UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TITULO:

"NECESIDAD DE TIPIFICAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EL PRINCIPIO PROCESAL IURA NOVIT CURIA EN FUNCIÓN AL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO"

Tesis previa a optar por el título de Abogada.

AUTORA:

Enriqueta Piedad De Los Ángeles Villalobos Naranjo

DIRECTOR:

Dr. Gonzalo Aguirre Valdivieso

Loja – Ecuador

2013

DR. GONZALO AGUIRRE VALDIVIESO, DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA:

CERTIFICA

Que en mi calidad de Director he recibido y he aprobado la tesis intitulada "NECESIDAD DE TIPIFICAR EN EL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA RL PRINCIPIO PROCESAL IURA NOVIT CURIA EN FUNCIÓN AL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO", de la postulante Enriqueta Piedad de los Angeles Villalobos Naranjo.

Es todo cuanto puedo certificar.-

Loja, 20 de junio de 2013.

Dr. Gonzalo Aguirre Valdivieso Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORIA

Yo, Enriqueta Piedad De Los Ángeles Villalobos Naranjo*, declaro ser autor del presente trabajo de Tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes Jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.*

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual

Firma: ENRIQUETA VILLALOBOS N DER.

Cédula: *1001044096*

Fecha: *04 de Julio del 2013*

Autor: Enriqueta Piedad De Los Ángeles Villalobos Naranjo

CARTA DE AUTORIZACION DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCION PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACION ELECTRONICA DEL TEXTO COMPLETO

Yo, Enriqueta Piedad De Los Ángeles Villalobos Naranjo, declaro ser autor de la tesis **"NECESIDAD DE TIPIFICAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EL PRINCIPIO PROCESAL IURA NOVIT CURIA EN FUNCIÓN AL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO"** Como requisito para optar al título de ***Abogada***; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de su visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de Información de país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

Para constancia de esta autorización en la ciudad de Loja a los 04 días del mes de Julio del dos mil trece, firma el autor.

La Universidad Nacional de Loja no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Firma: ENRIQUETA VILLALOBOS D E R.

Autor: Enriqueta Piedad De Los Ángeles Villalobos Naranjo

Cedula: 1001044096

Dirección: La Troncal, Av. 25 de Agosto 16-52 y Biblian

Correo Electrónico: ketty-villalobos@hotmail.com

Teléfono: 0994877347 / 072421498

Director de Tesis: Dr. Gonzalo Aguirre Valdivieso

Tribunal de Grado:

Dr. Carlos Manuel Rodríguez Mg, Sc.

Dr. Mario Chacha Vásquez Mg, Sc.

Dr. Sebastián Díaz Paez Mg, Sc

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico a mi familia, por ser mi razón de existencia y de vivir.

Enriqueta Piedad de los Ángeles Villalobos Naranjo.

AGRADECIMIENTO

A través de mi vida, he recibido el apoyo incondicional de los seres que forman parte de mi existir sin los cuales no podría culminar mi preparación y los objetivos como profesional en la rama del derecho por lo tanto debo manifestar mis agradecimientos; de igual forma al todopoderoso, que forma parte de mi espiritualidad y ser.

El presente trabajo investigativo está dirigido a toda mi familia, en especial a mi madre mis hijos y mi esposo; por ser el pilar fundamental que rige mi vida y mi existencia.

Además quiero dejar mi perenne agradecimiento a la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja, parte fundamental en esos días de tesón y esfuerzo, que me ha permitido culminar en estos años de preparación académica para de esta forma ser útil a la sociedad y a mi familia, de igual agradezco al doctor Gonzalo Aguirre Valdivieso, en su calidad de Director de Tesis quien supo guiar este trabajo de Tesis.

LA AUTORA

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Concepto de Juicio de Alimentos.

4.1.2. Concepto de obligación.

4.1.3. Concepto de derecho.

4.1.4. Concepto de familia.

4.1.5. Concepto de Código de la Niñez y Adolescencia.

4.1.6. Principio Iura Novit Curia.

4.1.7. Principio de Congruencia

4.1.8. Principio de Legalidad

4.1.9. Principio de Ponderación

4.1.10.Jueces y Tribunales

4.1.11 Proceso Constitucional.

4.1.12 Sentencias Constitucionales.

4.1.14 Niñez y Adolescencia.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Garantías jurisdiccionales de derechos

4.2.2. Aplicación del principio iura novit curia

4.2.3. Criterios de la igualdad y no discriminación.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. La aplicación de iura novit curia en la Constitución de la República del Ecuador.

4.3.2. Análisis de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

4.3.3. Análisis del Código Orgánico de la Función Judicial

4.3.4. Análisis del Código de Procedimiento Civil

4.3.5. Análisis del Código de la Niñez y Adolescencia

4.3.6. El principio iura novit curia y su incidencia en los procesos de la niñez y adolescencia

5. MATERIALES Y MÉTODOS

6. RESULTADOS

6.1. Análisis e interpretación de la encuesta

6.2. Análisis e interpretación de las entrevistas

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

7.2. Contrastación de hipótesis

7.3. Fundamentos jurídicos de la propuesta de reforma

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. PROPUESTA DE REFORMA

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

INDICE

1. TÍTULO

"NECESIDAD DE TIPIFICAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EL PRINCIPIO PROCESAL IURA NOVIT CURIA EN FUNCIÓN AL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO"

2. RESUMEN

El desarrollo de esta investigación analiza el Art. 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala los principios procesales, que la justicia constitucional debe aplicar, y en el numeral 13 específicamente dispone que la jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional.

Este principio proclama, que si el demandante ha invocado mal el derecho, le corresponde al juez constitucional, encarar la tarea de encuadramiento, supliendo la norma errónea, por aplicación del brocárdico **iura novit curia;** pero hay que aclarar, que si en la tarea de enmendar, se modifica el efecto propio de la demanda, no se trata por cierto de una deficiencia en el ejercicio del derecho de acción, sino de no provocar un verdadero perjuicio, que puede contraer consecuencias extra procesales.

Estos procesos se llevan a cabo ante la Corte Constitucional, pero no se puede aplicar el principio iura novit curia en los casos que se ventilan en los Juzgados de la Niñez y Adolescencia. Por lo que es necesario implementar este principio en los procesos de la niñez y adolescencia ya que, con ello se permite una tutela efectiva o protección a la libertad de las personas.

En tales condiciones, y más allá de los juicios de valor que este paradigma suscite, cabe preguntarse cómo juega la tradicional regla iura novit curia. ¿Cuál es el derecho que el juez conoce? ¿Cómo juegan sus preferencias valorativas a la hora de integrar la norma? ¿Cómo se resguarda la imparcialidad? ¿Qué rol compete a las partes en esa determinación normativa?

Es necesario que el principio de que la jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional, señalado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sea una potestad no solo de los jueces de la Corte Constitucional, sino para los jueces de familia, niñez y adolescencia, porque se mira desde la defensa de los derechos fundamentales como principios aplicables mediante una visión de ponderación, centrando en el nivel discrecional del Juez y la afectación de los derechos desarrollados por el Legislador. Pues con el iura novit curia, ha de ser todos del mismo valor, intentado que sea un principio para todos los jueces que administran justicia, porque si un abogado ha aplicado mal a la norma, debe suplirse aquello ya que en la niñez existen derechos de protección que se pueden vulnerar y que su erroneidad debe de protegerse desde el análisis jurídico que llegue a un Juez de la Niñez y Adolescencia.

2.1. ABSTRACT.

The development of this investigation and analysis of Section 4 of the Organic Law of Guarantees Jurisdictional and Constitutional Control outlines the procedural principles that constitutional justice must apply, and in paragraph 13 specifically provides that the judge or court may apply a different rule to that invoked by the participants in a constitutional process.

This principle claims that if the plaintiff has alleged bad lawyering, it is up to the constitutional judge, face the task of framing, supplying the wrong standard for application of brocárdico iura novit curia, but we must clarify that if the task amended, modified the effect of the application itself, certainly is not a deficiency in the exercise of the right of action but not to cause real damage, you may get an extra procedural consequences.

These processes are carried out before the Constitutional Court, but you can not apply the principle of jura novit curia in cases that are heard played in childhood and adolescence. It is necessary to implement this principle in the processes of childhood and adolescence this allows effective protection or protection of the freedom of individuals.

In such conditions, and beyond the value judgments that this paradigm may arise, one wonders how he plays the traditional rule novit iura curia. What is the law that the judge knows? How do they play their value preferences when part of the standard? How protects fairness? What role rests with the parties to that determination rules?

It is necessary that the principle that the judge or court may apply a different standard to that invoked by the participants in a constitutional process, outlined in the Organic Law of Guarantees Jurisdictional and Constitutional Control, is a power not only of the judges of the Court Constitutional judges but for the family, childhood and adolescence, because it looks from the defense of fundamental rights and principles with a view of weight, focusing on the judge's discretionary level and the allocation of rights developed by the legislator. As with the curial novit iura, must all be of equal value, tried to make a beginning to all the judges who administer justice, because if a lawyer has misapplied the standard that must be supplied since childhood rights exist protection may be violated and that his erroneidad must protect from legal analysis to reach a Judge of Childhood and Adolescence.

3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, aborda un problema importante dentro de la realidad jurídica actual, cual es, la aplicación del principio iura novit curia en los procesos que señala el Código de la Niñez y Adolescencia, por ser una ley en protección de los niños, niñas y adolescentes, estableciendo que este principio no solo lo contengan procesos constitucionales sino en asuntos que se ventilan en los juzgados de la niñez y adolescencia, en que privilegia la judicialización de este derecho y el juicio como procedimiento adecuado para su solución, lo cual hace que la estructura judicial actual sea capaz de aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso no solo constitucional sino de la niñez y adolescencia.

Para su tratamiento se ha partido del estudio analítico, crítico y doctrinario de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en lo referente al principio iura novit curia. En la revisión de literatura consta un Marco Conceptual, con los siguientes contenidos: Principio iura novit curia, principio de congruencia, principio de legalidad, principio de ponderación, Jueces y Tribunales, Proceso Constitucional, Sentencias Constitucionales, Derechos y Justicia, Familia, Niñez y Adolescencia; un Marco Doctrinario que contiene: Garantías Jurisdiccionales de derechos, aplicación del principio iura novit curia, criterios de la igualdad y no discriminación; y, un Marco Jurídico que se analiza: La aplicación de iura novit curia en la Constitución de la República del Ecuador., análisis de la Ley Orgánica de

Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y análisis del Código Orgánico de la Función Judicial, análisis del Código de Procedimiento Civil, análisis del Código de la Niñez y Adolescencia, el principio iura novit curia y su incidencia en los procesos de la niñez y adolescencia.

En el marco de la investigación de campo, se recepto el criterio que tienen los abogados, acerca de que el Art. 4 número 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala que la jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional, siendo esta norma sólo utilizada por los jueces constitucionales, no así por los jueces de la niñez y adolescencia, principio que está en contra de Estado constitucional de derechos y justicia.

Para un mejor desarrollo del presente trabajo, en la revisión de literatura se analiza lo que es: un marco conceptual que abarca: Principio iura novit curia, principio de congruencia, principio de legalidad, principio de ponderación, Jueces y Tribunales, proceso constitucional, sentencias constitucionales y derechos y justicia; un Marco Doctrinario sobre las garantías jurisdiccionales de derechos y la aplicación del principio iura novit curia; y, un Marco Jurídico sobre la aplicación de iura novit curia en la Constitución de la República del Ecuador, análisis de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y análisis del Código Orgánico de la Función Judicial.

Después de la revisión de literatura, se especifican los materiales, métodos, y técnicas que se utilizó en el desarrollo de la investigación, seguidamente se expone los resultados de la investigación de campo con la aplicación de encuestas. Luego se realizó la discusión con la comprobación de objetivos, contrastación de hipótesis y criterios jurídicos, doctrinarios y de opinión que sustenta la propuesta. Para finalmente terminar con las conclusiones, recomendaciones y la propuesta de reforma.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Concepto de Juicio de Alimentos

Juicio.- "**Se denomina juicio al proceso voluntario o contencioso que se lleva a cabo ante los órganos del poder judicial, para lograr una decisión un convenio, o dirimir litigios"**[1]

Alimentos.- **"Es el vínculo jurídico determinante del parentesco que establece una verdadera relación alimentaria, que se traduce en un vínculo obligacional de origen legal. Se exige recíprocamente de los parientes una prestación que asegure la subsistencia del pariente necesitado".**[2]

Considerando que al hablar de juicio es hablar de litigio, controversia y al hablar de alimentos me refiero al requerimiento de productos para subsistir, pero que para obtenerlos se requiere de recursos económicos ya sea en dinero o en especie, el juicio de alimentos permite la fijación de una pensión mensual que puede ser el resultado del acuerdo de las partes o puede ser impuesta por el juez en base a un proceso y a las pruebas aportadas dentro del juicio; por lo tanto, el juicio de alimentos constituye la exigibilidad de un derecho del menor y el cumplimiento de una obligación a la vez.

---

[1] ESPINOSA, Galo; Enciclopedia Jurídica Práctica; Editado por el Instituto de Informática Legal;
[2] Ibídem

Juicio.- La enciclopedia Wikipedia define al juicio como **"controversia jurídica y actual entre partes y sometido al conocimiento de un tribunal de justicia".**[3]

Alimentos.- Para Luis Mendoza los alimentos constituyen "**La interpretación jurídica establecida en la ley tiene relación con la pensión de económica que debe el alimentante al alimentado"**[4]**.**

Personalmente pienso que el juicio de alimentos o de la clase que fuere constituye la pendencia que se da entre dos partes teniendo como árbitros a los jueces competentes de su propia jurisdicción y materia, aunque también se puede dar en los juicios que las partes lleguen a un acuerdo, en donde la justicia por ser conveniente acepta el acuerdo y dicta la resolución o sentencia respectiva, de tal manera que las acciones legales sean consideradas como una alternativa de solución y no de venganza y rivalidad.

4.1.2. Concepto de Obligación

Obligación.- "**Es un vínculo jurídico en virtud del cual una persona se encuentra en la necesidad de procurar a otra el beneficio de un hecho o de una abstención determinados de valor económico o simplemente moral"**[5]**.**

Obligación.- "**Es un vínculo jurídico entre dos partes determinadas en virtud del cual una de ellas, denominada acreedor, está facultada para**

---

[3] ENCICLOPEDIA WIKIPEDIA.
[4] MENDOZA, Luis. Diccionario Jurídico, Guayaquil-Ecuador, 1985. Pág. 21.
[5] Ibidem. Pág. 169.

exigir de la otra, denominada deudor, el cumplimiento de una prestación, la que puede consistir en dar, hacer o no hacer una cosa"[6].

Obligación.- "**Proviene de la voz latina ob que significa delante o por causa de y ligare que significa atar, sujetar, de donde proviene el sentido material de la ligadura y el metafórico y ya jurídico de nexo o vínculo moral"[7].**

Como podemos observar de los conceptos anotados sobre obligación, se puede colegir, que la misma constituye o viene a representar una ligadura legal que nace de las acciones de dos o más partes respecto a otras para cumplir con lo ofrecido ya sea haciendo, dejando hacer o no haciendo algo que se comprometió, o que simplemente nace como una obligación moral y que se convierte en legal como ocurre en el caso de los alimentos, los cuales deben ser satisfechos de los padres respecto de los hijos y viceversa es decir es una obligación mutua y que cuyo incumplimiento da lugar al planteamiento de juicios y como consecuencia de ello la prisión como una forma de obligar a cumplir lo que por ley y parentesco paternal o maternal le corresponde dar en beneficio de la otra persona, de tal manera que la obligación de forma natural o jurídica contraída hay que cumplirla o bien el derechohabiente la hará cumplir por medio de la ley.

---

[6] ENCICLOPEDIA WIKIPEDIA.

[7] CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires-Argentina. Actualizada a1998.Pág. 276.

4.1.3. Concepto de Derecho

Derecho.- "Es el orden normativo e institucional de la conducta humana en sociedad inspirado en postulados de justicia, cuya base son las relaciones sociales existentes que determinan su contenido y carácter. En otras palabras, son conductas dirigidas a la observancia de normas que regulan la convivencia social y permiten resolver los conflictos intersubjetivos"[8].

Derecho.- "Del Latín director = directo, de dirigere= enderezar o alinear".[9]

Derecho.- "Conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones humanas y a cuya observancia pueden ser compelidos los individuos aun coercitivamente".[10]

Se puede decir entonces que el Derecho es un instrumento de poder y dominación que se lo utiliza para mantener sobre todo la estructura política impuesta que se encuentra en estado dominante, es decir el derecho se lo aplica a conveniencia de quien ostenta el poder en cada Estado, no es general que su aplicabilidad es igual a nivel universal, pues como se ha palpado en el diario vivir, si bien el derecho es una forma de regular la conducta humana pero es en beneficio de cierto grupo no cumple en realidad el rol fundamental de que se obtenga en la sociedad el bien común,

---

[8] ENCICLOPEDIA WIKIPEDIA.
[9] CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires-Argentina. Actualizada a1998.Pág. 119.
[10] ESPINOSA, Galo; Enciclopedia Jurídica Práctica; Editado por el Instituto de Informática Legal; Volumen I; Quito-Ecuador; 1987; Pág. 167.

pues como dije anteriormente sirve para mantener el poder de quien está dirigiendo el país y por lo mismo es manipulado para garantizar su permanencia, hasta que sea derrotado por otro adversario en donde impondrá nuevamente sus ideas y sus principios a que rijan sobre los habitantes es por ello que cada época gubernamental de cada país se ha experimentado nuevas formas jurídicas de aplicación y acatamiento por parte de la ciudadanía.

4.1.4. Concepto de Familia

Familia.- **"Sociedad humana, célula originaria de la paz, el amor, el sacrificio, la abnegación, la solidaridad y lo sublime que la integran padres e hijos, cónyuges y hermanos, quienes se expresan a través del afecto, la comunidad de ideales la obsesión de identificación plena".**[11]

Familia.- "**Por linaje o sangre, la constituye el conjunto de ascendientes y descendientes y colaterales con un tronco común"**[12]**.**

Familia.- Nuestra Constitución establece en el Art. 67 "**El Estado protegerá la familia como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes"**[13]**.**

[11] MENDOZA, Luis. Diccionario Jurídico, Guayaquil-Ecuador, 1985. Pág. 107.
[12] CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires-Argentina. Actualizada a1998.Pág. 167.
[13] Constitución. 2008.

Se ha mencionado que la familia, es el núcleo de la sociedad, definición que considero es la que más se ajusta a la realidad ya que permite clarificar no sólo lo que es la familia, sino su importancia dentro de la comunidad, esto se debe a que la familia es a la que se la considera formadora de quienes actuarán en el futuro, dentro de la sociedad, pues cada padre y madre, forman a los hombres y mujeres del futuro, aquellos que tomarán, en algún momento, las riendas del país, por ello es de suma importancia, el hecho de que las familias estén bien constituidas, para que sus hijos, se puedan formar en un ambiente acogedor y amoroso, con ello aprenderán no sólo a comportarse en sociedad, sino que repetirá la misma experiencia con sus hijos, con la familia, con sus compañeros, con sus vecinos y con la sociedad en general, por lo mismo, que se dice que el hombre y la mujer, no sólo se unen para preservar la raza humana, pues su trabajo es mucho más complejo que aquello, debido a que si bien es cierto esta situación, que en la realidad, no requiere de mucho esfuerzo pero demanda de mucho tino y perseverancia puesto que lo difícil, es crear una familia con el ambiente propicio para que los hijos, crezcan y sean hombres y mujeres de bien.

4.1.5 Concepto de Código de Niñez y Adolescencia

Código.- "**Conjunto de leyes reducidas a un solo cuerpo sistematizado"[14].**

[14] MENDOZA, García, Luis. Diccionario Jurídico. Editado por Impresos Nueva Luz. Guayaquil-Ecuador. Pág. 45.

Niñez y Adolescencia.- "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"[15].

En conjunto el Código de la Niñez y Adolescencia es un conjunto de normas legales sistemáticas que regulan, de forma unitaria, los derechos, deberes y obligaciones, de los niños, niñas y adolescentes, ya que son personas inimputables y que por su falta de discernimiento no pueden ser sometidas a leyes comunes para las personas mayores de dieciocho años o simplemente adultos, puesto que su procedimiento y sanción son demasiado drásticas y por los mismo los legisladores han considerado muchas de las circunstancias diferenciales existentes entre un adulto y un menor y por ello han regulado leyes especiales específicas para su edad, de tal manera que se ajusten a sus necesidades no solo de cumplimiento sino también en su utilización y aplicación por parte del juzgador.

4.1.6. Principio iura novit curia.

En el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía de Víctor de Santo iura novit curia, indica que "**Loc. Lat. Significa el tribunal conoce el derecho. En lo procesal, principio que permite al Juez determinar la normativa aplicable al caso, con independencia de las normas invocadas por las partes. No obstante la correcta aplicación del derecho, según el principio iura novit curia, no puede constituirse en violación del deber de congruencia o de la defensa en juicio.**

[15] Código de la Niñez y Adolescencia. Actualizado al año 2010.

Correlativamente, en materia penal, en virtud del principio iura novit curia, el tribunal puede arribar a una calificación jurídica distinta a la expresada en la acusación, pero no puede salirse el marco del acontecimiento histórico puesto a cargo de alguien como protagonista, pues tal es el tema decidendum"[16]

Que la Corte conozca el derecho es dar a esta expresión latina un significado jurídico muy de acuerdo con nuestra concepción actual de la función del Juez, pero realizando una versión gramatical bastante libre. El sujeto de la oración es curia que bien puede representar al juez, al tribunal, esto es, al juzgador en general, pero que idiomáticamente tuvo un significado más amplio en unos aspectos, y más restringido en otros. El verbo novit constituye la tercera persona del singular, del pretérito perfecto de nosco, noscis, noscere, novit, notum. Por la raíz utilizada, debemos entender que se trata de un conocimiento absolutamente logrado y no de un conocimiento que se va obteniendo dentro del proceso; lo cual tiene gran importancia respecto de la otra palabra, iura, que representa aquello que el tribunal conoce. Iura, en esa forma plural, que sólo puede traducirse por "Derechos", también en plural, ha contribuido a crear confusión acerca del sentido del aforismo, Se ha pensado que "los Derechos" habían de ser los subjetivos; que, de tratarse del Derecho objetivo, sólo podía decirse en singular que el juez lo conocía. Y descuidamos que la manifestación más categórica del Derecho objetivo son las leyes, o las normas o los preceptos

[16] DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, Segunda Edición, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 566

jurídicos; y que, por tanto, decir que el tribunal conoce las normas jurídicas es de una corrección absoluta.

