



Universidad San Gregorio De Portoviejo

Carrera de Derecho

**Trabajo de investigación de Artículo Científico previo a la obtención del título de
Abogado**

Título:

La voz del menor: Una garantía al interés superior

Autores:

Génesis Andrea Mendoza Pin

Maricarmen Vera Mendoza

Tutor:

Ab. Rocío Macarena Mendoza González. Mg.

Cantón Portoviejo – Provincia de Manabí - República del Ecuador

Octubre 2023 – Marzo 2024

Declaración de autoría y cesión de Derechos de propiedad intelectual

Génesis Andrea Mendoza Pin y Maricarmen Vera Mendoza declaramos, de forma libre y voluntaria ser las autoras del presente trabajo de investigación, cuyo contenido es auténtico y original no infringe derechos de propiedad intelectual de terceros. En ese sentido, asumimos la responsabilidad correspondiente ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión de la información obtenida en el proceso de investigación. Así como también los contenidos, ideas, análisis, conclusiones y propuestas son exclusiva responsabilidad de nosotras como autoras. De manera expresa cedemos los derechos de autor y propiedad intelectual del Artículo Científico **“La voz del menor: Una garantía al interés superior”**, a la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por ser la Institución de Educación Superior que nos acogió en todo el proceso de desarrollo del mismo y autorizo a su difusión en formato digital, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Portoviejo, 09 de abril del 2024



f. _____

Génesis Andrea Mendoza Pin

C.C. 131668881-9



f. _____

Maricarmen Vera Mendoza

C.C. 1316386570

La voz del menor: Una garantía al interés superior.

The voice of the minor: A guarantee to the best interest.

Autor (es):

Génesis Andrea Mendoza Pin.

<https://orcid.org/009-0008-5275-453X>

Universidad San Gregorio de Portoviejo.

E-mail: ga.mendoza1608@gmail.com

Maricarmen Vera Mendoza.

<https://orcid.org/0009-0005-1295-1262>

Universidad San Gregorio de Portoviejo.

E-mail: maricverme@gmail.com

Tutora

Abg. Rocío Macarena Mendoza González. Mgs.

<https://orcid.org/0000-0003-3964-3911>

Docente de la Carrera de Derecho, Universidad San Gregorio de Portoviejo

E-mail: rmmendoza@sangregorio.edu.ec

Resumen

La voz del menor representa una garantía fundamental para asegurar el cumplimiento del principio del interés superior del niño, además, la edad y madurez emocional juegan un rol importante, ya que la capacidad del menor para entender la naturaleza y las implicaciones de los procesos legales depende del nivel de desarrollo cognitivo y madurez emocional. El propósito de esta investigación fue conocer las situaciones en las que el derecho del menor a ser escuchado en procesos de familia es vulnerado desencadenando una violación al interés superior del niño y un problema en el ámbito jurídico del Ecuador.

Palabras claves: Derechos del menor; edad, interés superior del niño; madurez; vulneración.

Abstract

The voice of the minor represents a fundamental guarantee to ensure compliance with the principle of the best interests of the child. In addition, age and emotional maturity play an important role, since the minor's ability to understand the nature and implications of legal processes depends the level of cognitive development and emotional maturity. The purpose of this research was to know the situations in which the minor's right to be heard in family proceedings is violated, triggering a violation of the child's best interests and a problem in the legal field of Ecuador.

Keywords: Rights of the minor; age, best interests of the child; maturity; infringement.

Introducción

El contexto del problema del presente artículo radica en conocer cómo es innegable que el niño actualmente es reconocido como sujeto de derechos, sin embargo, esto no siempre ha sido así, históricamente su condición era inferior, ausente de derechos y del reconocimiento individual, pues eran considerados como propiedad del padre, quien actuaba y tomaba la decisión por ellos, llegando inclusive a tratos crueles e inhumanos.

La relevancia del tema consta en que en una sociedad donde los niños son sujetos primordiales de derechos, es importante escuchar su opinión acerca de temas que les puedan llegar a competir o perjudicar dado el caso, por ello, el respeto por escuchar su voz y en conjunto con el interés superior del niño es esencial, de esta manera, la presente investigación es realizada con el objetivo de determinar si el interés superior del menor es vulnerado cuando a este no se lo escucha en procesos que afectan sus derechos tal como aquellos procesos de familia en donde la voz del menor es fundamental para tomar decisiones esenciales para su desarrollo y beneficio.

Dentro del marco teórico de este artículo se encuentran diversas opiniones y criterios acerca del tema, autores que expresan que el derecho del niño a ser escuchado debe de radicar en la madurez del menor sin importar la edad, mientras que otros fundamentan que se debe de tener en cuenta siempre la edad para escuchar al niño, así mismo, se revisan sentencias de la Corte Constitucional en donde se presentan precedentes jurisprudenciales en cuanto a la voz del menor en procesos donde sus derechos pueden vulnerarse.

