



Breve análisis de algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia y los derechos de los niños

Farith Simon Campaña

CONTENIDO

Introducción.

Los tribunales de menores no dicen derecho.

Aplicación restringida del artículo 7 del Código de Menores.

El principio del interés superior del niño.

Aplicación progresiva de los derechos.

Conclusión.

A manera de introducción

En los últimos años varios fallos de la Corte Suprema de Justicia se han referido de manera directa a los derechos de la infancia y adolescencia; algunas de estas resoluciones inclusive han dado lugar a que se consideren tácitamente derogadas disposiciones del ordenamiento jurídico secundario, por estimar que están en contradicción con las disposiciones constitucionales referentes a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

De especial relevancia son los fallos relacionados a la declaración judicial de paternidad (como se puede revisar en extenso en el bien logrado artículo de Lorena Cascante contenido en el número anterior de esta revista¹) ya que introducen dos innovaciones esenciales al sistema jurídico: a) establecen un valor probatorio superior a la prueba de ADN (ácido desoxirribonucleico), y b) derogan tácitamente aquellas exigencias establecidas en los artículos 267 y 268 del Código Civil² en las que se señalan como requisitos para la declaración judicial de paternidad la prueba de la conducta observada por ellos (los progenitores) durante la época de concepción, además de la prueba de la posible relación sexual.

En el caso del valor probatorio que se asigna al examen de ADN la consideración esencial que realiza el juzgador es de carácter científico Dado el avance de la ciencia en la actualidad cuando se trata del establecimiento de la filiación, si se practica un examen genético el informe pericial es definitivo, ya que el porcentaje de probabilidad es casi del cien por cien, por lo que su conclusión debería ser obligatorio para el juzgador de instancia.³

En el caso de la derogación tácita de los numerales tercero, cuarto y quinto del artículo 267, y en consecuencia del artículo 268 del Código Civil, la consideración esencial es referente a la protección de los derechos de la infancia y adolescencia, al establecer:

...que las disposiciones limitantes...han quedado tácitamente derogadas por ser contrarias al principio constitucional contenido en el artículo 48 de la Constitución Política del Estado y que en todo caso en que se pruebe dentro del proceso que la madre tuvo relaciones con el presunto padre y sólo con él durante la época de la concepción, el Juez está en el deber de declarar la paternidad, sin hacer distinciones odiosas y en forma sencilla, e inclusive para el perfecto esclarecimiento de la cuestión dispondrá de oficio, como diligencia para mejor proveer el examen de histocompatibilidad, cuando ello sea posible atendiendo a la capacidad económica de las partes, al tenor de lo que dispone el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil...ya que de esta manera se hace efectiva la garantía consagrada en la norma constitucional antes citada, que dice: Será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicará el principio de interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás.⁴ (el subrayado es nuestro).

Si combinamos las consideraciones antes señaladas y lo expresado en un reciente fallo de la Primera Sala Civil y Mercantil en el que se establece que: *Pretender interpretar el artículo 267 del Código Civil como lo hace el recurrente, en el sentido de que se puede investigar la paternidad únicamente si se prueban las situaciones fácticas contempladas en esta norma, y sostener esta tesis en una época en que cabe la concepción sin siquiera la realización de la cópula mediante las técnicas de reproducción asistida, sería inconstitucional...*⁵ (el subrayado es nuestro), tendríamos que colegir que basta el examen favorable de ADN, practicado conforme a derecho e incorporado al proceso de la misma manera, para que el juez declare judicialmente la paternidad.⁶

No podemos dejar de resaltar la profundidad y rigurosidad de algunos de los fallos analizados y la importancia de que en los mismos se concreten los principios y garantías de los derechos de la infancia; sin embargo nos parece que existe, en algunos casos, una interpretación restrictiva de ciertos aspectos de los derechos.

En este artículo nos interesa analizar, desde la perspectiva de los derechos de los niños, tres aspectos de los fallos de la Corte Suprema: la consideración de que los tribunales de menores *no dicen derecho*; la aplicación restringida del artículo 7 del Código de Menores; y, la interpretación del principio del interés superior del niño. En lo que se refiere a este último tema se presentarán algunas consideraciones de carácter inicial, ya que creemos que su importancia justifica un análisis posterior más profundo.