Para Guillermo Cabanellas en su Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos, sobre este principio manifiesta "**Si conocimiento se entiende aquí como decisión, el principio es indudable; si se equipara a ciencia jurídica, tampoco cabe desconocerlo; pero si se quiere imponer una exclusiva, con relegación o silencio de las partes en cuanto a los fundamentos jurídico, ni condice con la práctica forense, ya que todos los alegatos citan e interpretan las normas aplicables, con parcialísimas interpretaciones por su puesto, ni con el mismo legislador procesal de hoy, pues establece que en la demanda, y en la contestación a ella, cortada por igual patrón se indicarán los fundamentos del derecho"**[17]

El concepto de Guillermo Cabanellas, parece no estar de acuerdo con el principio iura novit curia al señalar que es un derecho indudable si se equipara a ciencia jurídica, tampoco cabe desconocerlo, con ello pareciera darse a entender que las partes únicamente tienen que exponer los hechos al magistrado, puesto que éste está capacitado para aplicarles en derecho que corresponda. Sin embargo, la norma procesal ordinaria es que los letrados de las partes expresen ante el juzgador sus puntos de vista jurídicos.

[17] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2007, p. 501

Para José García Falconí, el principio iura novit curia significa "**que si el demandante ha invocado mal el derecho, le corresponde al juez constitucional, encarar la tarea de encuadramiento, supliendo la norma errónea, por aplicación del brocárdico iura novit curia; pero hay que aclarar, que si en la tarea de enmendar, se modifica el efecto propio de la demanda, no se trata por cierto de una deficiencia en el ejercicio del derecho de acción, sino de no provocar un verdadero perjuicio, que puede contraer consecuencias extra procesales. Los principios procesales que mentan la publicidad del proceso y la dirección e iniciativa del juez, demuestran la realidad del control que las partes ejercen mutuamente y la posición principal de quien conduce el pleito"**[18]**.**

De lo anotado se desprende, que según este principio, el juez constitucional puede sustentar su fallo en alegaciones no esgrimidas y fundamentadas por las partes procesales, acorde a lo señalado en el Art. 4 numeral 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y Art. 40 del Código Orgánico de la Función Judicial, debiendo recalcar que la prueba de oficio señalada en el Art. 130 numeral 10 ibídem, los jueces tienen la facultad jurisdiccional de suplir lo no invocado por las partes o lo mal invocado, pero sin cambiar las pretensiones; recalco que el juez suple lo no invocado o mal invocado por las partes, pero sin cambiar las pretensiones pues de lo contrario implicaría la incongruencia de su resolución

[18] GARCÍA FALCONÍ, José: Los nuevos paradigmas en materia constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, Tomo Segundo, Primera edición, Ediciones Robin, Quito – Ecuador, 2011, p. 339

4.1.7. Principio de congruencia

Para José García Falconí el principio de congruencia "**Es una limitación a las facultades del juez, o sea éste no debe sentenciar más de lo debido, o de dejar de fallar en la materia litigiosa del caso, pues el principio de congruencia implica la correspondencia entre la sentencia y el pedimento formulado respecto de las personas, el objeto y la causa, y el mismo no se trasgrede si en la sentencia se resuelve el tema litigioso y en función propia de la judicatura, se efectúa debidamente en el cual el jurídico del caso, conforme a las circunstancias fácticas acreditadas"**[19]

En virtud del principio de congruencia, se impone la correlación entre el contenido de la sentencia y los términos en que ha quedado trabada la relación jurídico-procesal, pero habrá de repararse que dicha imposición no obsta al ejercicio legítimo de la facultad que tienen los jueces de apreciar y seleccionar los hechos y las pruebas del caso y encuadrarlos dentro de la solución legal correspondiente en atribución que les compete conforme al principio iura novit curia; de tal modo que no se trasgrede el principio de congruencia ni se afecta el derecho de defensa en juicio, si en la sentencia se resolvió el tema litigioso y en función propia de la judicatura se efectuó debidamente el encuadre jurídico del caso, conforme a las circunstancias fácticas acreditadas y que en definitiva fueron las que se expusieron a consideración de los jueces de origen, de lo que se desprende que el

[19] GARCÍA FALCONÍ, José: Los nuevos paradigmas en materia constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, Tomo Segundo, Primera edición, Ediciones Robin, Quito – Ecuador, 2011, p. 343

principio de congruencia no se infringe cuando el tribunal de origen ciñe su actuación a la aplicación del derecho a los hechos establecidos en el veredicto conforme al marco dado por las cuestiones propuestas por las partes en los escritos de constitución del proceso.

4.1.8. Principio de legalidad

Sobre el principio de legalidad Luigui Ferrajoli en su obra Democracia y Garantismo cita a Noberti Bobbo, quien señala que al "**Estado de Derecho, como el sistema político basado en la disciplina legal y el monopolio de la fuerza, con la pretensión de excluir, o al menos de minimizar la violencia en las relaciones interpersonales. A su vez, la democracia pudiera ser definida como una técnica de convivencia que persigue solucionar no violentamente los conflictos"**[20]

Esto quiere decir que es Estado democrático de derecho no debiera existir más violencia legal que la estrictamente necesaria para controlar otras formas de violencia, evidentemente legales, más graves, o lo que es lo mismo que las violencia de las penas, solo quedará legitimada en tanto en cuanto prevenga la mayor violencia que produciría los delitos que en su ausencia se cometería

En el Diccionario Conceptual de Derecho Penal sobre la legalidad señala que "a**) Un derecho no puede considerarse delito ni ser sometida pena, si una ley, entendiendo esta expresión en sentido no formal sino**

[20] FERRAJOLI, Luigui: Democracia y garantismo, Edición de Miguel Carbonel, Editorial Trotta, 2008, Madrid – España, p. 175

material, no lo prevé como tal; b) Al hecho previsto en la ley como delito solo pueden aplicársele las penas por ella fijadas en cada caso particular; c) El hecho que da lugar a la aplicación de una pena debe hallarse previsto por la ley de un modo expreso y, por ello no puede deducirse analógicamente de normas relativas e hechos diversos"[21]

El alcance práctico del principio consiste en la prohibición de que el Juez extienda las normas que sancionan la aplicabilidad de penas por vía de la analogía; de imponer esta sanción más allá de los casos expresamente previstos por el legislador. Esta reserva para así la facultad de determinar qué hechos constituyen delito y cuáles son las respectivas sanciones. En consecuencia el Juez carece de poder de infligir las sanciones aludidas a casos que la ley no considera taxativamente y de aplicar penas distintas a las contempladas en ella, aunque considere que ello sería lógico, justo u oportuno.

4.1.9. Principio de ponderación

Para Jorge Baquerizo Minuche en la obra sobre Neoconstitucionalismo, principios y ponderación expresa que: "**Una técnica de aplicación judicial de los principios, que se vale de un razonamiento jurídico peculiar que los transforma en reglas. No en reglas abstractas con contenido**

[21] DICCIONARIO CONCEPTUAL DE DERECHO PENAL, Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá, Caracas, Panamá, Quito, 2004, p. 414

regulativo general, sino en reglas específicas aplicables circunstancialmente a los casos concretos."[22]

Este concepto se habla de transformar las reglas, es una exigencia que dimana de las razones para la acción que encierran los principios, que al no ser perentorias o protegidas, sólo entrañan un carácter prima facie. Esta característica vuelve necesaria una comparación o contraste entre las razones de un determinado principio en juego, y aquellas otras razones que provengan de principios o reglas que pudieran tener relevancia en el caso particular.

Luego, si es preciso edificar esas condiciones de aplicación es porque, en último término, el órgano aplicador del Derecho necesita volver a un tipo de razonamiento silogístico, cuya premisa mayor ya no va a ser un enunciado jurídico regulativo abstracto, sino precisamente la regla específica elaborada como producto de la ponderación precedente. Con esa premisa mayor, puede entonces subsumir los hechos sometidos a su conocimiento premisa menor en la mentada regla.

La subsunción, pues, lejos de considerarse un tipo de razonamiento ajeno en la aplicación de los principios, aparentemente centralidad del razonamiento ponderativo, por el contrario, juega un papel muy importante. Ello obedece a dos circunstancias, como veremos a continuación.

[22] BAQUERIZO MINUCHE, Jorge: Sobre Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación, Edilexa S.A. Editores, Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 95

Jorge Zavala Egas en su obra Teoría y Práctica Procesal Constitucional expresa que "**La posibilidad de realización gradual, de ponderación entre los distintos valores que expresan las normas y de desviación respecto de los principios del Ordenamiento, son los datos que permiten formular juicios de validez. Esto no tiene nada que ver con la mecanización que importa la operación de la subsunción de los hechos a las normas que instruye, como técnica depurada y exacta de aplicación del Derecho, el antiguo positivismo."**[23]

El Estado constitucional se instrumenta normativamente sobre la base de un modelo que contiene tres elementos que sobresalen: La supremacía constitucional y de los derechos fundamentales que son todos los enunciados por la Constitución sean de libertad personal o de naturaleza social; el imperio del principio de juridicidad (llamado por muchos de legalidad) que somete a todo poder público al Derecho; y, la adecuación funcional de todos los poderes públicos a garantizar el goce de los derechos de libertad y la efectividad de los sociales.

Luis Prieto Sanchís señala "**El resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en**

[23] ZAVALA EGAS, Jorge: Teoría y Práctica Procesal Constitucional, Edilexa S.A., Guayaquil-Ecuador, 2011, p. 53

puridad no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos."[24]

Justamente por ello la mayor virtud de la ponderación radica en estimular una interpretación donde la relación entre las normas constitucionales no es de independencia o jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos. La ponderación se volverá necesaria, pues, cuando se comprenda que no existen jerarquías internas en la Constitución o, lo que es lo mismo, que los distintos principios carecen de un peso autónomo y diferenciado y sólo poseen una vocación de máxima realización que sea compatible con *la* máxima realización de los demás *exigencia* de proporcionalidad que presupone establecer un orden *de* preferencia relativo en cada caso concreto.

Es importante observar, finalmente, que la ponderación así delineada favorece la argumentación moral, pues se trata evidentemente de una técnica que depende sustancialmente de juicios de valor, por antonomasia discrecionales. Así, no hay cómo negar que personas razonables puedan discrepar sobre los resultados de la técnica ponderativa: no en vano suele aludirse a ella como juicio de razonabilidad

4.1.10. Jueces y Tribunales

La palabra juez para Manuel Ossorio indica: "**Llámese así a todo miembro del poder judicial, encargando de juzgar los asuntos sometidos a su**

[24] PRIETO SANCHÍS, Luis: Justicia Constitucional y Derechos Constitucionales, Primera Edición, Editorial Trota, Madrid – España, 2003, p. 192

jurisdicción. Tales magistrados están obligados al cumplimiento de su función de acuerdo a la Constitución y a las leyes, con las responsabilidad que aquella y éstas determinan"[25]

Suele denominarse juez a quien actúa unipersonalmente, a diferencia de los que actúan colegiadamente y que suele llamarse ministros o magistrados, el juez es la autoridad pública que sirve en un tribunal de justicia y que se encuentra investido de la potestad jurisdiccional. También se caracteriza como la persona que resuelve una controversia o que decide el destino de un imputado, tomando en cuenta las evidencias o pruebas presentadas en un juicio, administrando justicia.

En el Diccionario Jurídico Magno de Mabel Goldstein, juez es la "**Persona que es nombrado por los poderes legislativos, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos"**[26]

El juez como persona nombrada por los poderes legislativos, es una conceptualización de la persona nombrada en Argentina, caso que en nuestro país la designación de jueces se da por méritos y oposición por los órganos de la función judicial. Además se manifiesta que aquella designación se realiza por la idoneidad de los candidatos, lo que viene a constituir las cualidades de cada persona.

---

[25] OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Heliasta, 2008, Buenos Aires – Argentina

[26] GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor magno, Edición, 2008, Buenos Aires – Argentina, p. 323

Con estas definiciones, refiriéndome a juez natural es la persona designada conforme a las reglas y garantías plasmadas en el ordenamiento jurídico del Estado, por eso no puede concebirse como administrador de justicia a quien actúa sin reunir las condiciones impuestas por las normas aseguradoras de la función jurisdiccional del Estado. Mediante este postulado, pues, se puede determinar y concretar cuál es el órgano encargado de ejercer la potestad juzgadora en el caso concreto, de tal manera que la función jurisdiccional esté presidida por la idea de autoridad.

4.1.11. Proceso constitucional

Para el tratadista peruano Elvito Rodríguez Domínguez el derecho procesal constitucional "**Es aquella disciplina que se ocupa del estudio de las garantías constitucionales, las que consisten en instrumentos procesales que sirven para efectivizar el respeto y cumplimiento de los derechos humanos que la Carta Magna establece"**[27]

El derecho procesal constitucional debe entenderse como aquella disciplina jurídica que estudia los instrumentos de la jurisdicción constitucional, es decir, la magistratura y los procesos constitucionales. Pero es preciso indicar que el derecho procesal constitucional no solo se ocupa de las garantías constitucionales y los instrumentos de la jurisdicción constitucional, sino de algo más profundo y completo que parte de la esencia misma de esta ciencia y concluye en su dialecticidad transformadora.

[27] RODRÍGUEZ DOMINGUEZ, Elvito: Derecho Procesal Constitucional, Editora jurídica Grijley, Lima – Perrú, 1999, p. 17

El proceso constitucional, son atribuciones de la Corte Constitucional que se llevan a cabo ante este organismo, su objetivo consiste en investigar la forma idónea de posibilitar la transformación: formular las categoría fundamentales, las leyes generales y crear los medios tecno – jurídicos adecuados a su esencia transformadora.

Proceso constitucional es la expresión usada, en la doctrina constitucional, para referirse al proceso instituido por la misma constitución de un Estado, cuya finalidad es defender la efectiva vigencia de los derechos fundamentales o garantías constitucionales que este texto reconoce o protege, haciendo efectiva la estructura jerárquica normativa establecida.

Rodríguez Domínguez sostiene que se debe enfocar la jurisdicción constitucional en su sentido estricto y en su sentido amplio: "**En sentido estricto éste se limitaría a la capacidad de pronunciarse que tienen determinados órganos sobre los problemas constitucionales; en rigor, nos limitaríamos prácticamente a los procesos constitucionales. En sentido amplio, consideraríamos a la jurisdicción constitucional como equivalente al derecho procesal constitucional"**[28]

En forma más sencilla el Estado posee el monopolio de la administración de justicia y también administra la justicia constitucional; es decir, tiene pleno poder y capacidad para resolver los problemas jurídicos que afectan al contenido normativo de la Constitución, al orden jurídico establecido y a los derechos fundamentales de los individuos.

[28] RODRÍGUEZ DOMINGUEZ, Elvito: Derecho Procesal Constitucional, Editora jurídica Grijley, Lima – Perrú, 1999, p. 334

Haciendo uso del poder constitucional que posee el Estado, a través de los órganos de la justicia constitucional, juzga los problemas jurídicos de orden constitucional que surgen entre los particulares y la autoridad pública, entre uno y otro sujeto y, además, ejecuta lo juzgado.

4.1.12. Sentencias Constitucionales

Existen diferentes tipos de sentencias constitucionales tenemos: Sentencias prospectivas quienes son "**Aquellas en donde el juez le concede un plazo prudencial al órgano que ha dictado el acto normativo a fin de que soluciones el inconveniente de inconstitucionalidad, sea de tanto otro acto, sea ampliando su cobertura, etc. Si dentro de ese plazo no se produce ese arreglo, vencido el tiempo concedido se expulsará del ordenamiento jurídico la norma"**[29]

Se debe entender que además de denunciar la anormalidad registrada y de haber otorgado un plazo para que esta se remedie, se deben establecer condiciones bajo las cuales se debe ir sorteando, de acuerdo con los valores establecidos en la situación anómala denunciada.

Estas orientaciones son verdaderas interpretaciones lo que hace a estas sentencias que a la vez que sea interpretativas tengan efectos diferidos en el tiempo. Si se dan añadidos al texto normativo estas sentencias se convierten en sentencias adictivas.

[29] ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso: Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo, EDILEXA. S.A., Editores, 1ª Edición, Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 323

Pero si se han añadido u orientado el cambio esperado por la autoridad y la fatalidad del mismo, en principio ya no interesaría ya que una sentencia adictiva sortearía la situación anómala. Por lo tanto el efecto de expulsar del ordenamiento una norma vencida un plazo dentro del cual no se haya registrado el cambio esperado operaría siempre y cuando en el texto normativo no se haya establecido orientación, condición o adicción alguna. Por lo tanto, en principio, la sentencia prospectiva no tiene nada que ver con la adictiva ni con la sustitutiva, pues de no ser así, la solución será de inmediato.

Las sentencias interpretativas "**Son aquellas que interpretan un texto normativo desde la constitución y a partir de los valores que ésta consigna. Este proceso de interpretación puede establecer el sentido en el que deben entenderse un determinado texto normativo y el sentido en el que no pueden entenderse dicho texto: es decir, se acepta un criterio y se rechazan otros criterios"**[30]

En las sentencias interpretativas, si bien toda sentencia interpreta un texto normativo, éstas aclaran un texto aceptando cierta interpretación o rechazando ciertas tesis.

Las sentencias adictivas "**Son aquellas sentencias que se dictan por regla general, ante la omisión de un texto normativo que produce la falta o insuficiencia de su regulación, lo que ocasiona una discriminación o trato desigual.**

[30] ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso: Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo, EDILEXA. S.A., Editores, 1ª Edición, Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 323

Las sentencias adictivas también se dan cuando se producen omisiones que no violan necesariamente el derecho a la igualdad de trato

El Juez o tribunal dictará una sentencia adictiva cuando incorpore el texto normativo u añadido o agregado en el que se incorpore el ámbito desconocido por la norma es decir la tutela o protección de eses grupo marginado o excluido."[31]

Se critica a este tipo de sentencias puesto que al igual que en el caso de las sustitutivas se crean o innova, funciones estas propias del ámbito legislativo. Así mismo se las critica puesto que, en ciertos casos, pueden tener repercusiones en los presupuestos de las instituciones.

En su proceso hay una especie de reconstrucción de la norma que se da agregando a un determinado sector, esto es, ampliando su cobertura. Toda sentencia adictiva tiene algo de sustitutiva, por lo menos parcialmente, pero no toda sentencias sustitutiva es de carácter adictivo.

Las sentencias sustitutivas "**Son aquellas en las que se anulan por completo un texto normativo por ser inconstitucional y, en su lugar, se dicta otro totalmente distinto.**

Son aquellas sentencias en las que, se resalta de mejor manera un súper poder a cargo del Tribunal Constitucional, cuyos límites si bien están dados por los valores establecidos en la Constitución no deja de

[31] ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso: Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo, EDILEXA. S.A., Editores, 1ª Edición, Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 323

ser extremo y hasta peligroso dicho poder si no se lo limita y aplica con mesura"[32]

Al señalar en este tipo de sentencias, en las que se anulan por completo un texto normativo por ser inconstitucional, es un tipo de problema pues invaden la órbita de la función legislativa.

Las sentencias exhortativas "**Son aquellas sentencias por las cuales el juez constitucional recomienda a determinadas autoridades que adecuen su conducta a los valores prescritos en la Constitución"**[33]

La labor del juez constitucional puede ser desde una simple recomendación hasta una orden imperativa que se haga a su autoridad pública, es decir, este tipo de recomendaciones, en cuanto a su intensidad, pueden fluctuar y adquirir ciertas modulaciones.

Muchas veces las sentencias exorbitantes que imponen determinada conducta, han previsto en su texto una cláusula de bloqueo de aplicación, es decir, que si no se produce ducho cambio hasta cierto tiempo la norma automáticamente carecerá de valor, siendo expulsada del ordenamiento jurídico.

4.1.13. Derechos y justicia

El Dr. Galo Espinosa Merino comenta que derecho es "**Conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones**

[32] IBÍDEM, 2011, p. 324
[33] ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso: Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo, EDILEXA. S.A., Editores, 1ª Edición, Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 324

humanas y a cuya observancia pueden ser compelidos los individuos aun coercitivamente. Derecho Objetivo: conjunto de normas obligatorias que tienen por objeto conseguir el orden, la seguridad y la justicia. Derecho Subjetivo: poder moral inviolable para exigir, hacer o no hacer una cosa".[34]

Los conceptos de derecho positivo y el derecho vigente se pueden reducir a que el primero es el que se aplica y el segundo es el que el órgano legislativo público para ser obedecido en tanto dure su vigencia, mientras no sea sustituido por medio de la abrogación o derogación. Por lo tanto no todo derecho vigente es positivo, Es decir hay normas jurídicas que tienen poca aplicación práctica es decir no es derecho positivo pero si es derecho vigente.

Desde el punto de vista objetivo, dícese del conjunto de leyes, reglamentos y demás resoluciones, de carácter permanente y obligatorio, creadas por el Estado para la conservación del orden social. Esto es, teniendo en cuenta la validez; es decir que si se ha llevado a cabo el procedimiento adecuado para su creación, independientemente de su eficacia y de su valor como la justicia, paz, orden, etc.

Mabel Goldstein opina que derecho es "**Conjunto de principios, preceptos y reglas a los que están sujetas las relaciones humanas en toda**

[34] ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen 1, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, p.167

sociedad civil y a cuya observancia toda persona puede ser compelida por la fuerza".[35]

El Derecho es el orden normativo e institucional de la conducta humana en sociedad inspirado en postulados de justicia, cuya base son las relaciones sociales existentes que determinan su contenido y carácter. En otras palabras, es el conjunto de normas que regulan la convivencia social y permiten resolver los conflictos interpersonales.

El Dr. Galo Espinosa Merino manifiesta que garantía es "**Tutela, amparo, protección jurídica. Fianza, prenda. Cosa que asegura y protege contra un riesgo o necesidad".**[36]

La palabra garantías han sido conceptualizada como un derecho de libertad, que ha hecho necesario establecer cuáles son las libertades que los individuos, como miembros de un Estado, tiene, y que, además, constituyen un límite al ejercicio de la autoridad.