Cabe destacar que el propósito de esta investigación es analizar si se transgrede el interés superior del niño cuando no se lo escucha en procesos, específicamente de familia y que puedan verse involucrados sus derechos, identificando además casos llevados por la Corte Constitucional y analizando la legislación ecuatoriana.

Metodología

Esta investigación fue realizada en base a un análisis bibliográfico, siendo una investigación cualitativa basada en la búsqueda de información de diferentes autores y fuentes confiables para la obtención de resultados, toda la información obtenida fue extraída utilizando estado del arte para procurar mejores resultados, por otro lado. el método jurídico comparado o de derecho comparado resultó esencial para el desarrollo de esta investigación considerando que se realizó un estudio a diferentes legislaciones a través de un análisis comparativo, esto para poder conocer la manera en que abarcan el tema del interés superior del menor y el derecho a ser escuchado en los procesos de familia.

Además, también se utilizó el método de investigación jurídica dogmático simple con el fin de investigar el ordenamiento jurídico ecuatoriano y verificar si cumple con las necesidades del menor de edad en cuanto a ser escuchado en procesos de familia que puedan vulnerar sus derechos.

Fundamentos Teóricos

El Interés Superior del Niño

El Principio del Interés Superior del Niño es la primera medida de protección nacional e internacional que tienen los derechos de los niños, la cual debe estar siempre presente antes de tomar cualquier decisión que tenga asuntos vinculantes o directos con el menor. Para entrar en contexto sobre este principio, hay que destacar que el autor Anilema (2018) menciona que

Se puede definir al Principio del Interés Superior del Niño como una medida jurídica garantista, de control y protección de la infancia, que obliga a una autoridad a tener presente los derechos actualmente reconocidos de los niños, al momento de tomar

cualquier decisión jurídica o administrativa en donde se vean inmersos sus intereses, con el objetivo de satisfacer dichos derechos. (p. 20)

Por otro lado, López Contreras (2015, Pág. 52) señala que “en los procesos de protección de la niñez y de la adolescencia, el principio de interés superior de los niños y niñas es el eje diamantino con el que fundamentan todas y cada una de las decisiones judiciales”.

Además, hay que recalcar que este principio busca respetar y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes en todo tipo de ámbito, cuya única y fundamental función, “es la plena satisfacción de los derechos” (Cillero, 1998).

Por lo expuesto anteriormente, es necesario recalcar que todas las decisiones que se tomen en relación al menor deben ir orientadas específicamente al ejercicio de los derechos, al desarrollo de una vida digna y además a las condiciones materiales y afectivas que le permitan vivir plenamente y alcanzar el bienestar a los menores. Entre varios autores, se encuentran Cangas et al. (2019) quien trata sobre el reconocimiento de este principio de la siguiente manera

El Principio del Interés Superior del Niño representa el espíritu de la Doctrina de la Protección Integral, materializado en el reconocimiento de los Derechos Humanos de la infancia consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño. El Principio del Interés Superior del Niño debe ser la guía y criterio rector en la toma de decisiones en materia de infancia, lo que a la vez garantizará la vigencia efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. (p.948)

Por otro lado, cabe mencionar al Ecuador, país que, al ser un Estado Constitucional, no solo reconoce y señala dentro de su norma máxima, la Constitución de la República del Ecuador, que los niños, niñas y adolescente son sujetos de derechos, sino que toda toma de decisiones sobre los mismos, siempre se hará teniendo presente el Principio de Interés Superior del Niño.

Niño y Menor

Conviene destacar una distinción entre ambos conceptos, de esta manera, las diferencias fundamentales se dan tomando en cuenta la Convención de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente debido a que luego de su declaración, se les da un estatus de sujetos de derechos y se establece un nuevo concepto sobre la infancia.

De tal manera, la Real Academia Española, define el término “menor” como: “Que es inferior a otra cosa en cantidad, intensidad o calidad; menos importante con relación a algo del mismo género”. Este término es comúnmente utilizado en lo que al ámbito jurídico respecta, derivando de la posición de menor de edad y dándosele uso para referirse a niños, niñas y adolescentes en varios ámbitos del derecho. Por ejemplo, es necesario hablar sobre Las Reglas de Beijing (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, 1985) la cuales dan a conocer que el concepto de menor se aplicará a jóvenes de distintas edades, pudiendo ir desde los 7 hasta los 18 años.

Por otro lado, Mendieta & San Martín (2007, Pág. 14) menciona que según la mayoría de las normas jurídicas internacionales niño es, “toda persona menor de 18 años. La mayor parte de los países del mundo han fijado asimismo la mayoría de edad civil en los 18 años.”. La Convención sobre los Derechos del Niño señala que un niño es todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, haya alcanzado la mayoría de edad antes.