I. LOS TRIBUNALES DE MENORES NO DICEN DERECHO

En el considerando décimo quinto del fallo antes citado se realiza el siguiente análisis:⁷

En relación al vicio imputado de que el fallo viola los artículos 1 y 7 del Código de Menores, debe observarse que la primera norma citada es de naturaleza enunciativa, contiene una tesis, un supuesto, que debe completarse con una consecuencia; un efecto, para que exista la proposición jurídica completa, de manera que debe analizarse en el caso propuesto conjuntamente con la segunda norma citada; ahora bien, el artículo 7 del Código de Menores es de aplicación restringida, es un efecto aplicable única y exclusivamente a los casos sujetos a conocimiento y resolución del Servicio Nacional de Menores, y ello se debe a la naturaleza especial de los procesos de menores y efectos peculiarísimos de las resoluciones que se dicten dentro de los mismos, en que no 'se dice el derecho', sino que se adoptan medidas urgentes en protección del menor, a diferencia de los procesos de conocimiento resueltos por los jueces civiles en que 'se dice el derecho'; por ello las resoluciones del Tribunal de Menores no causan efecto de cosa juzgada sustancial en el ámbito civil, mientras que las sentencias que dictan los jueces civiles sí lo tienen en el ámbito de menores, como lo demuestra el artículo 72 literal c) del Código de Menores. Los jueces deben velar por la protección a los menores y porque tengan vigencia sus derechos fundamentales, cuidando que los procesos se sustancien con estricto apego a la ley y con la mayor celeridad; pero ello no implica que los jueces se hallen en la obligación de fallar a favor de los menores en todas las demandas que se propongan a su nombre, sino solamente en aquellas en que, por los méritos del proceso, aparezca probado su derecho... (el subrayado es nuestro).

Estamos totalmente de acuerdo con el análisis que se realiza en el fallo, respecto al papel de los jueces, en relación a los derechos, éstos *deben velar por la protección a los menores y porque tengan vigencia sus derechos fundamentales, cuidando que los procesos se sustancien con estricto apego a la ley y con la mayor celeridad; pero ello no implica que los jueces se hallen en la obligación de fallar a favor de los menores en todas las demandas que se propongan a su nombre, sino solamente en aquellas en que, por los méritos del proceso, aparezca probado su derecho,* y respecto al efecto de los fallos de los tribunales de meno-

res en los juzgados civiles, en cuanto estos no causan cosa juzgada sustancial, sin embargo no concordamos con la primera parte del fallo que afirma que en los tribunales de menores *no se dice derecho*.

No hay duda de que los tribunales de menores (y las Cortes Distritales) tienen en la actualidad competencias propias de la actividad de un juez, algunas compartidas con otras jurisdicciones (alimentos, trabajo, patria potestad, maltrato, etc.), estas competencias jurisdiccionales se encuentran confundidas con algunas de carácter social derivadas, entre otras, de la aplicación de los numerales 5, 6, 10 y 14 del artículo 220⁸ del Código de Menores, para las cuales se podría considerar aplicable lo dicho por la Corte Suprema, en cuanto los tribunales de menores y las Cortes Distritales *no dicen derecho*.

Si utilizamos el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil como referencia para definir la tarea jurisdiccional *La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados o jueces establecidos por las leyes*, no queda duda que los tribunales de menores y las Cortes Distritales ejercen jurisdicción.

La consideración de que algunas de las competencias de los tribunales de menores son de naturaleza jurisdiccional llevó a la Asamblea Nacional Constituyente, en cumplimiento del principio de la unidad jurisdiccional y en reconocimiento de que los niños y adolescentes son titulares de todas las garantías constitucionales, a establecer la necesidad de que exista una administración de justicia especializada al interior de la Función Judicial (nótese que el artículo 51 de la Constitución habla de *especializada* no de *especial*). Hasta que se de la reorganización, los tribunales de menores no están exentos de respetar y cumplir con las normas constitucionales especialmente las referidas al debido proceso contenidas en el artículo 24 de la Carta Fundamental, y su actuación debe hacerse partiendo del hecho que la Constitución de 1998 reconoce a las personas menores de 18 años todos los derechos, además de los específicos de su edad (arts. 6 y 49).