El Sr. Guillermo Cabanellas opina que garantía es "**Afianzamiento, fianza. Prenda, caución, obligación del garante. Cosa dada en garantía, seguridad y protección frente un peligro o contra un riesgo".**[37]

En efecto, puede decirse que las garantías individuales son derechos públicos subjetivos consignados a favor de todo habitante de un Estado que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la

[35] GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Colombia, 2008, p.204
[36] ESPINOSA MERINO, Galo: Ob. Cit., Volumen I, p. 327
[37] CABANELLAS, Guillermo: Ob. Cit., p. 178

verdadera garantía de los derechos de libertad consagrados en el Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador; además constan garantías constitucionales como una potestad normativa de la obligación de adecuar, formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, a los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Para Jorge Zavala Egas, indica que "**Los derechos son normas del Ordenamiento y es igual de claro que normas de derecho fundamental son las contenidas en disposiciones de derecho fundamental, esto es, que principios mandatos de derecho fundamental son los contenidos en textos de derecho fundamenta y cumplen una función como instrumentos de ordenación del sistema jurídico en su conjunto, además de ser desde el punto de vista interno, técnicas de garantías de posiciones subjetivas."**[38]

Esto significa que las normas principios de derechos crean objetivamente un orden de valores que va más allá de ser y lo son pretensiones subjetivas frente al Estado o al poder. No tienen peso sólo por su significación jurídica individual, sino que son de igual trascendencia para la totalidad jurídico constitucionales, de la comunidad social y política en la que tienen vigencia.

[38] ZAVALA EGAS, Jorge. Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación Jurídica, Edilexa S.A. editores, Guayaquil – Ecuador, 2010, p. 121

4.1.14. Niñez y Adolescencia.

El concepto de niño y adolescente en el campo de las ciencias jurídicas pasa primero por la definición del **"menor de edad", por lo que para el debido afianzamiento teórico de esta investigación conceptuaré previamente esta categoría:**

La palabra menor, concebida en sentido general tiene algunas acepciones. El connotado tratadista, Guillermo Cabanellas, define a este término de la siguiente forma: "Menor. Más pequeño. Con menor cantidad. De dimensiones más reducidas. Inferior. Menor de edad. Más joven, de menos años."[39]

El mismo autor, refiriéndose concretamente a los términos articulados *menor de edad*, define como aquel, "**Quien no ha cumplido todavía los años que la ley establece para gozar de la plena capacidad jurídica normal y regir su persona y bienes con total autonomía de padres y tutores. Por analogía, al que no ha alcanzado el límite de edad determinado para realizar algún acto por su iniciativa; como los 18 años para trabajar con total independencia y percibir su salario".[40]**

Entonces, puede establecerse el criterio de que la diferencia entre la minoría y la mayoría de edad está dada precisamente por la capacidad jurídica para la realización de ciertos actos, considerada obviamente en concordancia con

---

[39] CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Edit., Heliasta, Buenos Aires, 2002, p. 254.

[40] CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Edit., Heliasta, Buenos Aires, 2002, p. 384.

el grado de madurez física y psíquica del individuo. Sin embargo, este límite entre la mayoría y la minoría de edad, debe ser claramente establecido por la ley, en estricta atención a las características propias de cada sociedad y en especial a las peculiaridades de los individuos que la conforman.

El Dr. Manuel Sánchez Zuraty, también aporta con su criterio con respecto a la definición de menor de edad: **"es la persona que no ha llegado a cumplir dieciocho años de edad".**[41]

Sin embargo, a mi modo de ver, no es tan sencilla la definición de *menor de edad*, pues no se puede decir que se trata únicamente de las personas que no han cumplido la mayoría de edad, sino más bien de aquellas que por razón de su inmadurez, es decir, por su incompleto desarrollo físico y psicológico, claramente reconocido por la ley, no se encuentran en condiciones de asumir de manera idónea sus deberes y derechos ciudadanos, y por tanto la ley les niega capacidad legal para ejercer sus de derechos y contraer obligaciones, así por ejemplo, el menor de edad no tiene el derecho a interponer un recurso de amparo constitucional, tiene que hacerlo a través de su representante legal, que obviamente es una persona con capacidad legal; tampoco tiene capacidad para adquirir obligaciones, como por ejemplo para suscribir una letra de cambio o un pagaré.

Para Galo Espinosa Merino, en su Enciclopedia Jurídica, indica que niñez "Es el periodo de la vida humana que se extiende desde el nacimiento hasta la adolescencia. Principio o primer tiempo de cualquier cosa"[42]

---

[41] SÁNCHEZ Z., Manuel, Diccionario Básico de Derecho, Edit. Casa de la Cultura, Núcleo del Tungurahua, Ambato, 1989, p. 191.

La niñez comprende un periodo de vida que va desde el nacimiento hasta la adolescencia, esta etapa de la vida es la primera de la vida humana.

En el Diccionario Jurídico Magno de Mabel Goldstein, adolescente es el "**Menor impúber que es reconocido como sujeto activo de sus derechos; se les garantiza su protección integral, debe ser informado, consultado y escuchado, respetándole su intimidad, y privacidad, pudiendo cuando se halla afectado o amenazado por si requerir intervención de los organismos competentes**."[43]

Para este autor, adolescente es un menor impúber y que es sujeto de derechos. Son objeto de prioridad dentro de las políticas públicas, que deben promover la contención en el núcleo familiar y asegurar y hacer responsable respecto de los privados de su medio familiar, de los cuidados alternativos a la institucionalización, el amparo a las víctimas de violencia y explotación sexual, fijando medidas para prevenir y eliminar su tráfico.

Enrique del Acebo Ibáñez en su Diccionario de Sociología sostiene que "**Los adolescentes suponen una categoría sociológica condicionada con numerosos factores, a saber: habitad urbano o rural, clase social y nivel educativo**"[44]

Esta condición de factores sociológicos pueden modificar los tiempos de duración y los modos de adaptación, que asume la adolescencia en tanto

---

[42] ESPINOSA MERINO, Galo: La más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p. 497

[43] GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor magno, Edición, 2008, Buenos Aires – Argentina, p. 43

[44] DEL ACEBO IBÁÑEZ, Enrique: Diccionario de Sociología, Editorial Claridad, 2006, Buenos Aires – Argentina, p. 18

periodo de socialización respecto del futuro status. Es preciso señalar que la categoría sociológica es lo que genera la categoría del ciclo vital, para significar el reflejo de la estructura social y cultural en el individuo, especialmente en sus experiencias y vivencias, lo cual los números factores, experimentan las características relevantes del medio social o de la seguridad global de lo que va experimentando el adolescente.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Garantías jurisdiccionales de derechos

Luis Cueva Carrión indica que: "**Las garantías jurisdiccionales de los derechos tienen un objeto bien definido: está constituido por la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos por la Constitución y por los instrumentos internacionales de derechos humanos. El objeto de las garantías jurisdiccionales es la protección de los derechos, tanto de los que constan en la Constitución como los que existen en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, la protección de los derechos se caracteriza por ser inmediata y eficaz. La protección debe comprender: a) la declaración de la violación de los derechos; y, b) la reparación integral de los daños causados por la violación."**[45]

Para que la protección sea inmediata y eficaz la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional han creado medidas cautelares cuyo objeto es: prevenir, impedir o interrumpir la violación de los derechos. Las garantías son verdaderas herramientas jurídicas que, puestas en acción, impiden la violación de los derechos y velan por el fiel cumplimiento de los mismos.

Las garantías jurisdiccionales para proteger los derechos reconocidos por la Constitución fueron creadas por la Constitución y por la Ley Orgánica de

[45] CUEVA CARRIÓN, Luis: Acción Constitucional Ordinaria de Protección, Ediciones Cueva Carrión, Quito – Ecuador, 2010, p. 64

Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Procesalmente, equivalen a sendas acciones. Ellas son: la acción ordinaria de protección (art. 88 de la Constitución); la acción extraordinaria de protección (art. 94 de la Constitución); el hábeas corpus (art. 89 de la Constitución), el acceso a la información pública (art. 91 de la Constitución); el hábeas data (art. 92 de la Constitución); la acción por incumplimiento (art. 93 de la Constitución); las medidas cautelares (art. 87 de la Constitución) y la acción de repetición (numeral 9 del art. 11 de la Constitución). A estas hay que agregar la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena creada por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (arts. 65 y 66).

El Dr. Javier Pérez Royo en su obra Curso de Derecho Constitucional realiza una interesante división del tópico de garantías, partiendo de la premisa de que los derechos tienen una doble condición, esto es, de *"***derechos subjetivos y de elementos constitutivos del orden objetivo de la comunidad política"*[46]***;*** lo cual, permite clasificar a las garantías en objetivas o institucionales, llamadas también garantías normativas; y, en garantías subjetivas o individuales, denominadas también garantías jurisdiccionales; las primeras, son los instrumentos que la Constitución, establece para que, los poderes públicos actúen de manera determinada, como la reforma de la Constitución o el control constitucional de las normas; esas son garantías de *toda la Constitución* afirma el mentado tratadista, y no solamente de los derechos fundamentales; y, las segundas, son los

[46] PEREZ RAYO, Javier: Curso de Derecho Constitucional, Séptima Edición, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid – España, 2000, p. 578

mecanismos que la Constitución pone a disposición de todo ciudadano para que pueda "**reaccionar frente a una posible vulneración de un derecho"**[47]**;** ***esas garantías se relacionan estrictamente con los derechos reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales."***

Tomando en cuenta a las garantías jurisdiccionales en la óptica de subjetiva o individuales, se precisa señalar que, no es suficiente la existencia o el reconocimiento de los derechos, sino que es vital hacerlos efectivos, a través de los mecanismos establecidos en la Constitución de la República; de ahí lo importante de establecer las técnicas idóneas y a asegurar al máximo la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

De acuerdo con los argumentos señalados, se puede conceptuar a las garantías jurisdiccionales como el conjunto de instrumentos procesales establecidos en la Constitución, cuyo objeto es primero, proteger eficazmente los derechos reconocidos en la Carta Fundamental o en los instrumentos internacionales de derechos humanos; segundo, establecer la violación de uno o varios derechos; y, tercero, reparar integralmente los daños causados merced a la transgresión o violación de derechos.

Al respecto hay que recordar cuando estaba en vigencia el amparo constitucional el Dr. Jorge Zavala Egas señalaba, que "**No estamos frente a**

[47] PEREZ RAYO, Javier: Curso de Derecho Constitucional, Séptima Edición, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid – España, 2000, p. 578

un recurso, sino ante una acción, esto es, el poder jurídico que incita y pone en movimiento al organismo jurisdiccional"[48]

Históricamente en el derecho procesal constitucional al derecho a la protección se le ha configurado como una acción, lo que nos permite deliberar que es una derivación del derecho procesal de acción, pues, siendo la acción ordinaria de protección el elemento prodigioso y la herramienta en el manejo y protección de los derechos constitucionales de las personas y la naturaleza, instituye una auténtica acción constitucional que previene, defiende y repara los derechos fundamentales quebrantados.

El profesor Gerardo Pisarello, divide a las garantías jurisdiccionales en: garantías ordinarias o especiales, **"Las primeras se encomiendan a tribunales repartidos en diferentes órdenes (civiles, penales, laborales, contencioso-administrativos) con capacidad para prevenir, controlar o sancionar vulneraciones de derechos provenientes de órganos administrativos o de particulares.- Las garantías jurisdiccionales especiales, en cambio, suelen encomendarse a tribunales superiores o específicamente constitucionales y su objetivo, básicamente es establecer mecanismos de control y reparación en aquellos casos en los que las garantías jurisdiccionales ordinarias han resultado**

[48] ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional la Acción de Amparo y el Control Normativo, Tomo I, Editorial Edino, Guayaquil – Ecuador, 2002, p. 363

insuficientes o en los que la vulneración de los derechos puede atribuirse a actuaciones u omisiones del propio legislador"[49].

*T*al parece que, la división proporcionada por el Dr. Pisarello, se asemeja al sistema de justicia constitucional en el Ecuador, toda vez que, las garantías jurisdiccionales como la acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, acción de acceso a la información, están a cargo de jueces de garantías constitucionales de primer nivel; en tanto que, las garantías jurisdiccionales que se les puede calificar de especiales, como la acción por incumplimiento, extraordinaria de protección; y, acción extraordinaria de protección de las decisiones de la justicia indígena, son de competencia de la Corte Constitucional.

Julio Prado Vallejo al hablar de la vigencia de la Constitución expresa que: ***"El propósito que perseguimos es el de suscitar la mejor difusión de los Derechos Humanos para llenar uno de los vacios más penosos que nos ha sido dable comprobar en casi todos los niveles sociales y políticos, entre los cuales existe una general desinformación sobre la materia, tanto sobre la legislación interna, como sobre las resoluciones, convenios, pactos y declaraciones internacionales"***[50]

Con la difusión de derechos resulta evidente una cultura del conocimiento, respeto y manejo de las garantías constitucionales instituidas en las acciones, como las de incumplimiento, ordinaria y extraordinaria de

[49] PISARELLLO, Gerardo: Los Derechos Sociales y sus Garantías, elementos para su reconstrucción, Editorial Trota, Madrid – España, 2006, p. 120
[50] PRADO VALLEJO, Julio: Documentos Básicos de Derechos Humanos, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1985, p. 65

protección introducidas en nuestro sistema constitucional, siendo estos los productos cualitativos de la actual Constitución de la República del Ecuador. Ello corresponde no solo a abogados, estudiosos del derecho, sino, obligatoriamente donde se originan las leyes, la Asamblea Nacional que esté a la par de los avances jurídicos y científicos que la sociedad lo requiere.

De ahí que es ineludible, ante todo, hacer conciencia del reto de la historia de una nueva constitución del Ecuador, sólo de esta manera habremos conseguido el verdadero goce y ejercicio de las garantías jurisdiccionales en la consolidación democrática y progreso de nuestro país

Oswaldo Gozaíni, sobre la motivación señala que "**La verdad nace del conocimiento que se produce de la verificación y refutación de las pruebas que se dan entre acusación y defensa, esta verdad en motivada en razón al modelo de la correspondencia de Aristóteles"**[51]

Para dar una resolución debe existir una motivación de sus actuaciones, que significa que las pruebas que se ingresen al proceso deben de verificarse con la debida contradicción de ellas, debiéndose cumplir con una estricta legalidad dentro del juicio.

Luigui Ferrajoli, indica que en **"El instante que se produzca la correspondencia entre hecho y normase produce la verdad. Como**

[51] GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo: El Debido Proceso, Derecho Procesal Constitucional, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1ra edición, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 423

resultado del conflicto de las verdades judiciales entre quien acusa y quien contradice en uso de su defensa"[52]

La correspondencia entre el hecho y normarse que produce la verdad, debe de ser aplicado en todo los procesos, y dicha motivación es de vital importancia que los sumarios administrativos deban ser dirigidos por jueces terceros imparciales, con lo cual las garantías orgánicas y procesales en este modelo deben ser esenciales. Caso contrario existen dificultades en la obtención de la verdad, porque la tramitación de los sumarios administrativos que los siguen autoridades de la misma institución, esa verdad produce una tensión entre los bienes esenciales de la sociedad que se encuentran tutelados por la Constitución y cuya realización se hace a través del proceso administrativo, y la libertad que tiene el servidor público de afectar dichos bienes, hace que para la injerencia en los derechos de estas personas el proceso administrativo deben reunir estas garantías como límites del poder del Estado, ya que no debe prevalecer el interés de protección y de castigo de las sanciones disciplinarias, que una misma institución lesione injustificada o desproporcionadamente los derechos que tengan un carácter justo y equitativo del proceso, como es el derecho de contradicción, de defensa, de asistencia letrada, de utilizar los medios de prueba pertinentes.

Recorriendo esta criterio, en el actúale Estado de Derecho se desarrollo en el modelo de garantista, como consecuencia para obtener la verdad deben existir garantías orgánicas, como lo señalado por Luigui Ferrajoli de **"Organización de estado de la justicia, de la separación entre**

[52] FERRAJOLI, Luigui: Derecho y Razón, Editorial Trota, Quinta Edición, España, 2001, p. 543

acusación y decisión, el juez natural; como las garantías procesales como en derecho a la defensa, el estado de inocencia, el principio de culpabilidad, de contradicción, recolección de pruebas, las normas de interrogatorio, formulación de acusación"[53]

Tomando en cuenta esta opinión, que de acuerdo al garantísmo, los procesos deben de motivarse y en el presente caso de los sumarios administrativos, sustentados y tramitados por terceros imparciales, se trata de subsanar con la garantía procesal que produzca la contradicción en el proceso y el juez conozca los hechos que nacen de aquella situación y al momento de dictar sentencia, se debe razonar, porque la racionalidad aplicada a los hechos constitucionales en un requisito natural para que las partes conozcan los motivos que han provocado la persuasión y certeza representada en la decisión.

En la motivación existen algunos principios, y para Fernando de la Rúa, estos son: *"...***el tribunal muestra a los interesados y a la sociedad en general que han estudiado acabadamente la causa; que han respetado el ámbito de la actuación, que han valorado las pruebas sin descuidar los elementos fundamentales; que han razonado lógicamente y han tenido en cuenta los principios de la experiencia y, en fin, que han aplicado las normas legales conforme a un justo criterio de adecuación"**[54]

---

[53] FERRAJOLI, Luigui: Derecho y Razón, Editorial Trota, Quinta Edición, España, 2001, p. 539
[54] DE LA RÚA, Fernando: Recursos de Casación, Editorial Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1994, p. 108

Debemos señalar que el juez en su sentencia debe acogerse a los principios de la lógica deductiva, que son: el principio de identidad, de contradicción, el de tercero imparcial, el de razón suficiente, para el cual analizo cada uno de ellos.

El principio de identidad es e que en el juicio debe ser idéntico el sujeto del predicado, esto es, que los antecedentes que sirven de sustento de la decisión se identifica con la norma y con ella en sí misma. Si en una misma institución se nombran jueces las pruebas que deben agregarse, no van a hacerla decir lo que dice, se tergiversa haciendo decir lo que materialmente no dice, cuando de existir no se toma en cuenta en el momento de la valorización.

En la contradicción, por existir interese por medio, pueden darse que las pruebas que sirven de sustento, se toman en cuenta una de ellas y no las dos, por lo cual la argumentación se va a contradecir, con lo cual la resolución se convierte en un absurdo jurídico.

4.2.2. Aplicación del principio iura novit curia

Si estamos estudiando el problema del conocimiento del Derecho por el juez, conviene, en primer término establecer a qué Derecho nos vamos a referir. El Derecho tiene sus fuentes: la ley, la jurisprudencia, el Derecho científico, la costumbre; y, como ley, además de la nacional, existe la extranjera. Con toda facilidad pueden señalarse, pues, tres capítulos o zonas a este trabajo: el Derecho nacional, el Derecho extranjero y el Derecho consuetudinario. Ha podido considerarse, y tal consideración no dejó de pesar sobre mí al

estudiar este tema, que no existe absoluta homogeneidad entre las tres manifestaciones jurídicas a que acabo de aludir: que frente al Derecho nacional, se trata del conocimiento del mismo; al paso que, frente al Derecho extranjero y al Derecho consuetudinario, se habla corrientemente de la prueba de la ley extranjera y dé la costumbre. Pero sin gran esfuerzo se puede llegar a la conclusión de que el Derecho extranjero y el Derecho consuetudinario, lo mismo que el Derecho escrito nacional, no se prueban sino que el juez ha de obtener su conocimiento aunque sea por medios de los, tan sencillos, que exige el conocimiento del Derecho nacional escrito. Aunque el artículo 13 del Código civil vaya acompañado de la nota del codificado que nos dice: "La ley extranjera es un hecho que debe probarse; la ley nacional es un derecho que simple mente se alega sin depender de la prueba", no puedo por menos de reiterar mi adhesión a la doctrina del doctor Carlos Alberto Alcorta: "**Es en verdad circunstancia curiosa que una ley, por ser extranjera, sea un hecho que debe probarse, y que la ley nacional sea un derecho que simplemente se alega sin depender de prueba"**

José García Falconí señala que **“el principio iura novit curia, la aplicación y la interpretación de las normas legales pertinentes queda reservada a los jueces con abstracción de las alegaciones de las partes, es decir que los jueces pueden enmendar el derecho mal invocado y suplir el omitido, y esto hace que sea necesario pronunciarse acerca de cuál es la ley aplicable al caso. Ello es así sin infracción al principio de congruencia y defensa en juicio, puesto que es a los jueces a quienes**

corresponde calificar jurídicamente las circunstancias fácticas con independencia del derecho que hubieren invocado las partes, en tanto en cuanto no se alteren los hechos o se tergiverse la naturaleza de la acción deducida, pues insisto, el principio iura novit curia traduce la atribución del juez de aplicar el derecho que cree justo, sin sujeción a los errores de planteo o invocación de los litiganres. No obstante ello, esta facultad reconocida por el ordenamiento jurídico no es absoluta, pues supone el respeto de los principios procesales de contradicción, bilateralidad y congruencia."[55]

Es menester insistir que el empleo del principio iura novit curia debe ser respetuoso del de congruencia, dado que el juez debe aplicar la norma inherente al caso, pero siempre enmarcado dentro de las situaciones presentadas por las partes, pues tal adagio no autoriza a cambiar la pretensión interpuesta ni a modificar los términos en que ha quedado trabada la litis; lo contrario importaría conculcar la garantía de defensa en juicio y las reglas del debido proceso.

José García Falconí señala que "**que si aquel derecho ha sido mal invocado por el demandante, le corresponde al juez constitucional o al juez de la justicia ordinaria, encarar la tarea de encuadramiento, supliendo la norma errónea por la aplicación del brocárdico iura novit curia; pero hay que aclarar, que si en la tarea de enmendar, se modifica el efecto propio de la demanda, no se trata por cierto de una deficiencia**

[55] GARCÍA FALCONÍ, José: Los nuevos paradigmas en materia constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, Tomo Segundo, Primera edición, Ediciones Robin, Quito – Ecuador, 2011, p. 343

en el ejercicio del derecho de acción, sino de no provocar un verdadero perjuicio que puede contraer consecuencias extraprocesales, pues como bien lo señala el tratadista Gozaíni "Los principios procesales que mentan la publicidad del proceso y la dirección e iniciativa del juez, demuestran la realidad del control que las partes ejercen mutuamente y la posición principal de quien conduce el pleito"[56]**.**

Al otorgarse el principio iura novit curia solo para procesos constitucionales, y no otorgársele a para procesos de la niñez y adolescencia es un tipo de ilegalidad en nuestro Estado social y democráticos de derechos. Pues la legalidad es "**La capacidad de un poder para obtener la obediencia sin necesidad de recurrir a la coacción que supone la amenaza de la fuerza. Un modelo de Estado es legítimo su existe un censo entre los miembros de su comunidad política para aceptar su autoridad. El poder político concebido por su ciudadanía como legítimo tiene a su obedecido. En caso de quiebra de la legalidad también quebrará todo el sistema de dominación"**[57]

La legalidad posee dos vertientes, por una parte, la legalidad es el origen, en el acceso al poder; en segundo lugar, la legalidad también se produce en el ejercicio de ese poder, en el cumplimiento de los requisitos de actividad que los administrados consideran adecuados. La legalidad se remite a los valores que aquellos que han de percibirla, en este caso los ciudadanos. Por

[56] GARCÍA FALCONÍ, José: Los nuevos paradigmas en materia constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, Tomo Segundo, Primera edición, Ediciones Robin, Quito – Ecuador, 2011, p. 348

[57] ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso: Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo, EDILEXA. S.A., Editores, 1ª Edición, Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 370

lo tanto la administración será legítima si el sistema de valores socialmente aceptado la considera como tal.