La diferencia entre "niño" y "menor" suele depender entonces del contexto en el que se utilicen, sin embargo, se puede entender que "niño" se refiere principalmente a una etapa específica de la vida humana en términos de desarrollo, mientras que la palabra "menor" es un término legal que indica la edad de una persona en relación con la mayoría de edad, sus derechos y responsabilidades legales asociadas.

Derecho Del Menor A Ser Escuchado

Respecto al derecho del menor de edad a ser escuchado se pueden abarcar varias posiciones, en este caso, Cueto (2023) declara lo siguiente

El derecho del menor a ser oído está previsto para cualquier procedimiento en que sus intereses se vean afectados —sea éste de la índole que sea—. Esto está establecido por el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y además ha sido profusamente explicado por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General No. 12. A este respecto resulta relevante mencionar que la Observación no indica una edad específica a partir de la cual el menor ha de ser oído (Pág. 26)

Por otro lado, es necesario tomar en cuenta la manera en que los niños pueden ser escuchados, así, Vargas (2022) expresa que

Parece subsistir la idea de que los niños pueden ser escuchados de diversas formas, a través de medios de prueba (peritajes) o de terceros (curador ad litem o consejero técnico), y no exclusivamente por quien ha de tomar la decisión. La comprensión de este derecho, su ejercicio y el rol de los niños en los procesos judiciales son determinantes para definir luego aspectos claves de su implementación, por ejemplo, las exigencias de formación de quien escucha, las condiciones de infraestructura o las formas de resguardar la confidencialidad del relato. (Pág. 2)

Además, la CFA (2021) ha dicho lo siguiente en cuanto al derecho que el niño tiene a ser escuchado, basándose en la CDN.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) estableció por primera vez el derecho fundamental de la infancia a ser escuchada en 1989. En las tres décadas que han

transcurrido desde entonces, otras normas jurídicas y reglamentarias han reforzado y desarrollado este derecho. Desde la adopción de la CDN, hace más de 30 años, se ha avanzado considerablemente hacia la consecución del derecho de los niños y niñas a ser escuchados. (Pág.3)

Barber (2019) distingue tres pilares básicos sobre el tratamiento jurídico que se le debe dar a los menores y manifiesta lo siguiente

El tratamiento jurídico actual de los menores, a nivel internacional y nacional, se sustenta sobre tres pilares básicos: el reconocimiento del incremento de su capacidad de ejercicio, la necesaria fundamentación de las decisiones sobre los menores en su interés superior, y el derecho a ser oídos antes de adoptarse, en cualquier ámbito, una decisión que les afecte, como necesaria consecuencia de la primera y criterio para determinar el segundo. (Pág.6)

La Observación General n° 12 de julio de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU en su numeral 12 da a conocer que las opiniones expresadas por niños pueden aportar perspectivas y experiencias útiles, por lo que deben tenerse en consideración al adoptar decisiones, formular políticas y preparar leyes o medidas, así como al realizar labores de evaluación. (Pág.7). Lo anterior expresado da a conocer que la opinión del niño si puede llegar a ser útil para la toma de decisiones, la CFA (2021) también ha podido enunciar que

A pesar de los continuos esfuerzos del Comité de los Derechos del Niño por subrayar la importante función que desempeña la participación de los niños y niñas, cada vez son más los gobiernos que censuran su acceso a la información, limitan los espacios ciudadanos seguros y accesibles. (Pág.4)

Pero, el desarrollo del niño incluye cambios físicos, intelectuales, sociales y emocionales, hay que tener en cuenta que cada niño es diferente y obtendrá la madurez de acuerdo a su desarrollo, sin embargo, se ha demostrado que los niños actualmente tienen la capacidad de comprender y expresar sus opiniones, lo que puede ser tomado en cuenta para la toma de decisiones judiciales. Tomando en cuenta que el desarrollo de los niños es distinto en cada uno, la CFA, (2021) ha declarado que

En numerosas ocasiones, los adultos continúan considerando que niños y niñas son demasiado inexpertos e inmaduros para participar, y les deniegan o dificultan el acceso a los procesos de adopción de decisiones. Tal es el caso de los menores que promueven los derechos ciudadanos, así como de los que comparten su opinión con sus cuidadores, progenitores, jueces, docentes, doctores y policías, entre otros. (Pág.4)

De esta manera, se considera que la voz del menor y su opinión es de suma importancia en procesos que pueden afectar sus derechos y su bienestar, en este caso procesos de familia por ser aquellos en los que comúnmente se evidencia la vulneración del derecho del menor a ser escuchado, de la misma manera, Carretta et al. (2022) ha dicho lo siguiente