Por supuesto, esta disposición no puede ser entendida como una determinación del paso del Servicio Judicial de Menores,⁹ como se encuentra organizado actualmente, a la Función Judicial. Uno de los elementos a considerar es que la Corte Nacional de Menores no ejerce ninguna competencia de carácter jurisdiccional, sino exclusivamente de naturaleza administrativa como se puede verificar al leer sus funciones en el artículo 209 del Código de Menores.¹⁰

Hay que considerar que cualquier modificación a la institucionalidad referida a los derechos de los niños debe hacerse en el marco del establecimiento de un sistema nacional descentralizado de protección integral para la niñez y la adolescencia, encargado de asegurar el ejercicio y garantía de sus derechos (art. 52 de la Constitución), que debe asumir las responsabilidades de protección social, dejando las de naturaleza y contenido jurisdiccional a la administración de justicia.

Lamentablemente el alcance del presente artículo impide realizar un examen exhaustivo del Servicio Judicial de Menores, pero no tenemos duda de la necesidad de que éste tenga una profunda transformación en todo sentido, en especial en lo que se refiere a sus competencias, compo-

ción y estructura, de forma que se cumpla con las disposiciones y exigencias constitucionales y de los instrumentos internacionales sobre los derechos de la infancia y adolescencia como concluyen los estudios que sobre los tribunales de menores y su compatibilidad con la Convención sobre los Derechos de los Niños se han realizado en el país.¹¹ Creemos que el país no puede mantener un modelo institucional creado en 1899 (año en que aparece el primer tribunal de menores en Chicago-Illinois) y que ha sido abandonado a nivel universal por ser incompatible con el reconocimiento de que niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derechos, y por tanto, titulares de las garantías del debido proceso.

En conclusión, creemos que la afirmación de que los tribunales de menores *no dicen derecho* podría ser interpretado como una forma de restricción de las garantías del debido proceso cuando se toman medidas de protección. Esto en principio podría ser evaluado como positivo usando consideraciones de rapidez y eficiencia, pero a la larga se convierte en una forma de limitar la aplicación de derechos constitucionalmente reconocidos a todos los habitantes del país, interpretación que obviamente contraría un principio general de derechos humanos contenido en el artículo 18 de la Constitución:

Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos... Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Creemos que el fallo cuando analiza *las medidas urgentes en protección del menor* no las está considerando como una forma concreta de garantía de los derechos, por medio de una actividad concreta de las autoridades en cumplimiento de una obligación del Estado, así como de la sociedad y la familia, de acuerdo al artículo 48 de la Constitución. Parecería que la Sala considera a las *medidas de protección* como una indeterminada y difusa actuación de *tutela personal* por parte de las autoridades. Basta citar la norma del artículo 16 de la Carta Fundamental, *El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución*, para justificar el hecho de que las *medidas urgentes* deben dictarse respetando los derechos y garantías constitucionales y considerando que sus efectos deben estar dirigidos a restituir o proteger los derechos violados o amenazados.

Es tan relevante el respeto de las garantías del debido proceso en la toma de medidas de protección, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha solicitado una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación de los artículos 8 y 25 (garantías del debido proceso) de la Convención Americana de Derechos Humanos, a los procesos en que se determinen medidas de protección.

II. APLICACIÓN RESTRINGIDA DEL ARTÍCULO 7 DEL CÓDIGO DE MENORES

Consideramos que la Corte Suprema, en el fallo N° 83-99 de 11 de febrero de 1999, dictado dentro del recurso de casación No. 170-97, publicado en el R.O. 159 de 29 de marzo de 1999, establece que *el artículo 7 del Código de Menores* es de aplicación restringida a los tribunales de menores se refiere exclusivamente a la primera parte de la norma de la referencia: *Los casos sujetos a conocimiento y resolución del Servicio Judicial de Menores, serán tratados como problemas humanos y no como litigios...* (el subrayado es nuestro).

Este principio es un anacronismo heredado de una época marcada por dos hechos: la judicialización¹² de las políticas sociales relativas a la infancia, y la consideración de los niños como *objetos* de protección. El respeto a las garantías del debido proceso, que se expresan en algunas formalidades, eran un limitante para resolver de manera rápida esos casos.¹³ Toda la institucionalidad sobre la infancia, en la práctica, se sustentaba en la actuación de las estructuras jurisdiccionales, por tanto, se requería de formulas pseudo-protectoras que facilitaran una intervención, además de rápida, ilimitada, ya que los menores de edad eran considerados como *objetos* de protección y tutela por parte del Estado. A contramano, es justo decir, que se debe guardar un equilibrio entre el respeto a las garantías y la necesidad de eficiencia en las medidas.