Es preciso indicar que si el Juez de la Niñez y Adolescencia, no tiene la facultad de aplicar una norma distinta a la indicada por las partes, pero siempre sustentado en los hechos, o que no tiene la facultad de aplicar el principio iura novit curia, no conllevaría a existir una imparcialidad de dicho Juez en su resolución de un proceso de la niñez y adolescencia, y según José García Falconí **"Este principio radica en la igualdad de todas las personas ante la ley, garantía que deben gozar todos los ciudadanos frente a quienes administran justicia tanto ordinaria como constitucional"**[58]

El principio iura novit curia, debe ser aplicado no solo en procesos constitucionales, sino también en los procesos de la niñez y adolescencia, ya que por la imparcialidad del Juez, ya que la índole moral y ética, la honestidad, la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para una correcta administración de justicia, de tal manera que hoy el Estado es de justicia entre otras características, así no basta el simple conocimiento de la ley y del procedimiento, sino que es indispensable el demostrar en todas sus actuaciones judiciales los valores de la rectitud, la honestidad y la moralidad.

Con el principio iura novit curia en procesos de la niñez y adolescencia, conlleva a existir una independencia judicial, y esta tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues de lo contrario

[58] GARCÍA FALCONÍ, José: La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de protección de la Nueva Constitución de la República del Ecuador, Primera edición, Quito – Ecuador, 2008, p. 85

se competerían arbitrariedades, de tal modo que los jueces deben utilizar el principio iura novit curia como criterio auxiliar, pero si los jueces deciden apartarse de dicha línea jurisprudencial, deberán certificar de manera suficiente y adecuada el motivo que los lleva a hacerlo so pena de infringir el principio de igualdad.

El principio iura novit curia en los procesos de la niñez y adolescencia, que el juez aplica para dictar sus resoluciones o sentencias, no debe ir fuere de los fundamentado en la demanda, sino que debe existir congruencia con este principio, como es de conocimiento general, la sentencia debe dictarse en concordancia con la demanda y con la contestación formulada por las partes y que no contengan resoluciones ni afirmativas que se contradigan entre sí, de tal modo que lo primero es la congruencia externa y la segunda es interna.

Uno de los principios generales de las sentencias es que éstas deben ser concurrentes con las peticiones de las partes. En tal virtud el fallo es incongruente cuando decide sobre puntos ajenos a la controversia, en cuyo caso hay extrapetita, o cuando prevee más allá de lo pedido, esto es ultrapetita; o cuando deja sin decidir algún punto de la demanda o las excepciones, esto es mínima petita.

4.2.3. Criterios de la igualdad y no discriminación.

Las desigualdades son consustanciales a las personas, son parte de la realidad, por ello afirma el profesor NOGUEIRA ALCALA, Humberto "**se desarrolla la crítica democrática en el siglo XX, que va a otorgar al**

Estado un mayor protagonismo en la vida social, tratando de corregir las graves desigualdades sociales, dentro de su tarea y fin que es el bien común, reconociéndole la posibilidad de dictar normas destinadas a ciertos grupos sociales que se encuentran en una situación determinada y específica diferente de la de otros grupos, lo que trae consigo la destrucción del dogma de la universalidad de la ley y el desarrollo del principio de igualdad de oportunidades."[59]

Los principios, criterios y normas sobre los derechos humanos en general y los derechos de los niños en particular, han sido reafirmados, precisados o desarrollados en diversos convenios y resoluciones que el Ecuador ha ratificado de los convenios internacionales por la Asamblea Nacional, que a partir de esta ratificación constituye norma interna para regular los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La naturaleza jurídica de estos varios tipos de instrumentos es diferente. Mientras que los convenios crean deberes concretos a cargo de los Estados que los han ratificado y que constituyen ley para cada país que se insertan en cada Constitución, las resoluciones contienen solo criterios para guiar, orientar y aconsejar a los Estados, ya sea para cumplir mejor con los preceptos constitucionales o para aplicar las obligaciones aceptadas en los convenios que han ratificado.

No está prohibido ni es contrario al derecho a la igualdad que el legislador pueda determinar diferencias, pero siempre que su establecimiento se

[59] NOGUEIRA ALCALA, Humberto: El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Dike, 1997, pág. 231

justifique racionalmente y jamás se la afinque, en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole.

No existen aspectos relevantes, como los indicados, en los que las personas deben ser tratadas en forma igual, es decir, que no pueden ser discriminados sin una razón suficiente, una razón importante o relevante y jamás en forma arbitraria.

El derecho a la igualdad es un principio complejo que tiene el doble fin de tutelar y valorar las diferencias como elementos de la identidad de las personas, y de eliminar o cuando menos reducir las desigualdades. Así, la igualdad en los derechos fundamentales no es otra cosa que el igual derecho de todas las personas a la afirmación de la propia identidad, en la que las diferencias están dotadas de igual valor, prescribiendo igual respeto e igual tratamiento entre ellas. FERRAJOLI nombra a este modelo como "**la igual valoración jurídica de las diferencias. En este modelo, la igualdad jurídica nunca será otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes"**[60]

Ahora bien, la igualdad, al constituir un principio normativo, puede resultar inefectiva y ser restringida, de hecho, mediante las violaciones a los

[60] FERRAJOLI, Luigui: Derechos y Garantías, La Ley del más débil, Madrid, Trota, 2001, p. 76

derechos fundamentales. En el caso de las mujeres, por ejemplo, la discriminación contra dicho grupo social es persistente en cuanto a la privación de los derechos que implican obligaciones positivas de prestación o de satisfacción por parte de otros sujetos y del Estado mismo, como el derecho al trabajo, el acceso y la carrera en la función pública y en la distribución de los recursos. Lo anterior es producto de la falta de garantías que permitan exigir los derechos sociales, ya que tradicionalmente se les ha considerado como normas programáticas o directrices de políticas públicas dependientes de recursos presupuéstales. Ello ha provocado que se carezca de una cultura jurídica de demanda y control de este tipo de derechos desde el ámbito jurisdiccional.

Sin embargo, en la actualidad se reconoce que todos los derechos -sean civiles políticos, económicos, sociales o culturales- traen consigo costos y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas para el Estado. En este sentido, el derecho internacional y el constitucionalismo moderno han desarrollado figuras que permiten judicializar los derechos sociales hasta cierto grado, tales como la exigencia de un mínimo vital, que reconoce un núcleo o contenido esencial del derecho exigible al Estado; la prohibición de regresividad en donde todo retroceso del nivel alcanzado se presume inconstitucional; y, de manera significativa, su defensa a partir del derecho a la igualdad. Es decir, que cuando un derecho social ha sido reconocido a determinadas personas y se ha restringido su acceso a otras, es posible realizar un juicio relativo a la legalidad y razonabilidad de la exclusión para determinar si el tratamiento diferenciado está justificado.

Para Francisco Córdova "**La igualdad y la no discriminación son la expresión del principio de igualdad jurídica, que formula un derecho de los hombres a participar del bien común, en condiciones de igualdad, sin discriminaciones...**"[61]

El principio de igualdad conlleva que un derecho otorgados para procesos constitucionales, como el principio iura novit curia sea aplicado para procesos de la niñez y adolescencia

El principio de protección, a criterio del tratadista Manuel Sánchez Zuraty, ésta consiste en el **"conjunto de atributos físicos y espirituales que conforman la integridad humana. La persona se entiende conformada por un elemento material, en el que constan todos los órganos corporales que dan lugar fisiológicamente a la vida; y, por un elemento espiritual, que consiste en todas las facultades intelectuales, psicológicas y morales que comprenden la personalidad del hombre."**[62]

El tratadista Carlos Creus argumenta que "**la ley no protege y garantiza a cada uno de los órganos del ente humano por separado, sino se protege la integridad física del ser humano en su totalidad. Es decir, se tiende a preservar el funcionamiento vital en todo su contexto, como denominación de integridad física del individuo.**"[63]

---

[61] CÓRDOVA; Francisco: La Carta de Derechos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, Temis, Bogotá, 1995, pág. 200

[62] SÁNCHEZ, Manuel. Diccionario Básico de Derecho. Editorial Casa de la Cultura del Ecuador. Ambato. 1989. p. 78.

[63] CREUS, Carlos. Derecho Penal. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires – Argentina. 1983. p. 6.

Pero, como los derechos de los niños, niñas y adolescentes nacen no solo de la ley sino también de otras fuentes, la norma constitucional se ha de aplicar a todas esas fuentes y, en consecuencia, los derechos otorgados a los niños y adolescentes en los convenios internacionales, la Constitución y la Ley.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. La aplicación de iura novit curia en la Constitución de la República del Ecuador.

El Art. 426 de la Constitución de la República del Ecuador, expresa que: "**Todos las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.**

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación.

No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos."[64]

Esta disposición se fundamenta el principio del iura novit curia que se exime a las partes de alegar, probar la norma jurídica aplicable al caso, que pone

[64] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 426

en conocimiento de la jurisdicción, y permite que el juez pueda apartarse de las consideraciones jurídicas realizadas por estas, pero esto se dice en la doctrina, se aplica exclusivamente en los procesos constitucionales; de tal modo que el juez constitucional puede sustentar su resolución en alegaciones no esgrimidas o fundamentadas por las partes.

Es de toda evidencia que los derechos fundamentales rigen hoy en la práctica como principios supremos del Ordenamiento jurídico en su conjunto, no sólo en la relación del individuo con el poder público actuante en forma imperativa, y afectan también por ello a la relación recíproca de los actores jurídicos particulares, limitan su autonomía privada; rigen también no sólo como normas de defensa de la libertad, sino, al mismo tiempo, como mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado.

Lo señalado en el Art. 426 de la Constitución, se trata de interpretar principios, pues de ellos está nutrida la Constitución, no consiste la labor hermenéutica en extraer significados de reglas. Los principios son normas abiertas al desarrollo que impone el futuro, también a los valores superiores de toda sociedad, a la dignidad humana, a los derechos históricos y a magnitudes socioeconómicas. Para que una sociedad viva con su Constitución como conjunto de normas, esta última debe estar estrechamente vinculada con la realidad social, a través de la apertura antes mencionada.

La aplicación de derechos se fundamenta en lo señalado en el Art. 11 numeral 5 de la misma Constitución de la República del Ecuador, que indica: **"El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:**

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia."[65]

Si es aplicable el principio iura nuria curia, en un proceso constitucional, porque se abstiene de aplicar en los demás proceso, cuando en la disposición anterior conlleva a que el Juez aplique las normas que más favorezcan su efectiva vigencia, pues los órganos tienen el deber de hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, pues, la consecuencia más importante de la constitucionalización de esta garantía es que tienen eficacia directa sobre todos los poderes públicos, es decir, sobre el legislativo, el ejecutivo y el judicial y todos ellos, en el ámbito de sus potestades, tienen la obligación de dictar la normativa necesaria para conseguir su efectiva vigencia. En el caso que se dicte una ley procesal deficiente que limita, desfigurando el contenido del derecho de defensa, la posibilidad de actuación de un imputado y el juez o la autoridad administrativa la aplica, la indefensión es obvia a pesar del acatamiento a la ley, pues, ésta es inválida por inconstitucional.

A propósito del derecho a la tutela judicial efectiva, se enuncia en nuestra Constitución de la República del Ecuador en el Art. 75 literal a) que indica:

[65] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 11 núm. 5

"Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento"[66], ello significa que ninguna persona quedará en indefensión. En este caso el constituyente manifiesta su intención de prescribir que no puede producirse la denegación de Justicia a ninguna persona. En el caso del derecho de defensa el mismo constituyente lo circunscribe a la defensa en un proceso, en un juicio y no tiene la extensión o la amplitud del enunciado precedente. En el primer caso, si accedo al órgano judicial entablando un juicio no hay denegación de justicia, pero bien puede haber lesión al derecho de defensa. Y, en uno u otro caso, se deja a esa persona en estado de indefensión. Por ello, es importante comprender siempre la vastedad del campo de acción del estado de indefensión y el procedimiento, como ámbito del derecho de defensa.

Ejecutado el acto inicial de cualquier procedimiento nace automático el derecho a ejercer la defensa. Se trata que el legislador, el juez o la autoridad a cada actuación se dé a la persona la oportunidad de realizar una acción con un contenido y finalidad conexos con la primera. Debe ser garantizada una participación equivalente a las acciones que se emprendan en su contra, esto supone que con carácter general, no sólo en el conjunto del procedimiento, sino en cada una de sus fases cuya resolución afecte a los derechos e intereses legítimos de una persona, éste debe ser oída y deben respetarse el resto de las garantías procesales a que alude el precepto constitucional.

[66] IBIDEM, Art. 11 núm. 75 lit. a)

El Art. 436 de la Constitución de la República del Ecuador indica que: "**La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:**

6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, babeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión."[67]

Esta atribución se conoce con el nombre de stare decisis, la cual tiene vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, al establecer que las resoluciones de la Corte Constitucional sirven de precedentes jurisprudenciales; esto es que se constituye en jurisprudencia vinculante en materia constitucional

Más aún hay que recordar que todas las sentencias ejecutoriadas dictadas en materia constitucional por la justicia ordinaria, deben ser remitidas a la Corte Constitucional para el desarrollo de su jurisprudencia, de tal manera que de este modo se establece el principio de estar a lo decidido.

4.3.2. Análisis de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

El Art. 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala los principios procesales, que la justicia constitucional debe aplicar, y en el numeral 13 específicamente dispone lo siguiente **"**13.

[67] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 436 núm. 6

Iura Novit Curia.- **La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional"[68].**

Este principio proclama, que si el demandante ha invocado mal el derecho, le corresponde al juez constitucional, encarar la tarea de encuadramiento, supliendo la norma errónea, por aplicación del brocárdico iura novit curia; pero hay que aclarar, que si en la tarea de enmendar, se modifica el efecto propio de la demanda, no se trata por cierto de una deficiencia en el ejercicio del derecho de acción, sino de no provocar un verdadero perjuicio, que puede contraer consecuencias extra procesales.

Estos procesos se llevan a cabo ante la Corte Constitucional, pero que sucede en el caso de que se ventilan en los juzgados de la niñez y la adolescencia, pueden ellos de que la jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso.

En el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 052 del día jueves 22 de octubre de 2009, la Asamblea Nacional dictó la LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, considerando que el país requiere de una normativa, que asegure que toda disposición jurídica, sea susceptible de control judicial constitucional, que proporcione al juez herramientas conceptuales, técnicas y prácticas, y pautas concretas y específicas para examinar la constitucionalidad material y formal del proceso de producción normativa, y que promueva la participación popular dentro de dichos procesos.

[68] LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 4, núm. 13

En el Considerando manifiesta, que con esta ley, se quiere asegurar, que todos los jueces resuelvan todos los asuntos sometidos a su conocimiento, desde una perspectiva constitucional y con sujeción a las normas constitucionales; y que dentro del neoconstitucionalismo sea la Corte Constitucional la que lidere este proceso de constitucionalidad de la justicia

4.3.3. Análisis del Código Orgánico de la Función Judicial

El Art. 5 del Código Orgánico de la Función Judicial dice: **"PRINCIPIO DE APLICABILIDAD DIRECTA E INMEDIATA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL.- Las jueces y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.**

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de tales derechos"[69].

[69] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 5

Las consecuencias de la calidad de norma jurídica son varias, una de ellas es que los preceptos constitucionales son de aplicación directa e inmediata. Que son de aplicación directa significa que de ellas derivan derechos y obligaciones para sus destinatarios, e inmediata quiere decir que no es necesaria la mediación de una ley que los desarrolle para que la persona demande el respeto a los derechos y garantías que le corresponden o la reparación de los perjuicios causados por su violación y que, por lo contrario, esa demanda puede fundamentarla en lo que, al respecto, establezca la Constitución y que las autoridades deben sustentar en ellas sus resoluciones, cuando de derechos y garantías se trate.

El Art. 140 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone "**Opiniones sobre puntos de derecho.- La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.**

Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos"[70].

Además, por esta misma razón, o sea por tratarse de normas jurídicas de aplicación directa e inmediata, las autoridades públicas, de cualquier género

[70] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 140

o especie y nivel, en cualquier asunto y no solo en materia de derechos y garantías, pueden sustentar sus resoluciones o fallos en los propios preceptos constitucionales, y esto lo mismo en el caso de que los interesados expresamente soliciten que cuando no lo piden por ignorancia, olvido o cualquiera otro motivo, no hace falta, pues, una ley que desarrolle el texto constitucional; ésta tesis la comparte el Tribunal Constitucional.

Las normas constitucionales regulan, los elementos e instituciones del Estado su organización y funciones, las relaciones entre sí y con los habitantes del territorio estatal, cosa admitida siempre y sin discusión por casi todos, pero también son aplicables, y esto es relativamente nuevo, a las relaciones de los habitantes entre ellos, ya que es deber y responsabilidad de todos los ciudadanos acatar y cumplir la Constitución y ya también porque siendo responsabilidad del Estado, hacer que los derechos de la persona sean respetados, es obvio que su infracción, al igual que la infracción de cualquier norma jurídica verdaderamente tal, sea sancionada, lo mismo cuando los infractores sean otras personas o instituciones públicas que cuando sean personas o instituciones privadas, nacionales o extranjeras.

4.3.4. Análisis del Código de Procedimiento Civil

El Código de Procedimiento Civil, en el Art. 273 señala "**La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis, y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido**

reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella"[71]**.**

El Art. 274 del Código de Procedimiento Civil, dispone "**En las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal"**[72]; lo cual evidentemente es arcaico, obsoleto, pues como todos conocemos y lo he repetido constantemente en esta obra, las fuentes de derecho están en los Arts. 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador.

De tal manera que la jurisprudencia nacional han aceptado este principio del iura novit curia en el sentido de que el juez o tribunal puede corregir errores u omisiones de derecho del accionante, motivando o fundamentando su decisión en cualquier precepto constitucional vulnerado, incluso sino hubiere sido expresamente invocado; este principio se denomina en doctrina de Avocación.

4.3.5. Análisis del Código de la Niñez y Adolescencia

Para garantizar los derechos de la infancia y adolescencia el Código de la Niñez establece que se deben tomar medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas para dar efectividad a los

[71] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 273
[72] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 274

derechos declarados. Estas obligaciones se establecen de manera general en el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia al que se lo define en el Art. 190 como **"...un conjunto articulado y coordinado de organismos, entidades y servicios, públicos y privados, que definen, ejecutan, controlan y evalúan las políticas, planes, programas y acciones, con el propósito de garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia; define medidas, procedimientos; sanciones y recursos, en todos los ámbitos, para asegurar la vigencia, ejercicio, exigibilidad y restitución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, establecidos en este Código, la Constitución de la República del Ecuador y los instrumentos jurídicos internacionales"**[73]

Estos objetivos del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, no protegen cabalmente los derechos de la niñez y adolescencia, porque hasta el momento no hay una coordinación, por ejemplo entre municipios y Consejos de la Niñez y Adolescencia, esto se debe a que no existe suficiente presupuesto para cumplir con las políticas y objetivos de que tienen cada institución, por lo que se hace necesario apoyo económico gubernamental para garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia.

El Código de la Niñez y Adolescencia, su protección necesariamente están referidas a un juicio, tienen conexión vital a un proceso y su terminación

[73] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 190.

obvia su existencia directa de todas las clases de derechos declarados, inclusive de los económicos, sociales y culturales, para esto se puede identificar, entre otras medidas, tres procedimientos principales: el procedimiento contencioso general, la acción judicial de protección y el procedimiento administrativo de protección de derechos.

Generalmente se dividen a los procedimientos en administrativos y jurisdiccionales. El primero se encuentra en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia del Libro III que trata del Sistema Nacional de descentralización de protección integral de la Niñez y adolescencia, Título VIII del Procedimiento Administrativo de protección de derechos del Art. 235 al 244. Y los procedimientos Jurisdiccionales en el mismo Libro del Título X de la Administración de Justicia de la Niñez y Adolescencia del Art. 255 al 293 del mismo Código.

a) Los procedimientos administrativos son lo que se llevan frente a los órganos locales de protección, se caracterizan por preservar todas las garantías del debido proceso y ser sumamente rápidos.

b) Los procedimientos judiciales se establecen para protección de derechos difusos o para casos de incumplimiento de las medidas de protección resueltas por los órganos administrativos de protección. Estos procedimientos son generalmente orales, rápidos y rodeados de todas las garantías constitucionales.

c) Otros procedimientos son los vinculados a los derechos de familia, por ejemplo alimentos, tenencia, generalmente existe un procedimiento único con rasgos especiales para algunas causas.

El Código de la Niñez y Adolescencia establece una serie de principios específicos, estos además de los contenidos en la Constitución y los instrumentos internacionales, que rigen la actuación del sistema nacional descentralizado, por tanto de las jueza y los jueces de la niñez y adolescencia y de las juntas cantonales de protección de derechos.

El artículo 191 establece los siguientes principios aplicables a las juntas y a los jueces: legalidad, economía procesal, motivación de todo acto administrativo y jurisdiccional, eficiencia y eficacia.

En los artículos 256 y 257 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se establecen los principios rectores específicos que rigen la actuación de la administración de justicia especializada: humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia, inviolabilidad de la defensa, contradicción, impugnación, inmediación, el derecho a ser oído y las demás garantías del debido proceso.

Además, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 11 y 258, del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en todo procedimiento, judicial o administrativo, la jueza o el Juez o la autoridad competente, debe velar porque se respete el interés superior del niño, niña o adolescente y se debe escuchar su opinión.

El artículo 3 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece el principio de supletoriedad general formulado en los siguientes términos: “En lo no previsto expresamente por este Código se aplicarán las demás normas del ordenamiento jurídico interno, que no contradigan los principios que se reconocen en este Código y sean más favorables para la vigencia de los derechos de la niñez y adolescencia”[74].