La importancia de las declaraciones de los NNA en sede judicial familiar, aparte de su valor intrínseco en tanto se trata de una de las formas de ejercitar un derecho humano por un grupo de personas vulnerables, puede ser planteada en el hecho de que lo expresado por un niño en la audiencia reservada tiene la capacidad de influir notoriamente en la valoración que el juez hace de la ocurrencia de los hechos. (Pág.261)

Niños Como Sujetos De Derechos

Cabe destacar que se reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, ya que, se le atribuyen derechos inherentes e inalienables según sus respectivos atributos ante la

sociedad y el Estado. Es así que las entidades estatales reconocen sus derechos y obligaciones frente a estos, por ello Gómez de la Torre (2018) manifiesta

Que el niño sea sujeto de derecho significa que ejercerá sus derechos y deberes de acuerdo a su edad y grado de madurez. Tres principios lo concretan: la autonomía progresiva, el interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta. (Pág.134)

Recalcando que la administración de justicia juega un papel fundamente, Alvarado et al. (2015) menciona la CDN enunciando lo siguiente

La Convención de los Derechos del Niño (1990) señala los siguientes aspectos: los niños y las niñas son titulares de derechos, la administración de justicia del Estado tiene la obligación fundamental de actuar como garante de la realización de los derechos de los niños y las niñas, la adopción de cualquier decisión que afecte a los niños y las niñas debe estar basada en su interés superior, y los niños y las niñas tienen el derecho a ser escuchados y a que su opinión sea tenida en cuenta en la adopción de las decisiones que les afectan. (Pág. 60)

Ciertamente, es fundamental que el Estado garantice los derechos de los niños, entre ellos, el ser escuchado, de esta forma, Barletta, (2018) expresa

En la doctrina de la protección integral, el niño y el adolescente es visualizado como un sujeto activo que involucra en la toma de decisiones de los asuntos que lo afecten. Son valorador por sí mismos, en su condición de persona que es merecedora de un trato diferenciado con dignidad. (Pág.21)

La participación de todo niña, niño y adolescente permite lograr una protección integral, ya que, según Unicef (2014, Pág. 5) “los niños sometidos al silencio y a la pasividad pueden ser

objeto de abuso por los adultos con relativa impunidad”. Cabe señalar que, el derecho a ser escuchados consiste en que toda opinión manifestada por un niño, niña o adolescente debe tomarse en cuenta y ser valorada de acuerdo a su madurez y edad, y darle la importancia debida en cualquier decisión que involucre al menor, ofreciéndole un entorno adecuado para manifestar su opinión.

Es necesario destacar que el derecho del niño y la niña a expresar su opinión está limitado a que se encuentre “en condiciones de formarse un juicio propio”. Sin embargo, Couso (2006, Pág. 149) señala que “la hipótesis referida al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio debe entenderse en un amplio sentido, abarcando a todo niño que puede tener algo relevante que comunicar”.

Por lo tanto, la voz del niño es de suma importancia ya que una decisión errónea podría afectar su bienestar, Seminario et al (2019) comenta que

Se debe priorizar el beneficio del niño, niña y adolescente ante una decisión que afecte su condición como tal y todos los derechos inherentes que se le atribuyen, por ejemplo, en caso de que se fomente la creación de una ley, la aplicación de políticas públicas o determine la decisión final en una sentencia, se deberá ponderar al niño como primer interés para de esa manera asegurar su debida protección, cuidado y bienestar. (Pág.219)

Edad y Madurez

En primer lugar, se destaca el punto de vista de la autora Bonilla de Arrocha (s.f) quien manifiesta que

El grado de madurez y la edad de los niños, niñas y adolescentes tendrán que ser valorados desde el punto de vista del ejercicio del derecho, sin descartar los efectos que

produzca su opinión en el ánimo del juzgador para ser considerado como un testimonio en el caso de incriminar o juzgar la conducta de un adulto. (Pág.80)

Bonilla de Arrocha (s.f) también hace referencia a la edad en que se considera que un menor debe ser oído, expresando lo siguiente

En su gran mayoría, los ordenamientos jurídicos parten de la edad de 12 años como la etapa en la que debe ser oído el menor, por su capacidad de razonamiento, pero también se ha aceptado que antes de esa edad si tuviera suficiente juicio, el juez pueda escucharlo y valorar la opinión que exteriorice según la orientación que le brinden los especialistas en la materia respectiva. Cuando el menor no llega a los doce años a partir de los que es preceptivo escucharle, no es conveniente establecer reglas generales en cuanto a la edad a partir del cual deban ser oídos, ya que ello siempre dependerá de su desarrollo psíquico, de su discernimiento y madurez. (Pág.81)

Además, esta misma autora Bonilla de Arrocha (s.f) establece lo siguiente en cuanto a las condiciones que debe cumplir el menor para expresar su opinión