De manera posterior, a los tribunales de menores se les fue atribuyendo competencias propias de la Función Judicial, esto debido al reconocimiento de que la administración de justicia era en exceso lenta. En nuestra opinión la pretendida *rapidez* con la que se resuelven los casos en los tribunales de menores se deben fundamentalmente a ciertas soluciones de carácter procesal, que vuelven inútiles las prácticas usuales que buscan el retardo de las causas y no a su estructura y composición, peor aún a la aplicación del principio analizado.

En nuestra opinión, el principio del *interés superior del niño*, en la administración de justicia debería expresarse fundamentalmente en dos aspectos:¹⁴

- 1) En la necesidad de respeto a las garantías del debido proceso, las cuales únicamente pueden ser restringidas cuando son de utilidad evidente para la protección de los derechos, por ejemplo, la reserva del proceso para terceros no involucrados; y,
- 2) En el desarrollo de una actividad probatoria destinada a desentrañar la verdad sustancial y no únicamente la verdad formal-procesal. Esto se traduce en la posibilidad de que el juez solicite de oficio las pruebas (al margen de la actividad probatoria de las partes) que considere necesarias para tener los elementos de juicio suficientes para fallar de acuerdo a los hechos,¹⁵ pero en ningún caso, como lo expresa la Corte Suprema... *implica que los jueces se hallen en la obligación de fallar a favor de los menores en todas las demandas que se propongan a su nombre, sino solamente en aquellas en que, por los méritos del proceso, aparezca probado su derecho.*¹⁶

En cuanto, a la segunda parte del artículo 7 del Código de Menores, que se refiere al reconocimiento de que en los casos que ...*tengan que ver con menores pertenecientes a minorías étnicas o comunidades indígenas, se observarán, además de los principios contemplados en este Código, sus usos, costumbres y tradiciones y en lo posible, se consultará con las autoridades tradicionales de la comunidad a la cual pertenece el menor. Si una autoridad tradicional ha tomado una medida en el asunto a conocer, el tribunal deberá tomarla en cuenta y evaluarla en relación al interés superior del menor.*

Los tres elementos presentes en el segundo párrafo del artículo 7 se encuentran reconocidos a nivel constitucional: el principio del interés superior; el reconocimiento de que las nacionalidades y pueblos indígenas tienen derecho a vivir de acuerdo a sus usos y costumbres (siempre que no estén en contra de la Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos); y, el reconocimiento de la existencia de autoridades tradicionales (arts. 81 y 191).

En conclusión, no es coherente interpretar que la Corte Suprema haya querido limitar disposiciones constitucionales al ámbito exclusivo de los tribunales de menores; al contrario, la primera parte del artículo 7, en la actualidad no podría ser aplicada al margen de las garantías del debido proceso.

III. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Como se dijo anteriormente éste es un principio fundamental en relación a la infancia y adolescencia, pero criticado fuertemente por algunos sectores que consideran que es una forma de debilitamiento de los derechos, ya que incorpora una *cláusula abierta* que podría ser interpretada de manera que restrinja los derechos: *La crítica más frecuentemente expresada por los expertos señala que se trata de un principio abierto o indeterminado. En otras palabras, su aplicación en situaciones concretas no va a conducir necesariamente a un resultado predecible. El problema reside en cómo identificar los criterios que habrá de seguir para evaluar las opciones alternativas que se le ofrecen a la persona que tiene que tomar la decisión cuando pretende actuar en defensa del interés superior del niño.*¹⁷

Otro elemento de esta *indeterminación* es el reconocimiento de la diversidad cultural y de la existencia de diferentes prácticas y pautas culturales en la crianza y cuidado de los niños y niñas. Si se lee el principio de manera *abierta* provocaría que cada comunidad, que cada persona, interprete los derechos de acuerdo a lo que considere, desde la subjetividad, lo más conveniente para cada niño o niña.