Este principio de supletoriedad, como lo señala el Dr. Efraín Torres Chaves en su obra Breves Comentarios al Código de la Niñez y Adolescencia, “es universal para llenar los vacíos que en toda ley puedan presentarse. Este se concreta en que a falta de normas explícitas se aplican las previstas en otras genéricas”[75]

Este principio de supletoriedad, considero que es fruto de la filosofía que ha inspirado el Código de la Niñez y Adolescencia, en que la ley genérica suple por la ausencia legal que se encuentre en este Código.

Los procedimientos administrativos de protección de derechos, no es exclusivo de los organismos administrativos de protección de derechos (las juntas cantonales de protección de derechos), este es el procedimiento pertinente para que las juezas y los jueces de la niñez y adolescencia conozcan y resuelvan las medidas administrativas de protección, tanto las contenidas en el Libro Primero, como las del Libro Tercero.

[74] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Cod. Cit., Art. 3.
[75] TORRES CHÁVES, Efraín: Breves Comentarios al Código de la Niñez y Adolescencia, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, p. 3

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 235 del Código de la Niñez y Adolescencia tres son los asuntos para los que este procedimiento es el adecuado: “a) La aplicación de medidas de protección cuando se ha producido una amenaza o violación de los derechos individuales o colectivos de uno o más niños, niñas o adolescentes; b) el conocimiento y sanción de las infracciones sancionadas con amonestación; y, c) el conocimiento y sanción de las irregularidades cometidas por las entidades de atención”[76]

En la aplicación de medidas de protección, este procedimiento se encuentra dirigido exclusivamente a la toma de medidas administrativas de protección contenidas en los artículos 79, 94 y 217 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, ya que las medidas judiciales de protección y todos los temas contenidos en el Libro Segundo de la Ley se tramitan con procedimiento contencioso tipo ante las juezas y los jueces de la niñez y adolescencia de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 271.

De igual forma el procedimiento adecuado para la protección de derechos colectivos o difusos es la acción judicial de protección, esto por lo determinado en el artículo 264, que tiene por objeto obtener un requerimiento judicial para la protección de estos derechos, consistente en la imposición de una determinada conducta de acción u omisión, dirigido a la persona o entidad requerida, con las prevenciones establecidas en la Ley.

El Art. 95 numeral 1 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, sanciona con amonestación para el caso de violación a las disposiciones

[76] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Cod. Cit., Art. 235.

sobre trabajo, ya que la otra sanción de amonestación es para las entidades de atención, sin embargo la competencia específica para sancionar a las entidades de atención corresponde a los organismos que aprobaron su funcionamiento. El artículo 213 contiene las sanciones aplicables a las entidades y a los programas de atención: amonestación escrita y plazo para superar la causa que motiva la sanción; multa de quinientos a cinco mil dólares, que se duplicará en caso de reincidencia; suspensión de funcionamiento, por un período de tres meses a dos años; cancelación de uno o más programas; y, cancelación de la autorización y registro.

En el Art. Innumerado 1 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia indica que "El presente título regula el derecho a alimentos de los niños, niñas y adolescentes y de los adultos y adultas considerados como titulares de derechos establecidos en esta Ley. En lo que respecta a las demás personas que gozan de este derecho, se aplicarán las disposiciones sobre alimentos del Código Civil"[77]

En este título se aplican, las medidas adecuadas para la prestación de alimentos que se deben a los niños, niñas y adolescentes, y a falta de alguna norma se aplicarán en lo que respecta a las disposiciones del Código Civil. Entre las medidas a aplicarse tenemos los apremios personales y los apremios reales

El Art. Innumerado 1 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, sobre el apremio personal expresa:

[77] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Cod. Cit., Art. Innumerado 1 ley reformatoria al Título V, Libro II,

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

En la misma resolución en la que se ordene la privación de libertad, el Juez/a ordenará el allanamiento del lugar en el que se encuentre el deudor, siempre y cuando preceda la declaración juramentada sobre el ocultamiento del obligado/s, por parte de quien solicita dicha medida.

Previo a disponer la libertad del alimentante moroso, el Juez/a que conoció la causa, realizará la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptará el pago en efectivo o cheque certificado. Pagada la totalidad de la obligación, el Juez/a dispondrá la libertad inmediata.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, el Juez/a podrá ejecutar el pago en contra de los demás obligados.

Similar procedimiento se cumplirá cuando el obligado haya dejado de pagar dos o más obligaciones asumidas mediante acuerdos conciliatorios."[78]

El apremio personal ha existido siempre como una forma de existencia judicial en el pago de las pensiones alimenticias. Lamentablemente en la mayoría de los casos, toca recurrir a esta medida coercitiva con el fin de que

[78] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Cod. Cit., Art. Innumerado 22 ley reformatoria al Título V, Libro II,

el alimentante cumpla con su obligación, ya que voluntariamente si no ha cumplido con la obligación, la cumpla por la amenaza de su privación de libertad y en otros casos extremos obtener la misma. El apremio personal se pide y se concede, como una medida coercitiva, si el alimentante incumple con sus obligaciones.

El Art. 22 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia dispone que:

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

En la misma resolución en la que se ordene la privación de libertad, el Juez/a ordenará el allanamiento del lugar en el que se encuentre el deudor, siempre y cuando preceda la declaración juramentada sobre el ocultamiento del obligado/s, por parte de quien solicita dicha medida.

Previo a disponer la libertad del alimentante moroso, el Juez/a que conoció la causa, realizará la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptará el pago en efectivo o cheque certificado. Pagada la totalidad de la obligación, el Juez/a dispondrá la libertad inmediata.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, el Juez/a podrá ejecutar el pago en contra de los demás obligados.

Similar procedimiento se cumplirá cuando el obligado haya dejado de pagar dos o más obligaciones asumidas mediante acuerdos conciliatorios."[79]

Sobre esta disposición Efraín Torres Chaves en su libro Breves Comentarios al Código de la Niñez y Adolescencia considera que "**Uno de los desaciertos que encuentro dentro de la dogmática jurídica, es la confusión del legislador entre 'apremio' y 'arresto', medidas graves ambas, de diferente entidad jurídica con el 'allanamiento del lugar', 'prohibición de salida del país' y una posible 'prisión perpetua', hasta que pague de modo íntegro lo adeudado por un año o más de alimentos."[80]**

En el primer inciso del "Art. 20 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia"[81] se establece el apremio personal en el caso de no pago de dos o más pensiones y más abajo dice, que el primer apremio será de hasta 30 días, pero en caso de reincidencia por el no pago de las pensiones de alimentos, el apremio personal se extenderá por 60 días más y hasta un máximo de 180 días.

La aplicación de apremios personales frente al incumplimiento de pago de pensiones, establecidas en las Reformas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicado en el Suplemento del R. O. Nro. 643 del 28 de julio

[79] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Ley Reformatoria, Art. 20
[80] TORRES CHÁVES, Efraín: Obra Citada, p. 107
[81] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Art. 20

del 2009, lamentablemente no busca alternativas para hacer de la prisión la excepción y no la norma. Quizá sea porque en la práctica esta sanción ha resultado ser eficaz para aquellos casos de excepción en los que se incumple. Por ello parece exagerado 30 días para el caso de no pago y en caso de reincidencia una extensión por 60 días más y hasta 180 días. En estos casos la norma resulta ineficaz para el fin perseguido y se queda simplemente en lo punitivo.

Sobre la base de la información constante en la tarjeta de pago de la cual aparezca que el deudor no ha pagado dos o más pensiones alimenticias, el actuario del juzgado sentará la razón en este sentido, correspondiéndole al Juez, conforme a esta disposición legal, ordenar el apremio personal, la potestad de ordenar el allanamiento del lugar en donde se halle el deudor con el fin de arrestarlo.

Tan solo el peticionario deberá declarar bajo juramento indicando que se halla oculto en tal lugar. El plazo mínimo de la privación de la libertad es de treinta días, sin embargo, cuando el deudor sea reincidente este plazo se extenderá hasta un máximo de ciento ochenta días. Naturalmente si el prestador satisface lo adeudado incluyendo los gastos que hayan demandado el apremio personal y el allanamiento antes de las fechas prefijadas puede recobrar su libertad. Si como forma de la prestación alimenticia se constituyó usufructo, uso o habitación, percepción de pensiones alimentarias, depósito de una suma de dinero u otra forma similar,

el deudor está obligado a solucionar la falta de pago, lo cual en mi opinión permite una efectiva protección del menor de edad.

La prohibición de salida del país, como lo señala el Art. 20 de la Ley reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es una medida coercitiva que forma parte del apremio personal con el fin de evitar que el alimentante abandone el país sin que previamente otorgue garantía personal o real suficiente y a satisfacción del Juez; al respecto esta disposición dispone que:

"En caso de incumplimiento en el pago de dos o más pensiones alimenticias sean o no sucesivas, el Juez/a dispondrá la prohibición de salida del país del deudor/a y su incorporación en el registro de deudores que el Consejo de la Judicatura establecerá para el efecto. El registro de deudores de la jurisdicción que corresponda, se publicará en la página Web del Consejo de la Judicatura y este a su vez remitirá el listado a la Superintendencia de Bancos y Seguros para la incorporación de los deudores en el Sistema de Registro o Central de Riesgos. Una vez cancelada la obligación el juez o la jueza dispondrá tanto al Consejo de la Judicatura como a la Superintendencia de Bancos la eliminación del registro"[82]

La esencia del arraigo es la misma de la prohibición de salida del país, con la diferencia de que esta medida coercitiva se la aplica a los extranjeros.

[82] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Ley reformatoria, Art. 20

Más, es un tecnicismo jurídico ya que no existe ninguna diferencia intrínseca entre prohibición de salida del país y arraigo.

El Art. 26 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia señala: “Para asegurar el pago de la prestación de alimentos, el Juez/a podrá decretar cualquiera de los apremios reales contemplados en el Código de Procedimiento Civil”[83]

Esta disposición se remite a los Arts. 924, 925 y 932 del Código de Procedimiento Civil para compeler al depósito o pago de alimentos, se resumen así:

- Los apremios son medias coercitivas de las que se vale un juez para que sean obedecidas sus providencias;

- Hay apremio personal, cuando se lo aprehende y se conduce a una persona para que cumpla la orden del juez/a;

- Es apremio real cuando se cumple aprehendiendo las cosas o ejecutando los hechos a que ella se refiere;

- Los apremios se ejecutan por el alguacil, respaldado por la policía;

- El apremio desemboca en la retención de las cosas, solamente en la devolución de procesos, para ejecutar providencias urgentes, para realizar depósitos, para cumplir una posesión provisional, para aseguramiento de bienes, para que se proporcionen alimentos forzosos; y,

[83] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Ley reformatoria, Art. 143

- El Art. 928 del Código de Procedimiento Civil en su penúltimo inciso señala que “Si el apremiado no cumple inmediatamente con lo que el juez/a hubiese dispuesto, será puesto a disposición del fiscal.”[84], la resolución del Juez/a de ponerlo a orden del Fiscal se refiere en los casos hacia la devolución de procesos o para ejecutar providencias urgentes, como depósito, posesión provisional, aseguración de bienes, arraigo y las demás que estén expresamente determinadas en la ley.

El apremio real es una medida coercitiva en virtud de la cual se aprehende otras cosas de propiedad del deudor cualquiera sea su naturaleza. El apremio real, de acuerdo al Art. 925 del Código de Procedimiento Civil, se produce cuando “la orden judicial puede cumplirse aprehendiendo las cosas, o ejecutando a que ella se refiere”[85]. Este apremio real se ejecuta a través del embargo, el secuestro y la retención.

El embargo es una figura jurídica de aplicación del apremio real por el cual el moroso de la prestación alimenticia al incumplir con el mandamiento de pago dictado por el Juez/a competente, dispone la aprehensión de bienes raíces o muebles entregándolos al depositario judicial quedando a disposición de éste. Embargados aquellos se procederá conforme las normas establecidas para ejecutar la sentencia en los juicios ejecutivos. Embargo que no alcanza aquellos bienes puntualizados en el numeral primero del Art. 1634 del Código Civil. Estos son:

[84] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Obra Citada, Art. 928
[85] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Obra Citada, Art. 925

“No son embargables: Los sueldos de los funcionarios y empleados públicos, comprendiéndose también aquellos que prestan servicios en la Fuerza Pública. Tampoco lo serán las remuneraciones de los trabajadores. La misma regla se aplica a los montepíos, a las pensiones remuneratorias que deba el Estado, y a las pensiones alimenticias forzosas. Sin embargo, tanto los sueldos como las remuneraciones a que se refiere este ordinal, son embargables para el pago de alimentos debidos por ley.”[86]

La retención se hará notificando a la persona en cuyo poder estén los bienes que se retengan, para que ésta, bajo su responsabilidad, no pueda entregarlos sin orden judicial. Se entenderá que la persona en cuyo poder se ordena la retención, queda responsable, si no reclama dentro de tres días.

Si el tenedor de los bienes se excusa de retenerlos, los pondrá a disposición del Juez, quien, a su vez, ordenará que los reciba el depositario. La retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena para conservar la posesión de la misma hasta el pago de lo debido por razón de ella. No figura privilegio, sino una prenda constituida unilateralmente, al amparo de un derecho reconocido por ley.

Tanto el apremio personal como el apremio real también pueden cesar cuando el prestador rinda suficiente garantía o fianza. Pero ésta tiene que otorgarse a satisfacción del Juez, cuya responsabilidad es la de proteger el

[86] CÓDIGO CIVIL: Obra Citada, Art. 1634

derecho a la subsistencia o sobrevivencia del niño, niña o adolescente. En efecto el Art. 144 del Código de la Niñez y Adolescencia dispone:

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

Los demás apremios e inhabilidades sólo cesarán con la totalidad del pago adeudado y sus respectivos intereses, en efectivo o mediante cheque certificado”[87]

La cesación del apremio, significa la suspensión de esta medida de carácter cautelar, que ha dictado un juez/a, en este caso de la Niñez y Adolescencia y ésta termina cuando el alimentante ha prestado una garantía personal que puede consistir en una hipoteca de una casa o el usufructo de la misma, puede ser del garante o fiador, que al momento de constituirse como tales tienen las mismas responsabilidades que el alimentante principal, que en caso de incumplimiento del pago de alimentos se les puede dictar las mismas medidas de carácter cautelar personal como si fueran por principales alimentantes.

[87] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Ley Reformatoria Art. 27

4.3.6. El principio iura novit curia y su incidencia en los procesos de la niñez y adolescencia

El Art. 3 de la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales establece los métodos y reglas de interpretación constitucional, expresando: **"Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.**

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.

2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro."[88]

Las interpretación de las normas constitucionales y de las ordinarias se someten a criterios o métodos que comienza por el de la integridad que responde a una visión o enfoque coherente del conjunto de normas disposiciones en el contexto ecuatoriano y también de compatibilizarlos a los casos prácticos de aplicación de éstas, de manera que, con el principio iura novit curia en los procesos de la niñez y adolescencia, existe integridad para correlacionar positivamente normas jurídicas o comportamientos.

Si es que se establece en el Código de la Niñez y Adolescencia, que la jueza o juez de la niñez y adolescencia pueda aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes, vienen a constituir en derechos fundamentales como normas – principios que expresan contenidos de valor determinados que exigen ser realizados, no son derechos que persiguen la abstención, sino que pretenden la actuación y protección de estos contenidos.

El Art. 3 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador como fundamentos de los deberes de protección y de los mandatos de acción expresa: "**Son deberes primordiales del Estado:**

[88] LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 3

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes."[89]

Prescribe después la misma Constitución: "**Art. 341.- El Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución"**[90]

El deber de protección es general, no solo prohíbe intervenciones estatales directas en los derechos, sino que obliga al Estado a situarse frente a los ataques antijurídicos por parte de otros. El carácter de derechos fundamentales como decisiones axiológicas jurídico-objetivas, vigentes en todos los ámbitos del derecho y que suministran pautas de orientación para la legislación, la administración y la jurisdicción es el fundamento de los deberes jurídicos de protección y de los correlativos derechos de protección.

El principio iura novit curia para procesos constitucionales, deben ser aplicados también en procesos de la niñez y adolescencia, es por ello que el Art. 14 del Código de la Niñez y Adolescencia prescribe: **"Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de**

[89] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, publicada en el R. O. No. 449 del 20 de octubre del 2008, El Forum Editores, Art. 3
[90] IBÍDEM, Art. 341

norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes."[91]

Esta dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que es relevante para el ordenamiento jurídico, implica la necesidad de hacer efectivos los derechos fundamentales aun cuando no exista un interés legítimo o un derecho subjetivo en juego. Esto conlleva que los derechos se conviertan es criterios de ordenación del sistema, pues, los derechos fundamentales son un orden objetivo de valores y ello expresa un reforzamiento de principio de la fuerza vinculante de éstos. Este sistema de valores debe regir en todos los ámbitos del derecho.

[91] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Art. 14

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales utilizados.

El desarrollo de la presente investigación, empecé con la recolección de bibliografía relacionada al tema de investigación, seguido de la selección meticulosa de los diferentes temas y contenidos que interesen para el desarrollo y conformación del marco teórico, tomando como referentes una serie de autores y publicaciones, así como doctrina y jurisprudencia, y aplicado a la investigación de campo, técnicas que me sirvieron para analizar la problemática de estudio, que me dieron la pauta para su elaboración, entre los cuales analicé la Constitución de la República del Ecuador, el Código de la Niñez y Adolescencia, el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como obras que tuvieron relación con el presente tema a investigarse.

5.2. Métodos

El desarrollo de la presente tesis, estuvo encaminado a realizar una investigación descriptiva y bibliográfica. La investigación descriptiva se utilizó para establecer que es de prioridad señalar el principio iura novit curia en los procesos de la niñez y adolescencia para garantizar la integridad de derechos que debe gozar con este principio.

La investigación bibliográfica, consistió en recolectar las leyes y doctrina con relación a los principios que garantiza en los procesos tanto constitucionales

como en los procesos ordinarias, y en la presente investigación en cuestiones de la niñez y adolescencia, en las cuales estuvieron ya incluidas las técnicas de utilización de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

La información empírica, se obtuvo de la observación directa de la codificación de otras leyes, y en especial del sistema de garantías a los derechos humanos, respecto del principio procesal iura novit curia en la aplicación de los procesos**.** Así como deben la conveniencia de la aplicación de este principio por los jueces y tribunales de nuestro país

Durante esta investigación se utilizó los siguientes métodos: El Método Inductivo, Analítico y Científico. El método inductivo, parte de aspectos particulares para llegar a las generalidades es decir de lo concreto a lo complejo, de lo conocido a lo desconocido. El método inductivo en cambio, parte de aspectos generales utilizando el racionamiento para llegar a conclusiones particulares.

El método analítico tuvo relación al problema que se va a investigar por cuanto nos permite estudiar el problema en sus diferentes ámbitos. El análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para su verificación y perfeccionamiento. El método científico, nos permite el conocimiento de fenómenos que se dan en la naturaleza y en la sociedad, atreves de la reflexión comprensiva y realidad objetiva, de la sociedad por ello en la presente investigación me apoyare en este método.

5.3. Procedimientos y Técnicas.

En lo que respecta a la fase de la investigación, el campo de acción a determinarse, está establecido en que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala como principio procesal que la jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional, siendo esta norma sólo utilizada por los jueces constitucionales, no así por las demás autoridades que administran justicia, principio que está en contra de Estado constitucional de derechos y justicia.

La investigación de campo se concretó a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas para las encuestas y cinco personas para las entrevistas; en ambas técnicas se plantearán cuestionarios derivados de la hipótesis, cuya operativización partirá de la determinación de variables e indicadores; llegando a prescribir la verificación de los objetivos, contrastación de la hipótesis, de este contenido, me llevará a fundamentar la Propuesta de Reforma a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en la adecuada aplicación del principio de Iura Novit Curia

En relación a los aspectos metodológicos de presentación del informe final, me regí por lo que señala al respecto la metodología general de la investigación científica, y por los instrumentos respectivos y reglamentos a la Graduación de la Universidad Nacional de Loja.

6. RESULTADOS

6.1. Análisis e interpretación de la encuesta

En la aplicación a la encuesta, se lo ha planteado en un número de treinta abogados en libre ejercicio profesional, cuyos resultados se ha creído conveniente graficarlos, y su análisis e interpretación constan a continuación:

Pregunta Nro. 1

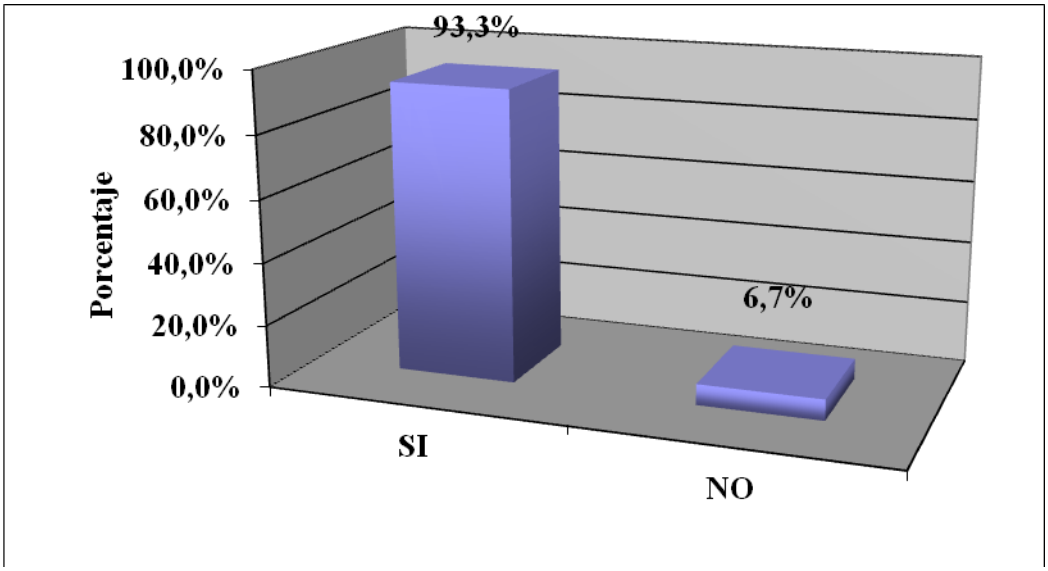
¿Está usted de acuerdo que si el demandante ha invocado mal el derecho, le corresponde al juez constitucional, encarar la tarea de encuadramiento, supliendo la norma errónea, por aplicación del principio iura novit curia**?**

CUADRO N° 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	28	93.3 %
No	2	6.7 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: 30 Abogados en libre ejercicio profesional de la Troncal
Autora: Enriqueta Villalobos

GRÁFICO N° 1



INTERPRETACIÓN

De un universo de treinta encuestados, veintiocho que corresponde el 93.3% indicaron están de acuerdo que si el demandante ha invocado mal el derecho, le corresponde al juez constitucional, encarar la tarea de encuadramiento, supliendo la norma errónea, por aplicación del principio iura novit curia. En cambio; dos personas que corresponden el 6.7% manifestaron no estar de acuerdo que si el demandante ha invocado mal el derecho, le corresponde al juez constitucional, encarar la tarea de encuadramiento, supliendo la norma errónea, por aplicación del principio iura novit curia

ANÁLISIS

Si un profesional aplica mal el derecho en un proceso, siempre y cuando a fundamentado su acción de acuerdo a derecho es necesario que se aplique el principio iura novit curia utilizado en derecho para referirse al principio de derecho procesal según el cual el juez conoce el derecho aplicable y, por tanto, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas. El principio, sirve para que las partes se limiten a probar los hechos, y no los fundamentos de derecho aplicables. El juez debe someterse a lo probado en cuanto a los hechos, pero puede ampararse en ese principio para aplicar un derecho distinto del invocado por las partes a la hora de argumentar la causa.