Lo cierto es que, en todas las etapas del desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, la participación de un equipo interdisciplinario es esencial para acreditar su grado de madurez y así determinar si está en condiciones de formarse un juicio propio y de qué manera se tomará en cuenta su opinión; pero el conocimiento de tales especialistas es más decisivo en la primera infancia, por ser una etapa en la cual la comunicación es limitada. Todos los niños, niñas y adolescentes deben ser tratados como sujetos plenos de derecho y su opinión no se puede considerar como carente de validez o credibilidad solo en razón de su edad. La edad cronológica es un parámetro menos significativo que la

comprobación en concreto de si el niño, niña y adolescente tiene o no una madurez suficiente para entender la situación personal, familiar y expresar su opinión. (Pág.81)

El criterio de un niño puede ayudar a que este se sienta parte del proceso, por ello, Oleas (2022) manifiesta que

La opinión constituye el derecho mediante el cual un niño, niña o adolescente puede emitir su criterio, su forma de pensar sobre un tema determinado, sobre todo razonar en asuntos en los cuales se sientan parte, por lo tanto, el Estado debe garantizar medidas necesarias para el cumplimiento y aplicación correcta de este derecho. (Pág.15)

De lo expresado anteriormente, se destaca que el Estado es el único ente obligado a hacer respetar este derecho del menor, debido a esto, Oleas (2022) también expresa lo siguiente

De esto radica la importancia de que las niñas, niños y adolescentes cuenten con el derecho constitucional de ser consultados, en cualquier momento y lugar, sobre todo si se trata de asuntos legales como la tenencia o la patria potestad, juicios en los cuales están inmersos de manera directa, en estos casos su debe ser escuchada por medio de un Juez de Familia, quien la valorará de acuerdo a la edad que posean, el grado de desarrollo y la madurez psicológica que presente, aspectos como el grado de desarrollo, el físico, la madurez psicológica. (Pág.16)

Un artículo difundido por Vázquez (2008, Pág. 1) expresa que “está muy difundida la creencia de que los niños de la actualidad son más inteligentes que los de antes, por ende, tienen más desarrollada la capacidad para comprender ciertas situaciones”.

Así, Vázquez (2008) entre otras cosas, también abarca un fenómeno importante de la siguiente forma

Existe lo que se llama el efecto Flynn, un fenómeno según el cual el coeficiente intelectual promedio aumenta de manera continua con el paso del tiempo. Los científicos no han encontrado hasta ahora una explicación contundente de por qué se produce el efecto Flynn. Pero hay varias hipótesis. Un estudio realizado en Barcelona comparó el Coeficiente Intelectual de un grupo de niños de siete años en 1970 con el de otro grupo de niños, que tenían la misma edad en 1999. En esas casi tres décadas el coeficiente promedio había aumentado hasta un 17%. (Pág.1)

Y, por último, este mismo autor, Vásquez (2008) manifiesta lo siguiente en cuanto a la capacidad del niño para participar en un proceso judicial:

Es fundamental considerar que la capacidad de comprensión y de expresión varía considerablemente entre los niños, independientemente de la época. La capacidad de un niño para participar en un proceso judicial de manera significativa dependerá de su nivel de desarrollo cognitivo, emocional y social, así como de la complejidad del caso en cuestión. (Pág.1)

Normativas Aplicables y Criterios de Corte Constitucional

Normativa a Nivel Nacional

Constitución de la República del Ecuador

En Ecuador, se abarca la Constitución de la República del Ecuador (CRE) como el instrumento jurídico principal a nivel nacional, cuyo artículo 44 expresa lo siguiente:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de

crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

Y, además el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA) cuyo principal objetivo es establecer normas y principios para poder garantizar el desarrollo de los niños/as y adolescentes y proteger sus derechos, en este caso podemos abarcar el Art 11 cuyo contenido es acerca del Interés superior del niño, pero además también el artículo 60, mismo que textualmente manifiesta que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez. Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión.

Código Orgánico General de Procesos

Por otra parte, respecto a Ecuador, tenemos el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) cuyo artículo 31 menciona que las niñas, niños y adolescentes serán escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos.

Normativa a Nivel Internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos

En concordancia con lo mencionado en párrafos anteriores es necesario tomar en cuenta dos Convenciones fundamentales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) cuyo artículo 19 hace mención a los derechos del niño y como este tiene derecho a medidas de protección requeridas por su condición de menor.

Convención sobre los Derechos del Niño

Y, por otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) cuyo artículo 3.1. manifiesta: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Luego, su artículo 12 que menciona lo siguiente: **1.** Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño, y; **2.** Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Colombia)

Esta Ley en su artículo 2 abarca varios numerales, especificando en primer lugar que los menores tienen derechos a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial respecto a las acciones o decisiones que le conciernan, sea en ámbito público como en privado, por otro lado, también se hace mención a que los criterios del menor se darán teniendo en cuenta su edad y madurez, teniendo en cuenta que cualquier orden jurisdiccional deberá adoptarse siguiendo el debido proceso y además respetando el derecho del menor de edad a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo a la normativa vigente.