Hay que recordar que el origen del principio se ubica en el derecho de familia y se resume en una fórmula sencilla: si en un caso se enfrentan los derechos de los niños con los derechos de los adultos, la resolución debería favorecer los derechos de los primeros.¹⁸

Como lo señala Philip Alston: *...a comienzos del siglo XX el derecho consuetudinario trataba el principio (del interés superior) como la consideración principal en los conflictos de patria potestad. En consecuencia, la legislación reflejó esta nueva orientación. Así la Ley de Tutela de Menores de 1925 disponía que, en la adopción de decisiones relativas a la tutela y crianza de los niños, los tribunales tenían que hacer del bienestar del niño 'la primera y primordial consideración.'*¹⁹

A raíz de la incorporación del principio del interés superior en la Constitución y en la Convención sobre los Derechos del Niño, éste debe interpretarse en el marco de los derechos. En otras palabras, los derechos de los niños y niñas son sus *intereses*, por lo tanto cuando nos referimos al interés superior lo hacemos a la búsqueda de vigencia efectiva de esos derechos, y no a una consideración *vaga e indeterminada* que se constituye por lo que un juez autoritario/paternalista resuelva.

En concreto nos interesa resaltar los tres posibles usos del principio, por parte de la administración de justicia:

- 1) Sirve para resolver casos en los que existe colisión de los derechos del propio niño, es decir, en aquellas situaciones donde es necesario que se resuelva la limitación de algún derecho en favor de otros derechos. Por ejemplo, en los casos de maltrato intrafamiliar, los fallos deben resolver entre el derecho del niño a la integridad física y a estar libre de malos tratos, y el derecho del mismo niño a vivir en familia. La pauta que se propone para resolver este conflicto es que la medida que se tome deberá considerar la limitación del menor número de derechos, por el menor tiempo posible, de manera que la medida asegure la vigencia del mayor número de derechos y la restitución rápida de los derechos limitados.
- 2) Cuando se enfrenta el derecho del niño con los derechos de otras personas, en principio prima el derecho del primero.²⁰ Sin embargo este principio no puede ser considerado como una forma de negación de los derechos de los demás sujetos, esto exige considerar cada caso en particular y el derecho en juego, es decir el valor del bien jurídico protegido. Por otro lado en algunos casos los derechos del niño se enfrentan a derechos colectivos; aquí la aplicación del principio se vuelve más compleja, en este caso también se debería usar la regla anterior: en ningún caso se podrá legitimar violaciones a los derechos en nombre de los derechos colectivos.
- 3) Un tercer uso del principio permitiría resolver situaciones en las que no se cuenta con un marco normativo que lo recoja expresamente. En este plano se convierte en una norma de aplicación concreta, no solo una consideración.

En los fallos de la Corte Suprema sobre paternidad se ha usado el principio como consideración al resolver los casos, y como forma de prevalencia de los derechos de los niños.

En los fallos en que se usa como fundamento el principio, en general se lo hace por la vía de citar al artículo 48 de la Constitución:²¹

*Es oportuno destacar que las disposiciones del Código Civil sobre declaraciones judiciales de la paternidad fueron expedidas en una época plagada de prejuicios en contra de la filiación de los niños concebidos fuera del matrimonio y en que la ciencia no había logrado encontrar medios idóneos para la investigación biológica de la paternidad; el niño prácticamente era un objeto de la relación jurídica de esa investigación; los verdaderos sujetos de la relación eran los padres... Esta Sala considera que las disposiciones limitantes ... han quedado derogadas tácitamente por ser contrarias al principio constitucional contenido en el artículo 48 de la Constitución Política del Estado.*²²

En cuanto a la *prevalencia de los derechos* la Corte Suprema ha sido muy clara, como lo dijimos anteriormente,

en interpretar que la misma signifique negación de los derechos de las otras personas y en particular que releve del cumplimiento de las garantías procesales:

*el principio de (sic) interés superior de los niños y sus derechos, que prevalecerán sobre los demás, es necesario destacar, que ciertamente la Constitución Política de la República del Ecuador contiene aquel precepto fundamental; pero esto no quiere decir que para proteger los intereses del niño y sus derechos ha de declararse como padre a cualquier persona, porque la declaratoria judicial de paternidad tiene efectos trascendentales, como el de la ciudadanía prevista por la Constitución. De ella resulta además el parentesco no solo entre el padre y el hijo sino también con los parientes del padre una vez que la filiación integra al hijo a toda la familia; de allí que la declaración judicial al respecto debe hacerse en base de medios de prueba ciertos e indubitables.*²³

