuso de poder y como afirma Miguel Cillero “el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos”. En otras palabras, el tribunal al no considerar abiertamente el interés superior, no consideró los derechos de los niños atinentes al caso.

Se resolvió el rechazo de la demanda presentada por el padre, señor López, y de forma subsidiaria se reguló un régimen de relación directa y regular. La sentencia

fue objeto de recurso de apelación el cuál confirmó lo resuelto por el tribunal de primera instancia. En vista de ello, el demandante interpuso recurso de queja ante la Corte Suprema por estimar que se privilegiaron los derechos de la madre sobre los de las niñas, haber faltado a su deber de proteger la vulnerabilidad de los menores y por haber transgredido los principios que regulan la prueba en derecho de familia.

La Corte Suprema acogió el recurso de queja, invalidando la sentencia apelada y la de primera instancia, declarando la tuición a favor del demandante. En la sentencia se señala que la preocupación fundamental de los padres es el interés del hijo, según el cual se atenderá de forma primordial por sobre otras consideraciones o derechos de los padres.

Respecto a esta afirmación, el tribunal colegiado estima que la madre al haber antepuesto su deseo de convivir abiertamente con su pareja homosexual interpuso su propio interés por sobre el de sus hijas. Esta decisión tuvo como efecto la exposición de las niñas al aislamiento y discriminación. En definitiva, el argumento principal de la Corte Suprema es que la orientación sexual de la madre afecta el interés superior de las tres niñas. La conclusión precedente se basa en que los tribunales inferiores concedieron a los informes psicológicos un valor probatorio superior al adecuado pues son elementos de la convicción que deben ponderar en conjunto con otras pruebas sin tener un valor en sí mismos. Se agrega que se prescindió totalmente de la prueba testimonial que acreditaba la discriminación que las niñas estaban padeciendo, como por ejemplo, la disminución de las visitas de sus amigas.

En vista de que la Corte Suprema acogió el recurso, Karen Atala, interpuso una demanda contra el Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La presentación pasó el examen de admisibilidad y la Comisión solicitó a la Corte Interamericana que se pronuncie sobre la violación de la protección a la honra y la dignidad, la protección a la familia, derechos del niño, igualdad ante la ley, garantías judiciales, protección judicial. Es preciso destacar que el objeto del juicio ante la CIDH no es abrir una nueva instancia en la cual debatir sobre la procedencia de la tuición a favor de uno de los progenitores o indagar sobre la valoración de la prueba. Su objeto es velar por el cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos estipuladas en la Convención Americana.

Como se aprecia de la lista de derechos indagados, el juicio ante la Corte Interamericana sobrepasa las pretensiones del presente trabajo, por lo que el análisis se reducirá a las consideraciones que digan relación con la evolución del interés superior del niño. Precedente se señaló que el proceso de identificación de los derechos en conflicto permite a la magistratura delimitar un marco normativo donde encontrar una solución ajustada a derecho. En el caso estudiado, la Corte Suprema no realizó esta identificación previa y como consecuencia se invocaron opiniones no jurídicas además de no considerar todos los derechos concernientes.

Respecto a la orientación sexual de la madre, legalmente no se establece como una causal de inhabilidad por lo que se debía comprobar que afectaba los derechos de las niñas. El problema es que no se acreditó que la madre desplegó conductas inmorales que afecten a sus hijas, por el contrario, la Corte Suprema se basó en suposiciones estereotipadas respecto a los homosexuales. Respecto a esto la CIDH señala que “la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarica no comprobaron en el caso en concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión”. El establecimiento de un marco normativo claro ayuda a controlar la injerencia de creencias sociales que, como el legislador no ha considerado pertinente regularlas, su utilización resultará siempre en una decisión arbitraria por no ajustarse a derecho. Francisco Rivero advierte que los estereotipos “son más frecuentes en el mundo del derecho de lo que puede parecer a primera vista y, por lo que aquí concierne, han condicionado en diferentes planos y ámbitos no pocas decisiones supuestamente en interés de los menores, pero adoptadas, sin embargo, a la sombra de aquellos prejuicios individuales y sociales y convicciones de los adultos en su personal visión del mundo y de los problemas de los menores”.

La identificación del interés superior del niño con los derechos del niño viene precisamente a erradicar concepciones no judiciales que influyen a la hora de determinar el interés en el caso concreto. De esta manera se abandona una concepción paternalista o autoritaria sobre el interés superior y se logra concebir como un instrumento para oponerse al abuso del poder. La equiparación entre interés y derecho permite controlar que el juez no constituya el interés superior

concreto según sus creencias políticas, religiosas o morales sino que deba atender al derecho legalmente sancionado. El proceso decisorio de la Corte Suprema se corresponde a lo que Miguel Cillero denomina un juez ‘un padre de familia’. La categorización es propia de un modelo de la situación irregular, pues se vieron a las niñas como objetos jurídicos valiosos de protección. Por el contrario un juez que mira a los niños como sujetos de derechos, hubiera considerado sus derechos a la hora de decidir antes que en estereotipos.