Además, el artículo 9 de esta misma Ley expresa que El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto

en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

Precedentes y Criterios de la Corte Constitucional

Sentencia No. 239-17-EP/22 - CASO No. 239-17-EP

“Las y los administradores de justicia tienen la obligación de tener en cuenta el interés superior de los niños, niñas y adolescentes al momento de sopesar distintos intereses al tomar la decisión, para lo cual deben apreciar el ambiente familiar, los lazos afectivos entre los niños, niñas y adolescentes y quienes se encargan de su cuidado, entre otros aspectos.”

Sentencia No. 2691-18-EP/21 - CASO No. 2691-18-EP

“El desarrollo cognitivo de un niño de 3 años es distinto al de un adolescente de 16 años; en consecuencia, su capacidad de elección también será diferente. Por consiguiente, debe matizarse razonablemente el alcance de la capacidad de participación de cada niño en los procedimientos donde se discuta acerca de sus derechos, con el objetivo de lograr la protección efectiva de su interés superior, bajo sus tres dimensiones, como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo fundamental y como norma de procedimiento”.

“La Corte Constitucional observa que en vista de la importancia de los intereses en cuestión, como lo es el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados en los procesos cuyos asuntos les afecte y consecuentemente en la repercusión que dicha opinión pudiese tener en la protección y el goce efectivo del resto de sus derechos; particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la filiación de quienes se encuentren en su primera

infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades. Lo anterior revela una necesidad de cautelar y de proteger el interés superior del niño, así como de garantizar los derechos en posible riesgo; por lo tanto, están los jueces llamados a escuchar la opinión de los niños, niñas y adolescentes respecto a las cuestiones pertinentes a ellos.”

“Al inobservar el derecho a ser escuchados de los niños, niñas y adolescentes podrían conducir a la vulneración de los derechos que buscan determinarse en las causas sometidas a su conocimiento. Es por ello que este Organismo reitera que, la autoridad judicial deberá analizar y matizar caso a caso las condiciones específicas de cada niño o niña en concreto y su interés superior para acordar la participación de éste aplicando los criterios expuestos anteriormente; y, respecto de los adolescentes, cualquier decisión que se tome sin escucharlo carece de validez, debiendo tomarse en consideración que aquello también implica que éste puede decidir ejercer o no su derecho a ser escuchado, opinión que será obligatoria, siempre que no sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral, valoración que la autoridad judicial que conoce la causa deberá de evaluar y matizar en cada caso en concreto donde se discuta sobre sus derechos.”

Sentencia No. 1389-19-EP/23 – CASO No. 1389-19-EP

“Esta Corte ha establecido que las niñas, niños y adolescentes están dotados de capacidad para formar sus propias opiniones y tienen derecho a expresarlas en todo proceso judicial o procedimiento administrativo que les afecte. Del mismo modo, determinó que es obligación de toda autoridad judicial o administrativa -que dirige un proceso o procedimiento en que se discuta y cuya decisión tenga un impacto en los derechos de las niñas, niños y adolescentes- escuchar y considerar seriamente la opinión de las niñas, niños y adolescentes en función de su edad, madurez y desarrollo evolutivo.”

“Este Organismo también ha señalado que debe presumirse que toda niña, niño o adolescente tiene la capacidad para formarse sus propias opiniones y expresarlas. En esa medida, no les corresponde a las niñas, niños o adolescentes probar que tienen dicha capacidad. Al contrario, es el Estado quien está obligado a generar las condiciones necesarias para garantizar este derecho y así evaluar su capacidad para formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. De ahí, que cualquier decisión que se tome sin escucharles en asuntos que les afecte carece de validez”.

“De este modo, la Corte ha establecido que el juzgador o la entidad encargada de adoptar decisiones administrativas o judiciales debe: i) asegurar que existan mecanismos para recabar las opiniones del niño, niña o adolescente sobre todos los asuntos que le afectan, y ii) tener debidamente en cuenta esas opiniones de acuerdo con su edad y madurez”.

Sentencia No. 785-20-JP/22 – CASO No. 785-20-JP

“Respecto del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados, esta Corte recogió cinco medidas enumeradas por el Comité de los Derechos del Niño y subrayó que “se aplican en todos los asuntos que afecten a los niños, niñas y adolescentes, tales como los procesos sancionatorios en contextos educativos”