IV. APLICACIÓN PROGRESIVA DE LOS DERECHOS

En el fallo de 8 de noviembre de 2001 sobre el mismo tema de la declaración judicial de paternidad, la Corte realiza varias aportaciones adicionales a la interpretación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes:

1) Por primera vez se relaciona a la declaración judicial de paternidad con un derecho específico, en este caso el derecho a la identidad, superando la acostumbrada mención general al artículo 48;

Se reitera el hecho de que la normativa actual sobre derechos de los niños (en este caso el fallo se refiere a la normativa sobre declaración judicial de paternidad) supera la visión, que se contiene en varias disposiciones del Código Civil, y en otros cuerpos normativos relacionados, en los que se trata a los niños como *objetos*. La conclusión de la Corte Suprema se podría ampliar a temas tales como la tenencia, visitas, y la patria potestad, los mismos que tampoco fueron sustancialmente considerados desde esta perspectiva en el Código de Menores vigente.²⁴

Para probar esta afirmación citaremos, como ejemplo, lo que establece el artículo 63 de dicho instrumento en cuanto al régimen de visitas: *No se prohibirá al padre o madre, de cuyo cuidado personal hubieran sido sacados los hijos, visitar o recibir la visita de éstos en la forma, la frecuencia y libertad que el tribunal estime convenientes...* (el subrayado es nuestro). Es decir, la norma habla del derecho del *padre y la madre* a mantener contacto con sus hijos cuando se encuentran separados. Al contrario la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 9 numeral 3 establece que *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.* (el subrayado es nuestro).

2) El fallo establece que la normas que se relacionan a los derechos de los niños desarrollan *una garantía fundamental* y de acuerdo a lo prescrito en el artículo 18 de la Constitución se debe estar *a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia*, y cita en específico un efecto de esta norma que es la interpretación progresiva de los derechos.

3) Por nuestra interpretación, de que el principio del interés superior del niño se concreta en la búsqueda del respeto y la vigencia de los derechos, no estamos de acuerdo con que la Corte haya considerado al principio del interés superior y al derecho a la identidad como dos aspectos totalmente diferentes, como se puede verificar en la siguiente cita: *aceptar el argumento del recurrente atentaría contra el interés superior del niño y su derecho a tener una identidad.*²⁵

Creemos de utilidad reproducir la parte pertinente del fallo aquí estudiado, porque creemos que el mismo, como se dijo antes, es un aporte a la teoría y la práctica de los derechos de los niños y niñas:

*...la ciencia ha descubierto que la paternidad de un niño es posible determinar prácticamente con total certeza a través de la prueba del ADN.- Los preceptos legales por un lado, y la ciencia, por otro, han convertido en obsoletas las reglas rígidas para la declaración judicial de la paternidad del Código Civil.- Los códigos modernos de otros países que contenían normas iguales o similares al nuestro, las han modificado radicalmente.- Es hora de que nuestra legislación siga esa corriente y establezca reglas actualizadas y precisas para el efecto.- Sin embargo, estimamos que para la declaración judicial de la paternidad los jueces y tribunales de la Función Judicial, en aplicación de los instrumentos legales citados, que han reformado tácitamente las disposiciones referidas del Código Civil, así como también de conformidad con las reglas de la sana crítica previstas por el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, uno de cuyos componentes son las bases científicas y, que tratándose de la declaración judicial de la paternidad, es la prevalencia de los dictámenes periciales basados en el examen de ADN... En este sentido, es precisa la disposición constitucional contenida en el inciso segundo del artículo 49 de la Carta Política: "Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten." Pretender interpretar el artículo 267 del Código Civil como lo hace el recurrente, en el sentido de que se puede investigar la paternidad únicamente si se prueban las situaciones fácticas contempladas en esta norma, y sostener esta tesis en una época en que cabe la concepción sin siquiera la realización de la cópula mediante las técnicas de reproducción asistida, sería inconstitucional, porque tal forma de interpretación atentaría contra el interés superior del niño y su derecho a tener una identidad, olvidando que toda norma que desarrolla una garantía fundamental debe interpretarse progresivamente y mirando la finalidad que persigue al tenor de lo que dispone el artículo 18 inciso segundo de la Constitución Política de la República..."*²⁶

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN PROVISIONAL

Creemos que la Corte Suprema de Justicia, especialmente la Primera Sala Civil y Mercantil, está realizando contribuciones significativas para la protección y garantía de los derechos de la infancia desde la administración de justicia, al interpretar en un sentido progresivo lo dispuesto por la Constitución Política de la República y en los instrumentos de la materia ratificados por nuestro país, en especial la Convención sobre los Derechos de los Niños; sin embargo hay algunos elementos de estos fallos que consideramos contradicen esta búsqueda, especialmente por un uso limitado de los principios generales que informan a los derechos humanos en general, y a los derechos de los niños en particular.