La segunda consecuencia de no delimitar un marco normativo es la posibilidad de relegar derechos que debieron haber sido considerados. A modo de ejemplo la Corte Suprema no hizo referencia al artículo 2º inciso 2º de la CDN que establece “los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”. Es decir, el tribunal nacional por estimar pertinente estereotipos intolerantes, no consideró todos los derechos del niño contradiciendo así el interés superior de las tres niñas pues no cumplió con la satisfacción de todos sus derechos. Asimismo, se hizo caso omiso al derecho de la madre a no ser discriminada por su orientación sexual, derecho consagrado en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República y el artículo 1º de la Convención Americana.

El caso omiso a los derechos de la madre se relaciona con la afirmación precedente que el interés superior del niño si bien debe ser considerado primordialmente no puede menoscabar el derecho de otra persona. Es por esto que la CIDH señaló que el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o del padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. Recordemos que el interés superior se encuentra limitado precisamente por la ley. Por tanto, presunciones infundadas acerca de la inhabilidad de Karen Atala para realizar sus labores de madre por su homosexualidad no pueden fundamentar una decisión que es contraria a lo legalmente sancionado. Por último, es importante destacar que al discriminar a la madre, también se vulnera el derecho de las niñas a tener la posibilidad de estar bajo el cuidado personal de ella. Una correcta utilización del interés superior del niño en el caso, hubiera permitido que la magistratura no se hubiera preocupado de indagar en la vida privada de los

progenitores más allá de las configuraciones de las causales impugnadas, y por el contrario, concentrarse en los presuntos perjuicios padecidos por las niñas.

La CIDH resolvió que el Estado de Chile es responsable por la violación de los derechos precedentemente enunciados. En relación al interés superior del niño, la Corte estimó que la decisión impugnada pretendía la protección del interés de las niñas pero no se probó que la motivación esgrimida fuera adecuada para alcanzar dicho fin dado que no se comprobó en el caso en concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés de las niñas y por el contrario se utilizaron argumentos abstractos estereotipados y discriminatorios en contra de ella.

Ciertamente el interés superior del niño se crea buscando buenas intenciones, sin embargo, no se detiene en aquellas intenciones. Por el contrario evoluciona hacia un concepto determinado por los derechos de los niños con tres funciones definidas recientemente por el comité...”

XI. BIBLIOGRAFIA

a) SERGIO TAMAYO YAÑEZ. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. ARA EDITORES. 2009. Perú. **b)** JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ. Orden público y arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el MERCOSUR, en http://www.limaarbitration.net/LAR2/jose_antonio_moreno_rodriguez.pdf.

c) FARITH SIMON CAMPAÑA. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: TÉCNICAS DE REDUCCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ABUSIVA. Ediciones IURIS DICTIO. 2014. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Ecuador.

d) PETER SINGER. VIVIR ÉTICAMENTE. PAIDÓS Estado y Sociedad. Colombia. 2017.

e) Gregorio Aranda, Responsable de Políticas Locales de infancia de UNICEF España, post publicado en <https://www.unicef.es/blog/que-es-eso-del-interes-superior-del-nino-ellos-opinan>.

f) Convención sobre los Derechos del Niño, en <http://plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/la-convencion-de-los-derechos-de-la-infancia/convencion-sobre-los-derechos-del-nino-texto-oficial/>.

g) Código de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial No. 737 de enero 3 de 2003.

h) EMILIA RIVAS LAGOS. LA EVOLUCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: Hacia una evaluación y determinación objetiva, en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135615/La-evoluci%C3%B3n-del-inter%C3%A9s-superior-del-ni%C3%B1o.pdf;sequence=1>.

i) OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es.

j) El Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, sentencia del 19 de noviembre de 1999 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf.

k) El Caso Bulacio Vs. Argentina, sentencia del 18 de septiembre de 2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf.

l) Caso No. 0317-09-EP, sentencia No. 021-11-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de Transición, en Registro Oficial No. 552 de noviembre 10 de 2011

m) Caso No 0775-11-JP, sentencia No 003-18-PJO-CC del 27 de junio de 2018 de la Corte Constitucional del Ecuador, en http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2018/003-18-PJO-CC/REL_SENTENCIA_003-18-PJO-CC.pdf.