“1) Preparación: se debe preparar a los niños, niñas y adolescentes antes de ser escuchados, explicándoles cómo, cuándo y dónde se los escuchará y quiénes serán los participantes. 2) Audiencia: el lugar donde se realice la entrevista tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que los niños, niñas o adolescentes puedan estar seguros de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que hayan decidido comunicar. 3) Evaluación de la capacidad del niño: en cada caso se debe evaluar la capacidad del niño de formarse un juicio propio, luego de ello, el encargado de adoptar

decisiones debe tener en cuenta las opiniones de los niños, niñas y adolescentes como factor destacado en la resolución de la cuestión. 4) Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño, niña o adolescente (comunicación de los resultados al niño, niña o adolescente): se debe informar al niño, niña o adolescente del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones para efectos de conocer su posición. 5) Quejas, vías de recurso y desagravio: los niños, niñas o adolescentes deben tener la posibilidad de dirigirse a un defensor o una persona con funciones comparables en todas las instituciones dedicadas a los niños, como las escuelas y las guarderías, para expresar sus quejas”

Análisis De Los Resultados Y Discusión

La voz y opinión de un niño sobre un tema en el cual puedan verse afectados o vulnerados sus derechos es fundamental en todo tipo de procesos, abordando en esta investigación los de familia por ser aquellos en los que los menores juegan un papel primordial, lo que ha evidenciado en primera instancia que los menores de edad si son escuchados atravesando por el proceso establecido, pero al momento de la toma de decisiones lo que el menor ha expresado y la forma en como la decisión puede afectarlo no se considera, llegando incluso a instancias mayores.

Así, se puede asegurar que el derecho que el menor tiene a ser escuchado si es respetado, pero de una forma parcial, llegando a vulnerar en consecuencia el interés superior del niño, alcanzando esta conclusión en base a sentencias de Corte Constitucional, mismas entre las cuales se ha logrado marcar precedentes, por ejemplo, en la Sentencia No. 785-20-JP/22 – CASO No. 785-20-JP, en la cual se menciona acerca de la preparación de los niños.

Respecto a lo mencionado anteriormente, El Comité de los Derechos del Niño ha implementado medidas que se deben aplicar en asuntos que puedan afectar a los niños, en este caso, una de esas medidas fundamentales es la preparación, explicando que se debe preparar a los

niños, niñas y adolescentes antes de ser escuchados, explicándoles cómo, cuándo y dónde se los escuchará y quiénes serán los participantes, sin embargo, el tema está solo en este párrafo mencionado y no se explica de qué manera se preparará a los niños afectados.

Siguiendo con la misma línea planteada se ha podido detectar un vacío cuestionable en relación a este tema, y por lo que se analiza y discute la necesidad de centros de preparación para los menores, esto con la ayuda de terceros totalmente capacitados e imparciales, en general, el objetivo principal de la preparación previa por terceros especializados es ayudar a los niños a comprender y afrontar de manera saludable los desafíos emocionales asociados con los procesos familiares, y así mismo, se les comunica y enseña sobre el caso en particular, mientras se les brinda el apoyo necesario para sobrellevar la situación de la mejor manera posible.

Conclusiones

Para finalizar, resulta necesario expresar que la vulneración al derecho que el menor tiene a ser escuchado en procesos de familia puede afectar gravemente sus derechos fundamentales y además su bienestar, siendo reconocido en nuestra legislación y además en instrumentos y convenios internacionales, teniendo en cuenta que las decisiones que se tomen deben ser ligadas a este derecho y además considerando las necesidades que el menor puede tener.

Por lo tanto, se puede concluir que son los procesos de familia en donde comúnmente vemos afectados o vulnerados los derechos de los niños y su bienestar, es por ello que se llega a la conclusión que en este tipo de casos el menor debe ser escuchado en su totalidad y tomarse en cuenta su opinión para poder llegar a una decisión favorable para él, es fundamental que el sistema judicial ecuatoriano y los administradores de justicia puedan reconocer la existencia de este derecho y lo respeten en su totalidad desde el inicio de un proceso, además que establezcan

mecanismos efectivos para que el menor de edad pueda tener una participación segura y confiable y su integridad no sea vea afectada.

Por consiguiente, resulta necesario recordar, que el no tomar en cuenta la opinión o escuchar al menor en un proceso haciendo énfasis en los de familia, es una clara violación a sus derechos y, además, es un tema que debe ser tratado respetando la legislación y el derecho con el único objetivo de lograr la protección del niño y no afectar su bienestar, pues no debe quedar en simple letra muerta.

Referencias

- Anilema, R. (2018). El principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, en los procesos jurídico-administrativos de la adopción internacional en el Ecuador. Ecuador. <https://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/2519/1/76800.pdf>
- Barber, R. (2019). El derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. España. <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur/article/view/4492/3616>
- Barletta, M. (2018). Derecho de la niñez y adolescencia. (ed.). Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial PUCP. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170686/29%20Derecho%20de%20la%20ni%C3%B1ez%20y%20adolescencia%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Bonilla de Arrocha. (s.f.). El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27264.pdf>
- Cangas, L., Iglesias, J., Mosquera, M., y Puerta, Y. (2019). El interés superior del niño y el estricto respeto al principio de la convencionalidad de las normas. Uniandes Episteme, 6. <https://revista.uniandes.edu.ec/ojs/index.php/EPISTEME/article/view/1774/1027>
- Carretta, F y Barría, M. (2022). Análisis cualitativo de problemas relativos a confidencialidad de la declaración de niños, niñas y adolescentes ante los Tribunales de Familia. Revista de derecho (Valdivia), 35 (1). https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502022000100259&lng=en&nrm=iso&tlng=en.