BIBLIOGRAFÍA

Lorena Cascante *Eficacia de la prueba del ADN en los juicios por declaración judicial de la paternidad*. Revista Iuris Dictio, del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Año II, No. 4. Agosto 2001.

Alberto Wray *La observancia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Administración de Justicia*. Projusticia-Unicef. 1998.

Philip Alston. *El interés superior del niño: hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales*. UNICEF. 1996.

Daniel O'Donnel (1990). *La Convención sobre Derechos del Niño: Estructura y contenido*. En: INFANCIA, Boletín del IIN. N° 230. Tomo 63, julio, Montevideo. p. 11.

Miguel Cillero. *El interés superior del niño*. Publicado en Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Editorial Depalma y Temis. Bogotá y Buenos Aires. Segunda Edición. 2000.

Expediente No. 310-2000, Primera Sala, R.O. 140, 14-VIII-2000.

Expediente No. 83-99, Primera Sala Civil y Mercantil, R.O. 159, 30-III-99.

Resolución No. 367 de 8 de noviembre de 2001

Expediente No. 464-99, Primera Sala, R.O. 332, 3-XII-99.

Resolución No. 367 de 8 de noviembre de 2001.

Constitución Política de la República.

Código de Menores.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Código de Procedimiento Civil.

NOTAS

1. Lorena Cascante. *Eficacia de la prueba del ADN en los juicios por declaración judicial de la paternidad*. Revista Iuris Dictio, del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Año II, No. 4. agosto 2001.
2. Art. 267.- *La paternidad puede ser judicialmente declarada en los casos siguientes:*
 - 1o.- *Si notificado el supuesto padre, a petición del hijo, para que declare con juramento ante el juez, si cree ser tal padre, lo confiesa expresamente;*
 - 2o.- *En los casos de raptó, violación, detención o secuestro personal arbitrario de la madre, siempre que hubiese sido posible la concepción mientras la raptada estuvo en poder del raptor o durante el secuestro;*
 - 3o.- *En el caso de seducción realizada con ayuda de maniobras dolosas, con abuso de cualquier clase de autoridad, o promesa de matrimonio;*
 - 4o.- *En el caso en que el presunto padre y la madre, hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción; y,*
 - 5o.- *En el caso en que el supuesto padre ha provisto o participado en el sostenimiento y educación del hijo, siempre que, con audiencia del supuesto padre, se probare que lo hizo en calidad de padre.*
3. Art. 268.- *Sin perjuicio de los otros medios de defensa, será rechazada la demanda fundada en los cuatro últimos casos del artículo anterior, si se prueba que durante el período legal de la concepción la madre era de mala conducta notoria, o tenía relaciones de tal naturaleza que hagan presumible el trato carnal con otro individuo.*
3. Expediente No. 83-99, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. 159, 30-de marzo de-1999.
4. Expediente No. 83-99, Primera Sala Civil y Mercantil, R.O. 159, 30-de marzo de-1999; Resolución No. 367 de 8 de noviembre de 2001; Expediente No. 310-2000, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. 140, 14-de agosto de-2000.
5. Resolución 367 del 8 de noviembre de 2001.
6. Nos parece que se debe matizar lo dicho por Corte Suprema de Justicia, ya que debería diferenciarse dos antecedentes: si la concepción se ha producido por medios naturales, relación sexual, bastaría la prueba del ADN, si la concepción se ha dado por medios científico-técnicos (reproducción asistida) sería necesario presentar pruebas respecto a la intencionalidad o no de la reproducción por parte de la persona dueña del material genético. Si se podría declarar la paternidad respecto a los donantes de esperma sería desvirtuar totalmente la intencionalidad del procedimiento científico y la voluntad de una de las partes, lo que podría prestarse a serios abusos.
7. Expediente No. 83-99.
8. 5.- *Dictar de inmediato las medidas precautelatorias, cuando las circunstancias lo exijan, para garantizar debidamente la integridad física, los derechos y bienes de los menores;* 6.- *Visitar periódicamente los establecimientos públicos y privados de protec-*