Pregunta Nro. 2

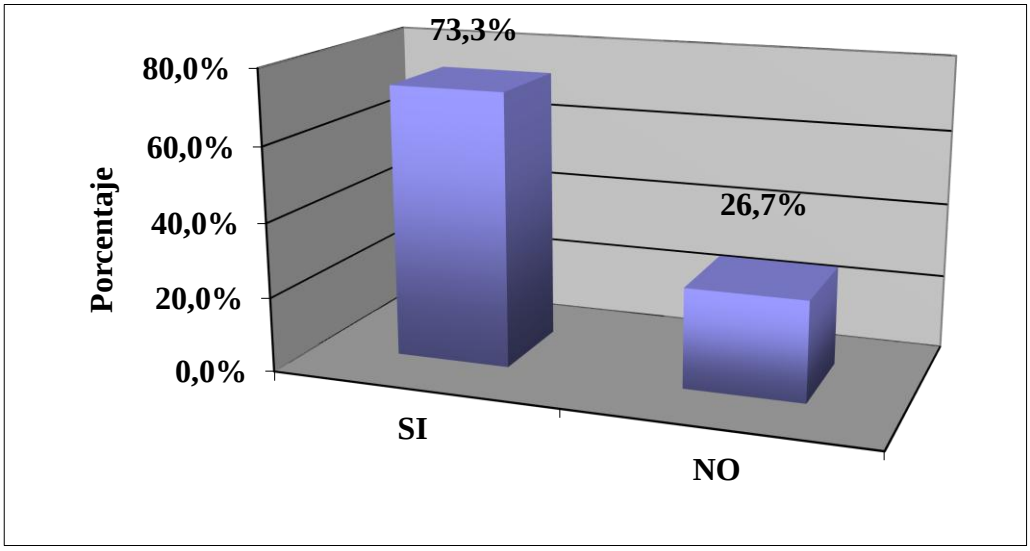
¿Considera usted adecuado que el principio iura novit curia sea aplicado solo en procesos constitucionales?

CUADRO N° 2

INDICADORES	**FRECUENCIA**	**PORCENTAJE**
NO	22	73.3
SI	8	26.7%
TOTAL	**30**	**100 %**

UNIVERSO: 30 Abogados en libre ejercicio profesional de la Troncal
Autora: Enriqueta Villalobos

GRÁFICO Nº 2



INTERPRETACIÓN

En la pregunta número dos, veintidós encuestados que corresponde el 73,3% señalaron no estar de acuerdo que el principio iura novit curia sea aplicado solo en procesos constitucionales. Y ocho personas que viene a constituir el 26.7% señalaron estar de acuerdo que el principio iura novit curia sea aplicado solo en procesos constitucionales.

ANÁLISIS

Si en un litigio las partes prueban los hechos y por ha fundamentado bien el derecho, es necesario que el Juez resuelva a lo argumentado en los hechos. Y este principio es aplicado en nuestro sistema solo en procesos constitucionales, con lo cual deja a lado otros procesos, que al igual fundamentan bien los hechos y no el derecho, también debe garantizarse en otros procesos que el Juez que conoce el derecho aplicable, que no sea necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas

Pregunta Nro. 3

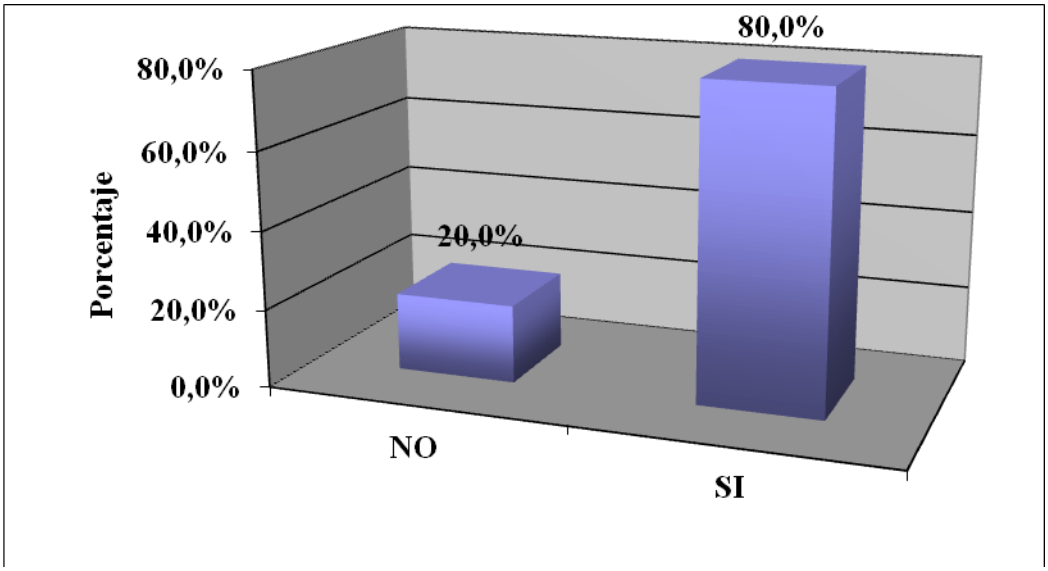
¿Considera usted que en los juzgados de la niñez y la adolescencia, se debe aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso?

CUADRO N° 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	24	80
NO	6	20%
TOTAL	**30**	**100 %**

UNIVERSO: 30 Abogados en libre ejercicio profesional de la Troncal
Autora: Enriqueta Villalobos

GRÁFICO Nº 3



INTERPRETACIÓN

En la pregunta número tres, veinticuatro encuestados que corresponde el 80% señalaron que en los juzgados de la niñez y la adolescencia, se debe aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso.

En cambio seis personas que corresponde el 20% indicaron que en los juzgados de la niñez y la adolescencia, no se debe aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso.

ANÁLISIS

No es aplicable el principio iura novit curia en los casos que se ventilan en los juzgados de la niñez y la adolescencia, porque ellos no pueden ellos aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso. Pues debe aplicarse en aquellos procesos, en los cuales no se juzga la legalidad o ilegalidad de la actuación o misión de la administración, sino que directamente se reclama la reparación del daño mediante el reconocimiento de una indemnización, el juez puede interpretar, precisar el derecho aplicable y si es el caso modificar, de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda, los fundamentos de derecho invocados por el demandante.

Pregunta Nro. 4

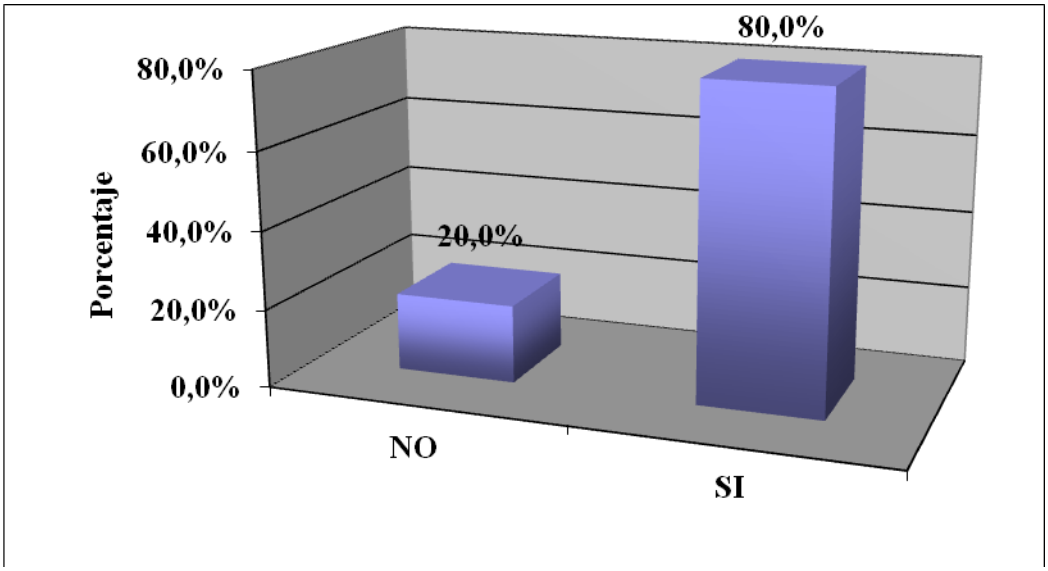
¿Está usted que acuerdo que si no se aplica el principio iura novit curia, en los casos que se ventilan en los juzgados de la niñez y la adolescencia, el juez no puede aplicar una norma distinta a la aplicada por las partes?

CUADRO N° 4

INDICADORES	**FRECUENCIA**	**PORCENTAJE**
SI	24	80
NO	6	20%
TOTAL	**30**	**100 %**

UNIVERSO: 30 Abogados en libre ejercicio profesional de la Troncal
Autora: Enriqueta Villalobos

GRÁFICO Nº 4



INTEPRETACIÓN

Estimo que si no se aplica el principio iura novit curia, en los casos que se ventilan en los juzgados de la niñez y la adolescencia, deja de lado el cocimiento de derecho que el juez conoce, porque se supone que el Juez conoce el derecho y debe fundamentarse, estos jueces también deben tener la facultad jurisdiccional de suplir lo no invocado por las partes o lo mal invocado, pero sin cambiar las pretensiones; recalco que el juez suple lo no invocado o mal invocado por las partes, pero sin cambiar las pretensiones pues de lo contrario implicaría la incongruencia de su resolución

ANÁLISIS

En cuanto a esta pregunta veinticuatro personas que corresponde el 80% están de acuerdo que si no se aplica el principio iura novit curia, en los casos que se ventilan en los juzgados de la niñez y la adolescencia, el juez no puede aplicar una norma distinta a la aplicada por las partes; en cambio seis personas que corresponde el 20% expresaron no estar de acuerdo que si no se aplica el principio iura novit curia, en los casos que se ventilan en los juzgados de la niñez y la adolescencia, el juez no puede aplicar una norma distinta a la aplicada por las partes

Pregunta Nro. 5

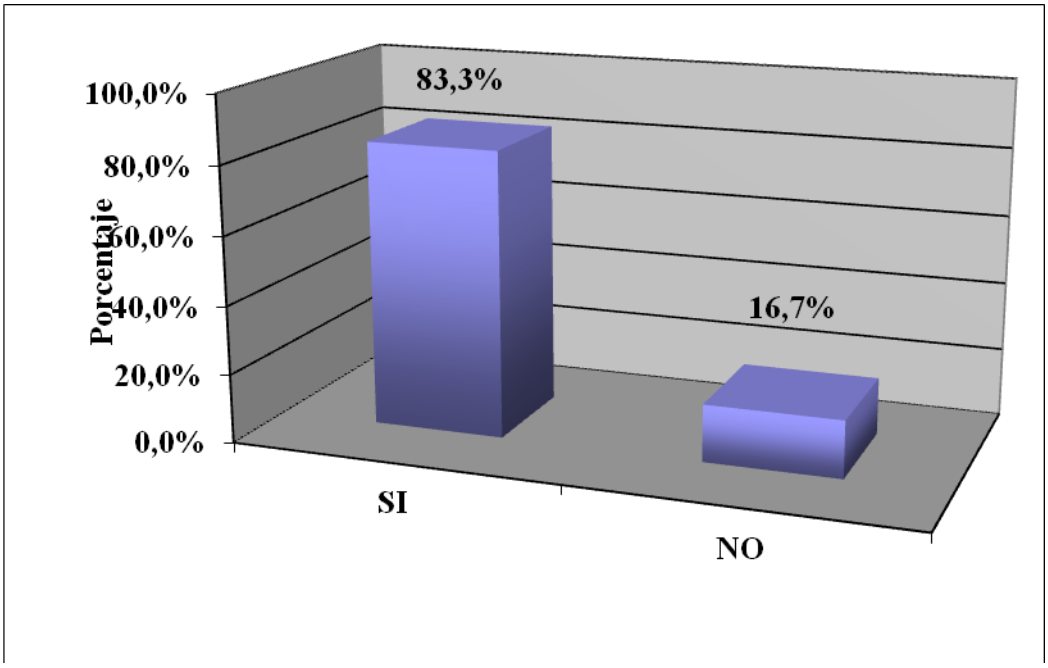
¿Considera usted que si una de las partes fundamenta bien los hechos en procesos de la niñez y adolescencia, pero ha invocado mal el derecho, los jueces pueden juzgar sus preferencias valorativas a la hora de integrar la norma?

CUADRO N° 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
No	25	83.3
Si	5	16.7%
TOTAL	**30**	**100 %**

UNIVERSO: 30 Abogados en libre ejercicio profesional de la Troncal
Autora: Enriqueta Villalobos

GRÁFICO Nº 5



INTERPRETACIÓN

Si una de las partes fundamenta bien los hechos en procesos de la niñez y adolescencia, pero ha invocado mal el derecho, los jueces no pueden juzgar sus preferencias valorativas a la hora de integrar la norma, porque la ley no lo permite, y una forma que aplicar el derecho, es que el juez aplique el principio iura novit curia, que éste solo es aplicable para los procesos constitucionales, en estos casos debe aplicarse el principio iura novit curia, pero siempre teniendo en cuenta que a través de él, no se puede llegar a la modificación de los fundamentos fácticos de la pretensión, expuestos en el libelo, los cuales constituyen su causa pretendi y son los precisados por el actor y no otros.

ANÁLISIS

En esta pregunta veinticinco personas que equivale el 83.3% señalaron que si una de las partes fundamenta bien los hechos en procesos de la niñez y adolescencia, pero ha invocado mal el derecho, los jueces no pueden juzgar sus preferencias valorativas a la hora de integrar la norma; en cambio cinco personas que corresponde el 16.7% expresaron que si una de las partes fundamenta bien los hechos en procesos de la niñez y adolescencia, pero ha invocado mal el derecho, los jueces pueden juzgar sus preferencias valorativas a la hora de integrar la norma

Pregunta Nro. 6

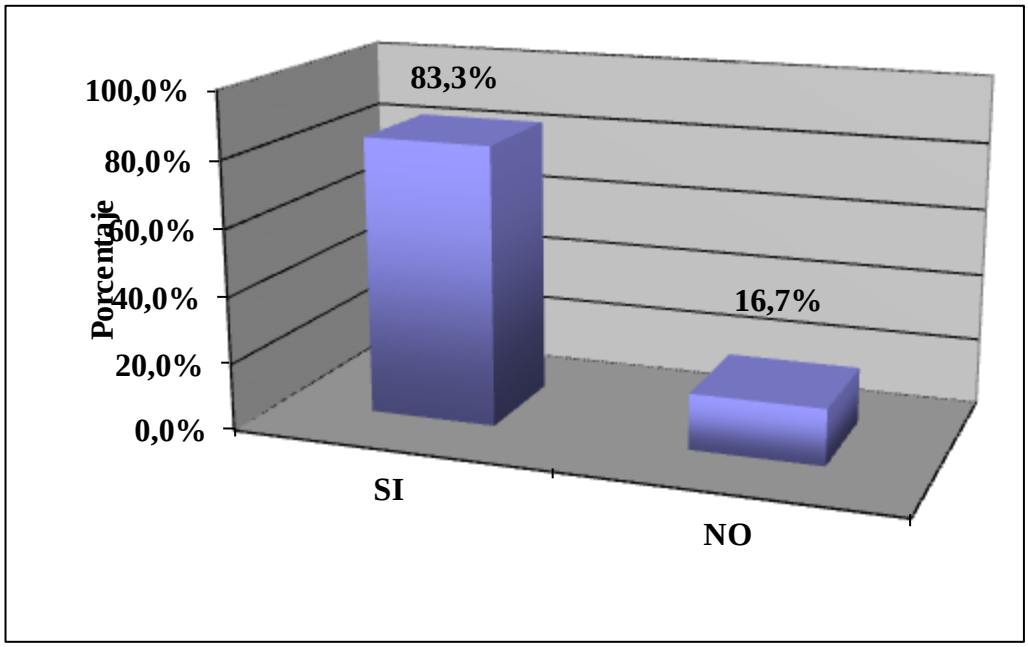
¿Cree usted que la inaplicación del principio iura novit curia por los jueces de la niñez y adolescencia, está en contra de Estado constitucional de derechos y justicia?

CUADRO N° 6

INDICADORES	**FRECUENCIA**	**PORCENTAJE**
SI	25	83.3
NO	5	16.7%
TOTAL	**30**	**100 %**

UNIVERSO: 30 Abogados en libre ejercicio profesional de la Troncal
Autora: Enriqueta Villalobos

GRÁFICO Nº 6



INTERPRETACIÓN

Si un Juez de la Niñez y Adolescencia no aplica una norma distinta a la invocada por las partes, esto conlleva a ir en contra a un Estado constitucional de derechos y justicia, pues con el principio iura novit curia se busca la justicia, es decir, la equidad la igualdad. No puede haber un Estado constitucional que no sea un estado equitativo, con ello se busca el bien común y por ende la justicia

ANÁLISIS

En esta pregunta veinticinco personas que equivale el 83.3% señalaron que si creen que la inaplicación del principio iura novit curia por los jueces de la niñez y adolescencia, está en contra de Estado constitucional de derechos y justicia; en cambio cinco personas que corresponde el 16.7% expresaron que no creen que la inaplicación del principio iura novit curia por los jueces

de la niñez y adolescencia, está en contra de Estado constitucional de derechos y justicia

Pregunta Nro. 7

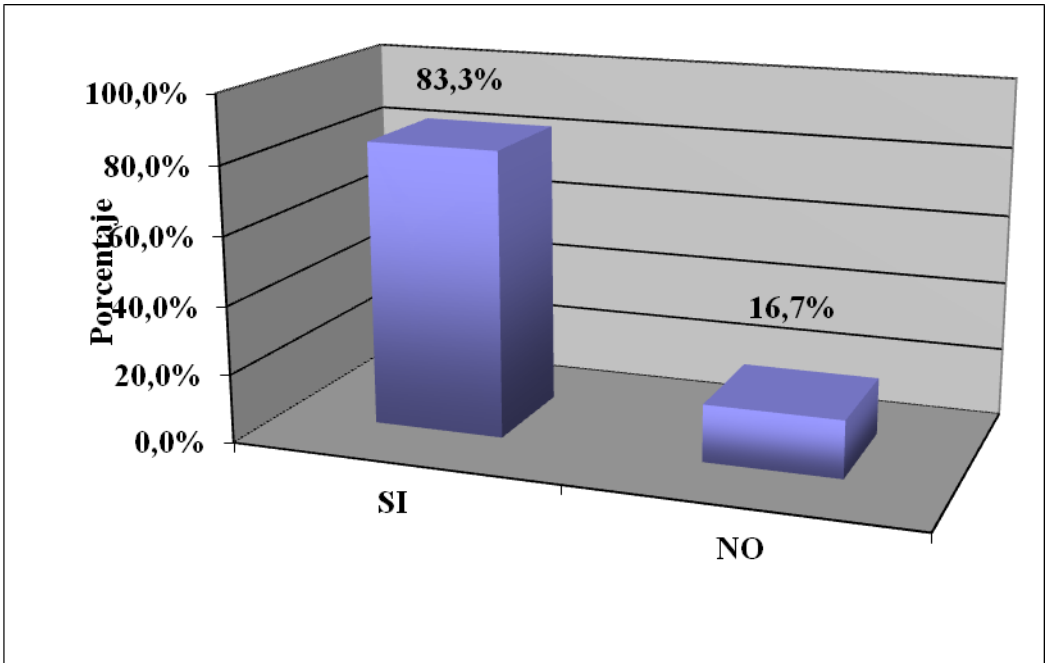
¿Considera usted que debe aplicarse el principio iura novit curia en los procesos que señala el Código de la Niñez y Adolescencia, por tratarse de una Ley que regula derechos constitucionales a favor de los niños, niñas y adolescentes, estableciendo facilidades a acceso a la justicia?

CUADRO N° 7

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
No	25	83.3
Si	5	16.7%
TOTAL	**30**	**100 %**

UNIVERSO: 30 Abogados en libre ejercicio profesional de laTroncal
Autora: Enriqueta Villalobos

GRÁFICO Nº 8



INTERPRETACIÓN

Considero que debe aplicarse el principio iura novit curia en los procesos que señala el Código de la Niñez y Adolescencia, por tratarse de una Ley que regula derechos constitucionales a favor de los niños, niñas y adolescentes, estableciendo facilidades a acceso a la justicia, como contrapartida el Estado debe proveer los suficientes recursos para hacer frente al incremento de la demanda que eso conlleva, en que privilegia la judicialización de este derecho y el juicio como procedimiento adecuado para su solución, lo cual hace que la estructura judicial actual sea capaz de responder, que el juez aplique una norma distinta a la invocada en que la jueza o el juez pueda aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso no solo constitucional sino de la niñez y adolescencia.

ANÁLISIS

En esta pregunta veinticinco personas que equivale el 83.3% señalaron que debe aplicarse el principio iura novit curia en los procesos que señala el Código de la Niñez y Adolescencia, por tratarse de una Ley que regula derechos constitucionales a favor de los niños, niñas y adolescentes, estableciendo facilidades a acceso a la justicia; en cambio cinco personas que corresponde el 16.7% expresaron que no debe aplicarse el principio iura novit curia en los procesos que señala el Código de la Niñez y Adolescencia, por tratarse de una Ley que regula derechos constitucionales a favor de los niños, niñas y adolescentes, estableciendo facilidades a acceso a la justicia

6.2. Análisis e interpretación de las entrevistas

Las entrevistas las he realizado a 5 profesionales del derecho de la Troncal.