Código de la Niñez y Adolescencia. Última reforma 17 de enero de 2022. (2003).

<https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/3365/1/C%20c3%b3digo%20de%20la%20Ni%20ez%20y%20Adolescencia%20%2817-01-2022%29.pdf>

Código Orgánico General de Procesos. Última reforma 26 de junio de 2019. (2015).

<https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/2734/1/C%20c3%93DIGO%20ORG%20c3%81NICO%20GENERAL%20DE%20PROCESOS%20COGEP.pdf>

CFA. (2021). El derecho de los niños y niñas a ser escuchados: Estamos hablando, ¿nos

escucháis? <https://joining-forces.org/wp-content/uploads/2021/01/CFA-Childrens-Right-To-Be-Heard-Spanish.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2002). Opinión Consultiva OC-17/2002.

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (1978).

https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Convención sobre los Derechos del Niño. (2006)

<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Constitución de la República del Ecuador. (2008).

<https://www.lexis.com.ec/biblioteca/constitucion-republica-ecuador>

Corte Constitucional del Ecuador. (2022). Sentencia No. 239-17-EP/22 - CASO No. 239-17-EP.

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOicwYTEyZTcyOC11YmIxLTQ3MTAtOTkwOS02ZTYyODc5ZmQ0OGUucGRmJ30

Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Sentencia No. 2691-18-EP/21 - CASO No.2691-18-EP.

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOicxYWYyNmZjNi02MDU4LTQ0ODEtYThjZC1iOGY0YWFjZjhlYzkucGRmJ30

Corte Constitucional del Ecuador. (2022). Sentencia No. 785-20-JP/22 - CASO No. 785-20-JP.

https://www.fielweb.com/App_Themes/InformacionInteres/78520JP22.pdf

Corte Constitucional del Ecuador. (2023). Sentencia No. 1389-19-EP/23 – CASO No. 1389-19-EP

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidmMWU4YWFhMy1mYTE0LTQyMzItOTExZC0zNGZkYWQ1NWl1YTQucGRmJ30

Couso, J. (s.f). El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído. <https://vlex.cl/vid/nino-sujeto-derechos-nueva-651244961>

Elisabet Cueto, S. (2023). La relación entre el derecho a ser oído y la especialización de los operadores jurídicos en la justicia juvenil. Madrid. Revista sobre la Infancia y Adolescencia.

<https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/download/16546/16156/109323>

González, M. (2011). ¿Menores o Niñas, Niños y Adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3011/7.pdf>

- Gualpa, Mónica. (2013). Manual para el acompañamiento psicológico de niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso y violencia sexual que se encuentran amparados por el sistema de protección a víctimas y testigos de la fiscalía general del Ecuador. Quito.
<https://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/6034/1/UPS-QT03971.pdf>
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección Jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Colombia. (1996).
<https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-1069-consolidado.pdf>
- López, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. Guatemala. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud. 13.
<http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf>
- Miodownik, C. (s.f.) El derecho del niño, niña y adolescente a ser oído en la justicia: Una revisión a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/6577/Ponencia_Miodownik.pdf?sequence=1
- Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. (2009). Observación general N°12. El derecho del niño a ser escuchado.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>
- Oleas, G. (2022). La opinión de los hijos menores de edad en las resoluciones de tenencias y patria potestad referente al interés superior del niño, niña y adolescente. Riobamba.
<https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/15069/1/UR-DER-PDI-110-2022.pdf>

Salum, E., Salum, S., Saavedra, R. (2015). Derecho de los niños y las niñas a ser oídos en los tribunales de familia chilenos: La audiencia confidencial.

<https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/8022/9049>

Seminario, N., Buendía, R. (2019). El derecho a la participación judicial de los niños, y adolescentes en el sistema judicial peruano: avances y desafíos.

https://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/familia/publicaciones/REVISTA_PERSONA_Y_FAMILIA_2019/El%20derecho%20a%20la%20participaci%C3%B3n%20judicial.pdf

Vargas, M. (2022). Derecho del niño a ser oído: la escucha desde quien habla.

https://derecho.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2022/10/20221019_col-Macarena-Vargas.pdf

Vázquez, C. (2018). Los niños de ahora son más listos que los de antes: ¿mito o realidad?

https://www.eldiario.es/consumoclaro/infancia-coeficiente-inteligencia-aumento_1_1927580.html