NOTAS

ción o rehabilitación de menores de su circunscripción, con el fin de orientar y vigilar sus labores. Debiendo informar de dichas visitas a la Corte Distrital de Menores con copia a la Dirección Nacional de Menores; 10.- Coordinar la aplicación de la Ley en favor de los menores con las organizaciones públicas y privadas vinculadas a la protección, defensa y rehabilitación de los menores; 14.- Difundir y promocionar por los medios a su alcance los derechos de los menores y las instituciones de protección que este Código establece y la forma en que la comunidad puede acceder a ellos

9. Es evidente que la intención del asambleísta no fue el traspaso del Servicio Judicial de Menores a la Función Judicial como estructura completa, ya que estableció el paso de los jueces, es decir de quienes ejercen jurisdicción, dando un carácter de temporal a las leyes orgánicas que rigen su funcionamiento (el Código de Menores en el caso de los tribunales y Cortes Distritales de Menores). Debemos reconocer que la redacción de la transitoria no es muy feliz y podría ser interpretada desde grupos interesados, y especialmente si se le hace fuera de contexto, como un paso general de todos los órganos de los jueces policiales, militares y de menores a la Función Judicial, pero cualquier cambio debe ser hecho considerando las restantes normas constitucionales sobre: organización del Estado, derechos humanos, protección y garantía de los derechos de los niños y niñas, etc. Un argumento final a considerar es la transitoria al referirse al personal administrativo que actualmente labora en las cortes, tribunales y juzgados militares, de policía y de menores, garantiza su estabilidad y establece que pasarán a formar parte de la Función Judicial, de manera separada de quienes ejercen jurisdicción, ya que es claro éstos deben someterse a las restantes disposiciones sobre requisitos de ingreso, permanencia y ascenso de quienes ejercen jurisdicción.
10. Esto obviamente entra en colisión de las normas constitucionales respecto al gobierno y administración de la Función Judicial, ya que la Corte Nacional de Menores duplica las responsabilidades del Consejo Nacional de la Judicatura.
11. Particularmente es valioso el estudio de Alberto Wray sobre *La observancia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Administración de Justicia*. Projusticia-Unicef. 1998.
12. La judicialización significa la entrega a los jueces, o a estructuras similares, de la resolución de casos de competencia propia de la estructuras administrativas del Estado.
13. Claro que rapidez no implica efectividad de la medida, en la mayor parte de los casos no se evaluaba el verdadero impacto de la medida en la vida de los niños. Por otro lado, al no contar los espacios jurisdiccionales con opciones para resolver los casos, la mayoría de veces estos se limitaban a determinar la institucionalización de los niños.
14. Además de ser una consideración primordial en las decisiones.
15. Un elemento a considerar podría ser el del principio de prevalencia de los derechos de los niños, pero éste se lo examinará al estudiar el principio del interés superior del que consideramos se deriva este principio.
16. Expediente 83-99.
17. Philip Alston. *El interés superior del niño: hacía una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales*. UNICEF. 1996.
18. Anteriormente, los fallos siempre favorecían al ejercicio de la autoridad paterna.
19. Alston. Op. Cit.
20. El principio de la prevalencia de los derechos es una derivación del principio del interés superior del niño; como se puede verificar éste no aparece en la Convención sobre los Derechos de los Niños, es retomado por la Constitución colombiana y posteriormente incorporado en nuestra Constitución.
21. Algunas de estas resoluciones fueron citadas anteriormente, al explicar los fundamentos para la derogatoria tácita de los requisitos que se exigían en el Código Civil para la declaración de paternidad.
22. Expediente No. 310-2000, Primera Sala, R.O. 140, 14-de agosto de-2000.
23. Expediente No. 464-99, Primera Sala, R.O. 332, 3-de diciembre -99
24. Es innegable que el Código de Menores vigente significó un gran avance en la adecuación normativa a esta nueva realidad sobre los derechos de la infancia y adolescencia; sin embargo consideramos que requiere una reforma integral para asegurar una adecuación sustancial y no solo formal a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de los Niños y ahora a lo dispuesto en la Constitución de 1998.
25. Resolución No. 367 de 8 de noviembre de 2001.
26. Resolución No. 367 de 8 de noviembre de 2001.