PRIMERA INTERROGANTE: ¿Está usted de acuerdo que si el demandante ha invocado mal el derecho, le corresponde al juez constitucional, encarar la tarea de encuadramiento, supliendo la norma errónea, por aplicación del principio iura novit curia**?**

R.1. Son principios que constan en los procesos constitucionales, pero debe estar fundamentado bien los hechos que fundamentan la acción constitucional, caso contrario no entraría la aplicación de este principio

R.2. No estoy muy de acuerdo, porque se puede fundamentar en este principio para subsanar errores en la fundamentación jurídica en los procesos judiciales.

R.3. Este principio es aplicable para procesos constitucionales, es decir que solo se aplica ante la Corte Constitucional, y en este caso considero que bien fundamentado este principio, porque procesos ordinarios, no es conveniente su aplicación, porque cualquier abogado puede fundamental el principio iura novit curia y subsanar cuestiones que ha fundamentado mal el derecho

SEGUNDA INTERROGANTE: ¿Considera usted adecuado que el principio iura novit curia sea aplicado solo en procesos constitucionales?

R.1. Si por su puesto

R.2. Claro

R.3. Si

TERCERA INTERROGANTE: ¿Considera usted que en los juzgados de la niñez y la adolescencia, se debe aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso?

R.1. Se puede aplicar, pero deben fundamentar bien los hechos y las pretensiones que se quiere lograr en un proceso de la niñez y adolescencia,

R.2. Creo que si, siempre y cuando no se vulneren los derechos de las otras personas como de los sujetos opositores o como demandados en acciones de la niñez y adolescencia.

R.3. Creo que no, porque viene a constituir en un abuso de los abogados, que por aplicación de este principio querer subsanar errores en la tipificación o articulación de las normas, con ello no estoy de acuerdo

CUARTA INTERROGANTE ¿Considera usted que si una de las partes fundamenta bien los hechos en procesos de la niñez y adolescencia, pero ha invocado mal el derecho, los jueces pueden juzgar sus preferencias valorativas a la hora de integrar la norma?

R.1. Existe la sana crítica,

R.2. Los jueces deben aplicar las normas y sujetarse a lo previsto en la ley, pero si se ha equivocado el demandado en las normas invocadas, debe el Juez desde el principio determinar la anulación del proceso, si no se dan cuenta y han fundamentado bien los hechos estimo que debe el juez aplicar una norma distinta a la indicada por las partes

R.3. La subsanación deben ser hechas siempre y cuando se discuta de las acciones que se pretende llegar, sin que ello sea respaldo para que el juez aplique una norma sin cuando la pretensión ha sido otra.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

OBJETIVO GENERAL

- Realizar un análisis jurídico, crítico y doctrinario de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en lo referente al principio IURA NOVIT CURIA y su aplicación en el Código Orgánico de Niñez y Adolescencia.

El objetivo general se verifica positivamente, por cuanto en la presente investigación se analizado el principio iura novit curia, que se encuentra garantizada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en sentido que este principio solo puede ser aplicado en procesos constitucionales, mas no en caso de procesos que se llevan a cabo en los juzgados de la niñez y adolescencia, por lo cual si una de las partes a señalado una norma distinta a la expresada en las pretensiones de la demanda viola el principio de imparcialidad del juez en el conocimiento de derecho a que tiene lugar.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Determinar jurídicamente la conveniencia de la aplicación del principio iura novit curia por los jueces y tribunales de la niñez y adolescencia.

Esta objetivo se verifica en su totalidad, por cuanto en la investigación de campo en la aplicación de la encuesta en la segunda pregunta un 73.3% de

los encuestados señalaron que es adecuado que el principio iura novit curia sea aplicado solo en procesos constitucionales. Y el 80% de la cuarta pregunta señalaron estar de acuerdo que si no se aplica el principio iura novit curia, en los casos que se ventilan en los juzgados de la niñez y la adolescencia, deja de lado el cocimiento de derecho que el juez conoce.

- Establecer en qué aspectos este principio iura novit curia presenta complicaciones en los jueces y tribunales de nuestro país.

El segundo objetivo se verifica en su totalidad, corroborándose con la segunda pregunta en que en la tercera pregunta el 80% señalaron que no es aplicable el principio iura novit curia en los casos que se ventilan en los juzgados de la niñez y la adolescencia, pueden ellos aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso, en la cuarta pregunta el 80% señalaron que están de acuerdo que si no se aplica el principio iura novit curia, en los casos que se ventilan en los juzgados de la niñez y la adolescencia, deja de lado el cocimiento de derecho que el juez conoce.

- Presentar una propuesta de reforma al Código Orgánico de niñez y Adolescencia en la adecuada aplicación del principio de Iura Novit Curia.

Este objetivo un se verifica en su totalidad, ya que en la investigación de campo el 83.3% señalaron que debe aplicarse el principio iura novit curia en los procesos que señala el Código de la Niñez y Adolescencia, por tratarse de una Ley que regula derechos constitucionales a favor de los niños, niñas y adolescentes, estableciendo facilidades a acceso a la justicia

7.2. Contrastación de hipótesis

La hipótesis planteada fue la siguiente: El Art. 4 número 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala como principio procesal que la jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional, siendo esta norma sólo utilizada por los jueces constitucionales, no así por los jueces de la niñez y adolescencia, por ende esto afecta el principio de interés superior del niño.

El Art. 4 número 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala como principio procesal que la jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional, siendo esta norma sólo utilizada por los jueces constitucionales, no así por los jueces de la niñez y adolescencia, principio que está en contra de Estado constitucional de derechos y justicia.

La hipótesis planteada en esta investigación de contrasta favorablemente, comprobándose con la investigación de campo, en la pregunta segunda el 73.3% señalaron no estar de adecuado que el principio iura novit curia sea aplicado solo en procesos constitucionales; en la tercera pregunta el 80% de los encuestados señalaron que cuando es aplicable el principio iura novit curia en los casos que se ventilan en los juzgados de la niñez y la adolescencia, pueden ellos aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso; en la quinta pregunta un 83.3% señalaron que si una de las partes fundamenta bien los hechos en procesos de la niñez y

adolescencia, pero ha invocado mal el derecho, los jueces pueden juzgar sus preferencias valorativas a la hora de integrar la norma; en la sexta pregunta un 83.3% señalaron que si una de las partes fundamenta bien los hechos en procesos de la niñez y adolescencia, pero ha invocado mal el derecho, no existiría imparcialidad en las resoluciones de los jueces.

7.3. Fundamentos jurídicos de la propuesta de reforma

"El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia..."[92]. Así lo dice el Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R. O. No. 449 del 20 de octubre del 2008, lo cual significa decir es un Estado en donde el dominio lo tiene el Derecho desde una categoría Constitucional y no sólo social como lo establecía la anterior Constitución Política del 1998. Asumiendo el concepto de Derecho en el significado democrático de la expresión de la voluntad del pueblo expresada a través de las normas instituidas constitucionalmente. Pero es un Estado "Constitucional" de derechos y justicia, esto es calificando el Derecho con un contenido fundamentalmente proteccionista de la Constitución dirigido con justicia a la sociedad, como contraposición. Hacia aquel concepto liberal individualista que imperaba en las anteriores Constituciones Políticas.

La concepción básica de los Derechos Fundamentales es para asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones de poder público.

[92] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, publicada en el R. O. No. 449 del 20 de octubre del 2008, El Forum Editores, Art. 1

Dentro de la historia de la humanidad, los abusos del poder han sido una constante y ante la necesidad del ciudadano común de protegerse contra las arbitrariedades cometidas por la fuerza y con el uso del poder del Estado. Algunos, por no decir la mayoría de los diferentes Estados del mundo, encuentran que la mejor forma de proteger al ciudadano es el reconocimiento de lo que hoy denominamos derechos humanos.

El Art. 3 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador señala como deber primordial del Estado: "Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales..."[93]

Los derechos humanos y las libertades fundamentales son elementos esenciales de la democracia representativa, es así que la sociedad moderna está organizada bajo el sistema democrático que permite la convivencia en armonía. Siempre han existido grupos que han captado el poder y una vez cómodos han abusado de él. Como también es cierto que ante los abusos de poder siempre han surgido grupos que se revelan ante éste. El hombre ante esa realidad histórica creó la democracia, que permite el cambio armónico, social y evolutivo.

No solo los jueces constitucionales sino, los demás jueces de la niñez y adolescencia deben tener la potestad de aplicar el principio iura novit curia, fundamento que se aplica a la legislación comparada, acogiendo lo del Código Civil del Perú, que está comprendido en el Art. VII del Título

[93] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, publicada en el R. O. No. 449 del 20 de octubre del 2008, El Forum Editores, Art. 3 núm. 1

Preliminar que señala “Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda”[94].

Este principio también consta en el Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. El cual indica: “El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”[95].

Estas normas expresan el aforismo “iura novit curia”, significando esto que el Juez y el tribunal conoce el derecho, esto teniendo como límites: 1) El juez no puede fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes; y, 2) El juez no puede ir más allá del petitorio.

El juez de acuerdo al nuevo Estado constitucional de derechos no solo ejerce un poder discrecional, hemos construido al Ecuador como Estado constitucional de derechos, empero aceptamos que esa no es la realidad, es una creación normativa y, por tanto, admitamos que no es lo existente, los ecuatorianos hemos creado una proporción jurídica que, como todas, son artificiales, algo ilusorio, un proyecto de realizar, distante de la objetiva realidad.

El principio iura novit curia exime a las partes de alegar, probar la norma jurídica aplicable al caso, que pone en conocimiento de la jurisdicción, y

[94] CÓDIGO CIVIL, PERÚ: puede consultarse en http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01166.pdf
[95] CÓDIGO PROCESAL CIVIL, PERÚ: http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01164.pdf

permite que el juez pueda apartarse de las consideraciones jurídicas realizadas por estas, pero esto se dice en la doctrina, se aplica exclusivamente en los procesos constitucionales; de tal modo que el juez constitucional puede sustentar su resolución en alegaciones no esgrimidas o fundamentadas por las partes; sobre el papel del juez en el nuevo ordenamiento jurídico del país conforme señala el Código Orgánico de la Función Judicial.

Más allá de las intensas polémicas que suscita, uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es, precisamente, la difusión en el seno de la cultura jurídica de la idea según la cual toda norma constitucional independientemente de su estructura o contenido normativo es una norma genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.

Los conflictos sometidos a la jurisdicción judicial no pueden ser resueltos de cualquier modo sino aplicando la norma que regía el caso. De ahí que desde antiguo, y sin perjuicio de otras implicaciones, se haya repetido la regla iura novit curia ("el juez conoce el derecho"): a) como presunción, en tanto se presume que el juez conoce el derecho aplicable al caso, lo que exime a las partes de tener que probarlo; b) como principio o regla, conforme a la distinta denominación que se asigne a las líneas directrices del proceso, esto es, como un deber del juez de conocer el derecho y de resolver el conflicto conforme a él y a pesar del invocado por las partes; c) como principio-construcción, en tanto elaboración de la ciencia jurídica que sistematiza el ordenamiento jurídico, articula las funciones legislativa y jurisdiccional y se

configura como una armazón o estructura que sostiene toda la organización jurídica.

Jorge Zavala Egas, señala que "**La Constitución rige la vida de la sociedad en forma total, pero, para comprender ese error partimos de la aceptación de una evidencia: Se trata de una sociedad plural y, por ello, debe existir pluralismo en los enunciados constitucionales que deben contener la pluralidad de valores que en ella cohabitan. Se reconoce la libertad de expresión, pero también al derecho al honor; la libertad de información, pero también el derecho a la intimidad; el valor de la libertad, pero también en de la igualdad; se reconoce el Estado social, pero también el Estado liberal; el derecho a la propiedad, pero también su función social, a la tutela al medio ambiente, o a la promoción del bienestar general, o el derecho a la vivienda, o a la educación; se reconoce a la libertad de empresa, pero también el derecho al trabajo; el derecho a la manifestación y el de huelga, pero también el orden público; el derecho a la tutela judicial, pero también la seguridad jurídica o la celeridad en la administración de justicia, etc."**[96]

Este autor indica que las normas y principios regidos en la Constitución deben ser aplicados de acuerdo a la ponderación, y ello fundamento que el iura novit curia, de que la jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional, siendo un principio solamente aplicable para los jueces constitucionales, siendo

[96] ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, EDILEXA S.A., Guayaquil – Ecuador, 2010, p. 378

necesario que le sean aplicados para los demás jueces que administran justicia, porque se mira desde la defensa de los derechos fundamentales como principios aplicables mediante una visión de ponderación, centrando en el nivel discrecional del Juez y la afectación de los derechos desarrollados por el legislador.

8. CONCLUSIONES

PRIMERA: Si el demandante ha invocado mal el derecho, le corresponde al juez constitucional, encarar la tarea de encuadramiento, supliendo la norma errónea, por aplicación del principio iura novit curia**.**

SEGUNDA: No es adecuado que el principio iura novit curia sea aplicado solo en procesos constitucionales.

TERCERA: En los juzgados de la niñez y la adolescencia, se debe aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso

CUARTA: Si no se aplica el principio iura novit curia, en los casos que se ventilan en los juzgados de la niñez y la adolescencia, el juez no puede aplicar una norma distinta a la aplicada por las partes

QUINTA: Si una de las partes fundamenta bien los hechos en procesos de la niñez y adolescencia, pero ha invocado mal el derecho, los jueces pueden juzgar sus preferencias valorativas a la hora de integrar la norma, utilizando la sana crítica

SEXTA: Si una de las partes fundamenta bien los hechos en procesos de la niñez y adolescencia, pero ha invocado mal el derecho, el juez al aplicar la norma que invocaron las partes, conllevaría en una imparcialidad en las resoluciones de los jueces.

SÉPTIMA: Debe aplicarse el principio iura novit curia en los procesos que señala el Código de la Niñez y Adolescencia, por tratarse de una Ley que

regula derechos constitucionales a favor de los niños, niñas y adolescentes, estableciendo facilidades a acceso a la justicia.

9. RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se recomienda que si el demandante ha invocado mal el derecho, le corresponde al juez constitucional, encarar la tarea de encuadramiento, supliendo la norma errónea, por aplicación del principio iura novit curia**.**

SEGUNDA: Se recomienda al Consejo de la Judicatura, que no es adecuado que el principio iura novit curia sea aplicado solo en procesos constitucionales.

TERCERA: Se recomienda a los juzgados de la niñez y la adolescencia, se debe aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso

CUARTA: Se recomienda al juez de la Niñez y Adolescencia, aplique el principio iura novit curia, y que éste aplicar una norma distinta a la aplicada por las partes, siempre que esté dentro de las pretensiones presentadas por las partes

QUINTA: Se recomienda a los abogados, fundamentar bien las disposiciones en las acciones que se pretenda acciones en procesos de la niñez y adolescencia, para con ello no exista inconvenientes que los jueces de la niñez y adolescencia puedan invocar una norma distinta a las pretensiones de las partes.

SEXTA: Se recomienda a la Asamblea Nacional, que se permita que se pueda aplicar el principio iura novit curia en los procesos que señala el

Código de la Niñez y Adolescencia, por tratarse de una Ley que regula derechos constitucionales a favor de los niños, niñas y adolescentes, estableciendo facilidades a acceso a la justicia.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA

ASAMBLEA NACIONAL

Considerando

Que el Art. 3 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza *sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.*"

El Art. 4 numeral 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala los principios procesales, que la justicia constitucional debe aplicar Iura Novit Curia que la jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional"

Que este principio proclama, que si el demandante ha invocado mal el derecho, le corresponde al juez constitucional, encarar la tarea de encuadramiento, supliendo la norma errónea, por aplicación del brocárdico iura novit curia; pero hay que aclarar, que si en la tarea de enmendar, se modifica el efecto propio de la demanda, no se trata por cierto de una deficiencia en el ejercicio del derecho de acción, sino de no provocar un verdadero perjuicio, que puede contraer consecuencias extra procesales.

Que es necesario que el principio de que la jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso

constitucional, señalado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sea una potestad no solo de los jueces del Tribunal Constitucional, sino para los jueces de la niñez y adolescencia, porque se mira desde la defensa de los derechos fundamentales como principios aplicables mediante una visión de ponderación, centrando en el nivel discrecional del Juez y la afectación de los derechos desarrollados por el legislador

Que el Art. 341 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe que el Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución.

Que el principio iura novit curia para procesos constitucionales, deben ser aplicados también en procesos de la niñez y adolescencia, es por ello que el Art. 14 del Código de la Niñez y Adolescencia prescribe que n*inguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes.*

En uso de las atribuciones que le confiere el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Art.- 1.- A continuación del Art. 18 del Código de la Niñez y Adolescencia, agréguese la siguiente disposición:

Art. 18.1.- Iura novit curia.- La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso de la niñez y adolescencia.

Art. Final: La presente ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito en la Sala de sesiones de la Asamblea Nacional a los... del mes de… del años 2012

PRESIDENTE SECRETARIO

F…… F…….....

10. BIBLIOGRAFÍA

- BAQUERIZO MINUCHE, Jorge: Sobre Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación, Edilexa S.A. Editores, Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 95
- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2007, p. 178, 501
- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 5, 140
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 273, 274
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 3, 190, 235
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 11, 426, 436
- CUEVA CARRIÓN, Luis: Acción Constitucional Ordinaria de Protección, Ediciones Cueva Carrión, Quito – Ecuador, 2010, p. 64
- DE LA RÚA, Fernando: Recursos de Casación, Editorial Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1994, p. 108
- DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, Segunda Edición, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 566
- DICCIONARIO CONCEPTUAL DE DERECHO PENAL, Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá, Caracas, Panamá, Quito, 2004, p. 414

- ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen 1, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, p. 167, 327

- FERRAJOLI, Luigui: Democracia y garantismo, Edición de Miguel Carbonel, Editorial Trotta, 2008, Madrid – España, p. 175

- FERRAJOLI, Luigui: Derecho y Razón, Editorial Trota, Quinta Edición, España, 2001, p. 539, 543

- GARCÍA FALCONÍ, José: Los nuevos paradigmas en materia constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, Tomo Segundo, Primera edición, Ediciones Robin, Quito – Ecuador, 2011, p. 339, 343, 348

- GARCÍA FALCONÍ, José: La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de protección de la Nueva Constitución de la República del Ecuador, Primera edición, Quito – Ecuador, 2008, p. 85

- GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor magno, Edición, 2008, Buenos Aires – Argentina, p. 204, 323

- GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo: El Debido Proceso, Derecho Procesal Constitucional, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1ra edición, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 423

- LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 4, núm. 13

- OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Heliasta, 2008, Buenos Aires – Argentina

- PEREZ RAYO, Javier: Curso de Derecho Constitucional, Séptima Edición, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid – España, 2000, p. 578

- PISARELLLO, Gerardo: Los Derechos Sociales y sus Garantías, elementos para su reconstrucción, Editorial Trota, Madrid – España, 2006, p. 120

- PRADO VALLEJO, Julio: Documentos Básicos de Derechos Humanos, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1985, p. 65

- PRIETO SANCHÍS, Luis: Justicia Constitucional y Derechos Constitucionales, Primera Edición, Editorial Trota, Madrid – España, 2003, p. 192

- RODRÍGUEZ DOMINGUEZ, Elvito: Derecho Procesal Constitucional, Editora jurídica Grijley, Lima – Perrú, 1999, p. 17, 344

- TORRES CHÁVES, Efraín: Breves Comentarios al Código de la Niñez y Adolescencia, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, p. 3

- ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso: Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo, EDILEXA. S.A., Editores, 1ª Edición, Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 323, 334, 370

- ZAVALA EGAS, Jorge: Teoría y Práctica Procesal Constitucional, Edilexa S.A., Guayaquil- Ecuador, 2011, p. 53

- ZAVALA EGAS, Jorge. Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación Jurídica, Edilexa S.A. editores, Guayaquil – Ecuador, 2010, p. 121, 378

- ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional la Acción de Amparo y el Control Normativo, Tomo I, Editorial Edino, Guayaquil – Ecuador, 2002, p. 363

11. ANEXOS

11.1. ENCUESTA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

Señor abogado: En calidad de egresado de la Carrera de Derecho, con la finalidad de desarrollar mi investigación intitulada **"NECESIDAD DE TIPIFICAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EL PRINCIPIO PROCESAL IURA NOVIT CURIA EN FUNCIÓN AL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO"** le solicito se sirva contestarme las siguientes preguntas:

1 ¿Está usted de acuerdo que si el demandante ha invocado mal el derecho, le corresponde al juez constitucional, encarar la tarea de encuadramiento, supliendo la norma errónea, por aplicación del principio **iura novit curia**?
SI ( ) NO ( )
¿Por qué? .....
.....

2 ¿Considera usted adecuado que el principio iura novit curia sea aplicado solo en procesos constitucionales?
SI ( ) NO ( )
¿Por qué? .....
.....

3 ¿Considera usted que en los juzgados de la niñez y la adolescencia, se debe aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso?
SI ( ) NO ( )
¿Por qué? .....
.....

4 ¿Está usted que acuerdo que si no se aplica el principio iura novit curia, en los casos que se ventilan en los juzgados de la niñez y la adolescencia, el juez no puede aplicar una norma distinta a la aplicada por las partes?
SI ( ) NO ( )
¿Por qué? .....
.....

5 ¿Considera usted que si una de las partes fundamenta bien los hechos en procesos de la niñez y adolescencia, pero ha invocado mal el derecho, los jueces pueden juzgar sus preferencias valorativas a la hora de integrar la norma?

SI ( ) NO ( )

¿Por qué? .....

.....

6 ¿Cree usted que la inaplicación del principio iura novit curia por los jueces de la niñez y adolescencia, está en contra de Estado constitucional de derechos y justicia?

SI ( ) NO ( )

¿Por qué? .....

.....

7 ¿Considera usted que debe aplicarse el principio iura novit curia en los procesos que señala el Código de la Niñez y Adolescencia, por tratarse de una Ley que regula derechos constitucionales a favor de los niños, niñas y adolescentes, estableciendo facilidades a acceso a la justicia?

SI ( ) NO ( )

¿Por qué? .....

.....

Gracias por su colaboración

11.2. ENTREVISTA

1 ¿Está usted de acuerdo que si el demandante ha invocado mal el derecho, le corresponde al juez constitucional, encarar la tarea de encuadramiento, supliendo la norma errónea, por aplicación del principio **iura novit curia**?

2 ¿Considera usted adecuado que el principio iura novit curia sea aplicado solo en procesos constitucionales?

3 ¿Considera usted que en los juzgados de la niñez y la adolescencia, se debe aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso?

4 ¿Considera usted que si una de las partes fundamenta bien los hechos en procesos de la niñez y adolescencia, pero ha invocado mal el derecho, los jueces pueden juzgar sus preferencias valorativas a la hora de integrar la norma?

5. ¿Cree usted que la inaplicación del principio iura novit curia por los jueces de la niñez y adolescencia, está en contra de Estado constitucional de derechos y justicia?

11.3. PROYECTO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

PROYECTO DE TESIS

TEMA:

"NECESIDAD DE TIPIFICAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EL PRINCIPIO PROCESAL IURA NOVIT CURIA EN FUNCIÓN AL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO"

PROYECTO DE TESIS PREVIO A OPTAR POR EL TITULO DE ABOGADA

AUTORA: Enriqueta Piedad de los Ángeles Villalobos Naranjo

Loja – Ecuador

2013

1. TEMA.

NECESIDAD DE TIPIFICAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EL PRINCIPIO PROCESAL IURA NOVIT CURIA EN FUNCIÓN AL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

2. PROBLEMÁTICA.

El Art. 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala los principios procesales, que la justicia constitucional debe aplicar, y en el numeral 13 específicamente dispone lo siguiente "13. Iura Novit Curia.- **La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional"[97].**

Este principio proclama, que si el demandante ha invocado mal el derecho, le corresponde al juez constitucional, encarar la tarea de encuadramiento, supliendo la norma errónea, por aplicación del brocárdico **iura novit curia;** pero hay que aclarar, que si en la tarea de enmendar, se modifica el efecto propio de la demanda, no se trata por cierto de una deficiencia en el ejercicio del derecho de acción, sino de no provocar un verdadero perjuicio, que puede contraer consecuencias extra procesales.

Estos procesos se llevan a cabo ante la Corte Constitucional, pero que sucede en el caso de que se ventilan en los juzgados de la niñez y la adolescencia, pueden ellos de que la jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso.

[97] Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 4, núm. 13

En tales condiciones, y más allá de los juicios de valor que este paradigma suscite, cabe preguntarse cómo juega la tradicional regla iura novit curia. ¿Cuál es el derecho que el juez conoce? ¿Cómo juegan sus preferencias valorativas a la hora de integrar la norma? ¿Cómo se resguarda la imparcialidad? ¿Qué rol compete a las partes en esa determinación normativa?

Es necesario que el principio de que la jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional, señalado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sea una potestad no solo de los jueces del Tribunal Constitucional, sino para los jueces de la niñez y adolescencia, porque se mira desde la defensa de los derechos fundamentales como principios aplicables mediante una visión de ponderación, centrando en el nivel discrecional del Juez y la afectación de los derechos desarrollados por el legislador. Pues con el iura novit curia, ha de ser todos del mismo valor, intentado que sea un principio del mismo valor y jerarquía para todos los jueces penales que administran justicia, porque si un abogado ha aplicado mal a la norma, debe suplirse aquello ya que en lo penal existen derechos de protección que se pueden vulnerar y que su erroneidad debe de protegerse desde el análisis jurídico que llegue a un Juez de la Niñez y Adolescencia.

Se fundamenta que el iura novit curia, sea aplicable no solo procesos constitucionales, pues los conflictos sometidos a la jurisdicción judicial no pueden ser resueltos de cualquier modo sino aplicando la norma que regía el

caso. Pues se supone que el juez conoce el derecho como presunción, como principio o regla y como principio construcción, articulando las funciones legislativa y jurisdiccional y se configura como una armazón o estructura que sostiene toda la organización jurídica.

En la Constitución deben ser aplicados de acuerdo a la ponderación, y ello fundamento que el iura novit curia, de que la jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional, siendo un principio solamente aplicable para los jueces constitucionales, por lo que es necesario que le sean aplicados para los demás jueces de lo penal que administran justicia, porque se mira desde la defensa de los derechos fundamentales como principios aplicables mediante una visión de ponderación, centrando en el nivel discrecional del Juez y la afectación de los derechos desarrollados por el legislador.

Debe aplicarse el principio iura novit curia en los procesos que señala el Código de la Niñez y Adolescencia, por tratarse de una Ley que regula derechos constitucionales a favor de los niños, niñas y adolescentes, estableciendo facilidades a acceso a la justicia, como contrapartida el Estado debe proveer los suficientes recursos para hacer frente al incremento de la demanda que eso conlleva, en que privilegia la judicialización de este derecho y el juicio como procedimiento adecuado para su solución, lo cual hace que la estructura judicial actual sea capaz de responder, que el juez aplique una norma distinta a la invocada en que la jueza o el juez pueda aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso no solo constitucional sino de la niñez y adolescencia.

3. JUSTIFICACIÓN.

La Universidad Nacional de Loja, a través de la Carrera de Derecho exige a sus estudiantes ser parte integrante de nuestra sociedad mediante la investigación científica en el Derecho Positivo, para optar por el grado de Abogada, por lo que justifico la presentación de este proyecto de tesis denominado "**NECESIDAD DE TIPIFICAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EL PRINCIPIO PROCESAL IURA NOVIT CURIA EN FUNCIÓN AL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO** ".

Queda justificado este tema porque es uno de los problemas lacerantes y trascendentales en las esferas del ámbito social y jurídico siendo importante tener una investigación analítica y crítica sobre esta realidad.

Es importante determinar que la investigación académica y social es una tarea fundamental e importante para los profesionales contemporáneos, y mucho más en el maravilloso campo de las ciencias jurídicas, donde es necesario el conocimiento profundo y sistemático de las problemáticas que esta implica, a fin de plantear las alternativas de solución a que haya lugar.

Desde el punto de vista social, y por la importancia y relevancia de quienes formamos la sociedad ecuatoriana, es de prioridad absoluta el considerar el principio iura novit curia, debe ser aplicado por todos los jueces de la niñez y adolescencia, la aplicación de este principio no puede modificar el objeto de la pretensión especificado por el titular del derecho y la aplicación del aforismo no puede modificar el objeto de la pretensión y tampoco incidir en aspectos colaterales del proceso que determinan de manera indirecta una variación del objeto de la pretensión.

Desde el punto de vista jurídico, de conformidad a lo que se encuentra establecido en el Art. 4 numeral décimo tercero de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se proclama el principio iura novit curia, que si el demandante ha invocado mal el derecho, le corresponde al juez constitucional, encarar la tarea de encuadramiento, supliendo la norma errónea, por aplicación del brocárdico iura novit curia; que tiene como fin no provocar un verdadero perjuicio, cuando se invoca una mala norma, pero esto sólo es aplicado por los jueces constitucionales, siendo inaplicado para las demás autoridades que administran justicia, pues no se trata ir en contra de la imparcialidad del Juez sino suplir lo no invocado por las partes o lo mal invocado, pero sin cambiar las pretensiones, visto desde la perspectiva que los jueces conocen el derecho

Desde el punto de vista académico el desarrollo de esta investigación permitirá que su contenido aporte con importantes conceptos doctrinarios y jurídicos que serán muy útiles para quienes se interesen por estudiar algo más acerca de una institución trascendental en el derecho constitucional como es el principio iura novit curia.

Por todo lo expuesto considero factible realizar la presente investigación en aras de contribuir a normar que el principio iura novit curia, sean aplicado no solo por los jueces constitucionales sino por los aquellos que conforman los juzgados de la niñez y adolescencia a lo establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La aplicación del principio iura novit curia, es un compromiso impostergable de los legisladores, es un desafío para la administración de justicia; y, es un

aporte invalorable a nuestra legislatura, con el apoyo técnico jurídico, de quien será designado director de tesis, lo que garantiza la calidad de esta investigación.

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

- Realizar un análisis jurídico, crítico y doctrinario de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en lo referente al principio IURA NOVIT CURIA y su aplicación en el Código Orgánico de Niñez y Adolescencia.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Determinar jurídicamente la conveniencia de la aplicación del principio iura novit curia por los jueces y tribunales de la niñez y adolescencia.
- Establecer en qué aspectos este principio iura novit curia presenta complicaciones en los jueces y tribunales de nuestro país.
- Presentar una propuesta al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en la adecuada aplicación del principio de Iura Novit Curia.

5. HIPÓTESIS

El Art. 4 número 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala como principio procesal que la jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional, siendo esta norma sólo utilizada por los jueces constitucionales, no así por los jueces de la niñez y adolescencia, por ende esto afecta el principio de interés superior del niño.

6. MARCO TEÓRICO

"El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia..."[98]. Así lo dice el Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R. O. No. 449 del 20 de octubre del 2008, lo cual significa decir es un Estado en donde el dominio lo tiene el Derecho desde una categoría Constitucional y no sólo social como lo establecía la anterior Constitución Política del 1998. Asumiendo el concepto de Derecho en el significado democrático de la expresión de la voluntad del pueblo expresada a través de las normas instituidas constitucionalmente. Pero es un Estado "Constitucional" de derechos y justicia, esto es calificando el Derecho con un contenido fundamentalmente proteccionista de la Constitución dirigido con justicia a la sociedad, como contraposición. Hacia aquel concepto liberal individualista que imperaba en las anteriores Constituciones Políticas.

La concepción básica de los Derechos Fundamentales es para asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones de poder público.

Dentro de la historia de la humanidad, los abusos del poder han sido una constante y ante la necesidad del ciudadano común de protegerse contra las arbitrariedades cometidas por la fuerza y con el uso del poder del Estado. Algunos, por no decir la mayoría de los diferentes Estados del mundo, encuentran que la mejor forma de proteger al ciudadano es el reconocimiento de lo que hoy denominamos derechos humanos.

El Art. 3 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador señala como deber primordial del Estado: "**Garantizar sin discriminación alguna**

[98] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, publicada en el R. O. No. 449 del 20 de octubre del 2008, El Forum Editores, Art. 1

el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales..."[99]

Los derechos humanos y las libertades fundamentales son elementos esenciales de la democracia representativa, es así que la sociedad moderna está organizada bajo el sistema democrático que permite la convivencia en armonía. Siempre han existido grupos que han captado el poder y una vez cómodos han abusado de él. Como también es cierto que ante los abusos de poder siempre han surgido grupos que se revelan ante éste. El hombre ante esa realidad histórica creó la democracia, que permite el cambio armónico, social y evolutivo.

No solo los jueces constitucionales sino, los demás jueces de la niñez y adolescencia deben tener la potestad de aplicar el principio iura novit curia, fundamento que se aplica a la legislación comparada, acogiendo lo del Código Civil del Perú, que está comprendido en el Art. VII del Título Preliminar que señala "**Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda"**[100]**.**

Este principio también consta en el Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. El cual indica: "**El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.**

[99] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, publicada en el R. O. No. 449 del 20 de octubre del 2008, El Forum Editores, Art. 3 núm. 1

[100] CÓDIGO CIVIL, PERÚ: puede consultarse en http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01166.pdf

Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes"[101].

Estas normas expresan el aforismo "iura novit curia", significando esto que el Juez y el tribunal conoce el derecho, esto teniendo como límites: 1) El juez no puede fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes; y, 2) El juez no puede ir más allá del petitorio.

El juez de acuerdo al nuevo Estado constitucional de derechos no solo ejerce un poder discrecional, hemos construido al Ecuador como Estado constitucional de derechos, empero aceptamos que esa no es la realidad, es una creación normativa y, por tanto, admitamos que no es lo existente, los ecuatorianos hemos creado una proporción jurídica que, como todas, son artificiales, algo ilusorio, un proyecto de realizar, distante de la objetiva realidad.

El principio iura novit curia exime a las partes de alegar, probar la norma jurídica aplicable al caso, que pone en conocimiento de la jurisdicción, y permite que el juez pueda apartarse de las consideraciones jurídicas realizadas por estas, pero esto se dice en la doctrina, se aplica exclusivamente en los procesos constitucionales; de tal modo que el juez constitucional puede sustentar su resolución en alegaciones no esgrimidas o fundamentadas por las partes; sobre el papel del juez en el nuevo ordenamiento jurídico del país conforme señala el Código Orgánico de la Función Judicial.

[101] CÓDIGO PROCESAL CIVIL, PERÚ: http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01164.pdf

Más allá de las intensas polémicas que suscita, uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es, precisamente, la difusión en el seno de la cultura jurídica de la idea según la cual toda norma constitucional independientemente de su estructura o contenido normativo es una norma genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos. Los conflictos sometidos a la jurisdicción judicial no pueden ser resueltos de cualquier modo sino aplicando la norma que regía el caso. De ahí que desde antiguo, y sin perjuicio de otras implicaciones, se haya repetido la regla iura novit curia ("el juez conoce el derecho"): a) como presunción, en tanto se presume que el juez conoce el derecho aplicable al caso, lo que exime a las partes de tener que probarlo; b) como principio o regla, conforme a la distinta denominación que se asigne a las líneas directrices del proceso, esto es, como un deber del juez de conocer el derecho y de resolver el conflicto conforme a él y a pesar del invocado por las partes; c) como principio-construcción, en tanto elaboración de la ciencia jurídica que sistematiza el ordenamiento jurídico, articula las funciones legislativa y jurisdiccional y se configura como una armazón o estructura que sostiene toda la organización jurídica.

Jorge Zavala Egas, señala que "**La Constitución rige la vida de la sociedad en forma total, pero, para comprender ese error partimos de la aceptación de una evidencia: Se trata de una sociedad plural y, por ello, debe existir pluralismo en los enunciados constitucionales que deben contener la pluralidad de valores que en ella cohabitan "Se reconoce la libertad de expresión, pero también al derecho al honor; la**

libertad de información, pero también el derecho a la intimidad; el valor de la libertad, pero también en de la igualdad; se reconoce el Estado social, pero también el Estado liberal; el derecho a la propiedad, pero también su función social, a la tutela al medio ambiente, o a la promoción del bienestar general, o el derecho a la vivienda, o a la educación; se reconoce a la libertad de empresa, pero también el derecho al trabajo; el derecho a la manifestación y el de huelga, pero también el orden público; el derecho a la tutela judicial, pero también la seguridad jurídica o la celeridad en la administración de justicia, etc."[102]

Este autor indica que las normas y principios regidos en la Constitución deben ser aplicados de acuerdo a la ponderación, y ello fundamento que el iura novit curia, de que la jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional, siendo un principio solamente aplicable para los jueces constitucionales, siendo necesario que le sean aplicados para los demás jueces que administran justicia, porque se mira desde la defensa de los derechos fundamentales como principios aplicables mediante una visión de ponderación, centrando en el nivel discrecional del Juez y la afectación de los derechos desarrollados por el legislador.

7. METODOLOGÍA.

7.1. Métodos

El desarrollo de la presente tesis, está encaminado a realizar una investigación descriptiva y bibliográfica. La investigación descriptiva es

[102] ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, EDILEXA S.A., Guayaquil – Ecuador, 2010, p. 378

aquella que nos permite descubrir detalladamente y explicar un problema, objetivos y fenómenos naturales y sociales mediante un estudio con el propósito de determinar las características de un problema social.

La investigación bibliográfica consiste en la búsqueda de información en bibliotecas, internet, revistas, periódicos, libros de derecho; en las cuales estarán ya incluidas las técnicas de utilización de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

La información empírica, se obtendrá de la observación directa de la codificación de otras leyes, y en especial del sistema de garantías a los derechos humanos, respecto del principio procesal iura novit curia en la aplicación de los procesos**.** Así como deben la conveniencia de la aplicación de este principio por los jueces y tribunales de nuestro país

Durante esta investigación se utilizará los siguientes métodos: El Método Inductivo, Analítico y Científico. El método inductivo, parte de aspectos particulares para llegar a las generalidades es decir de lo concreto a lo complejo, de lo conocido a lo desconocido. El método inductivo en cambio, parte de aspectos generales utilizando el racionamiento para llegar a conclusiones particulares.

El método analítico tiene relación al problema que se va a investigar por cuanto nos permite estudiar el problema en sus diferentes ámbitos. El análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para su verificación y perfeccionamiento. El método científico, nos permite el conocimiento de fenómenos que se dan en la naturaleza y en la sociedad,

atreves de la reflexión comprensiva y realidad objetiva, de la sociedad por ello en la presente investigación me apoyare en este método.

7.2. Procedimientos y Técnicas.

En lo que respecta a la fase de la investigación, el campo de acción a determinarse, estará establecido en que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala como principio procesal que la jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional, siendo esta norma sólo utilizada por los jueces constitucionales, no así por las demás autoridades que administran justicia, principio que está en contra de Estado constitucional de derechos y justicia.

La investigación de campo se concretará a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas para las encuestas y cinco personas para las entrevistas; en ambas técnicas se plantearán cuestionarios derivados de la hipótesis, cuya operativización partirá de la determinación de variables e indicadores; llegando a prescribir la verificación de los objetivos, contrastación de la hipótesis, de este contenido, me llevará a fundamentar la Propuesta de Reforma a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en la adecuada aplicación del principio de Iura Novit Curia

En relación a los aspectos metodológicos de presentación del informe final, me regiré por lo que señala al respecto la metodología general de la investigación científica, y por los instrumentos respectivos y reglamentos a la

Graduación de la Universidad Nacional de Loja, para tal efecto, y especialmente de la Maestría en derecho Penal, y cumplirlos en forma eficaz, en el cumplimiento de la investigación.

7.3. Esquema Provisional del Informe Final.

El informe final de la investigación socio-jurídica propuesta seguirá el esquema previsto en el Art. 151 del Reglamento de Régimen Académico que establece: Resumen en Castellano y Traducido al Inglés; Introducción, Revisión de Literatura; Materiales y Métodos; Resultados, Discusión, Conclusiones, Recomendaciones, Bibliografía; y, Anexos.

Sin perjuicio del cumplimiento de este esquema, es necesario que en este acápite de metodología, se establezca un esquema provisional para el Informe Final de la investigación socio-jurídica propuesta, siguiendo la siguiente lógica:

En primer orden, se concreta el Acopio Teórico, comprendiendo: a) un Marco Teórico Conceptual, el que contiene: los principios del debido proceso, el estado constitucional de derechos, la proporcionalidad, b) un Marco Jurídico, acerca de la aplicación de los principios procesales, que la justicia constitucional; Analítico crítico de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de la aplicación del principio iura novit curia, c) Marco Doctrinario sobre la problemática de las complicaciones de la aplicación del principio iura novit curia por los jueces y tribunales de la niñez y adolescencia; además se estudiara la Legislación de otros países, como la legislación comparada en relación a la nuestra.

En segundo lugar se sistematizará la indagación de campo o el acopio empírico, siguiendo el siguiente orden: a) Presentación y análisis de los resultados de las encuestas y entrevistas; y b) Presentación y Análisis de los resultados de los casos jurisprudenciales, como Casuística.

En tercer orden vendrá la síntesis de la investigación jurídica, con la concreción de: a) Indicadores de verificación de los objetivos y de contrastación de la hipótesis, b) La deducción de conclusiones y recomendaciones; y c) la fundamentación jurídica de la propuesta de la reforma legal, en relación a la materia y al problema materia de la tesis en estudio.

8. CRONOGRAMA DE TRABAJO.

	Año 2013				
Actividades Tiempo	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO
Selección y definición del problema objeto de estudio	XX				
Elaboración del Proyecto de Investigación	XX				
Desarrollo de la revisión de literatura de la tesis		XXXX	XXXX		
Aplicación de encuestas y entrevistas				XX	
Verificación y contrastación de Objetivos e Hipótesis				XX	
Planteamiento de conclusiones y recomendaciones					XX
Presentación del borrador de la Tesis					XX
Presentación del informe final					X
Sustentación y defensa de la tesis					X

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

9.1. RECURSOS HUMANOS:

Director de Tesis: Dr. Gonzalo Iván Aguirre Valdivieso

Postulante: Enriqueta Piedad de los ÁngelesVillalobos Naranjo

9.2. RECURSOS MATERIALES Y COSTOS

Bibliografía Específica	250,00
Digitación e Impresión	400,00
Materiales de Oficina	150,00
Elaboración y publicación	100,00
Imprevistos	100,00
TOTAL	1.000,00 USD

9.3. FINANCIAMIENTO.

La presente investigación será financiada con mis propios recursos.

10 BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ALBAN ESCOBAR. Fernando: Estudio Sintético sobre el Código de Procedimiento Penal, Tomo I y II, Editorial Torres, Quito- Ecuador, 2001, p. 17

- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S. R. L., Buenos Aires – Argentina.

- DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Editorial Espasa, SIGLO XXI, Calpe S. A., Madrid, 1999.

- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011

- FERRAJOLI, Luigui: Democracia y Garantismo, Editorial Trota, 2008, Madrid - España

- FERRAJOLI, Luigui: Garantismo, Editorial Trota, 2006, Madrid - España

- FERRAJOLI, Luigui; ALEXY, Roberth; GUASTINI, Riccardo; COMANDUCCI, Paolo; MORESO, Juan José: SANCHIS, Luis Prieto; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso; POSSOLO, Susana: Neoconstitucionalismo, Editorial Trota, 2009, Madrid - España

- PONCE VILLACÍS, Juan Esteban: El neoconstitucionalismo en el Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2010.

- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Penal, Editorial EDINO, Guayaquil – Ecuador, 2005.

INDICE

PORTADA i

CERTIFICACIÓN ii

AUTORÍA iii

CARTA DE AUTORIZACIÓN iv

DEDICATORIA v

AGRADECIMIENTO vi

TABLA DE CONTENIDOS vii

1. TÍTULO 1

2. RESUMEN 2

2.1. Abstract 4

3. INTRODUCCIÓN 6

4. REVISIÓN DE LITERATURA 9

4.1. MARCO CONCEPTUAL 9

4.2. MARCO DOCTRINARIO 39

4.3. MARCO JURÍDICO 58

5. MATERIALES Y MÉTODOS 87

6. RESULTADOS 90

6.1. Presentación de los resultados de la encuesta 90

6.2. Resultados de las entrevistas 103

7. DISCUSIÓN 106

7.1. Verificación de Objetivos 106

7.2. Contrastación de la Hipótesis 108

7.3. Fundamentos jurídica de la propuesta de reforma 109

8. CONCLUSIONES 115

9. RECOMENDACIONES 117

9.1. Propuesta de Reforma 119

10. BIBLIOGRAFÍA 122

11. ANEXOS 126

ÍNDICE 148