PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

PLAN DE DISERTACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

TÍTULO

Parámetros y lineamientos para que los niños, niñas y adolescentes sean escuchados dentro de los procesos judiciales que afecten o involucren sus intereses.

Autor

Paula Doménica Cisneros Espinosa

Director

Dra. Patricia Mercedes Segarra Faggioni

Quito, D.M., marzo de 2023

Dedicatoria

Dedico la presente tesis a mi madre Cecilia, la brillante mujer de quién recibí la vida y que ha sido mi gran ejemplo con su amor y guía a lo largo de estos años. Su cariño inquebrantable y su apoyo constante han sido mi gran fuente de inspiración. Gracias por creer en mí y siempre asegurarme que podría lograr lo que yo quisiera.

A mi abuela Marlene, mujer increíble, quien siempre ha sido un gran ejemplo de amor y lucha constante, me ha apoyado incondicionalmente en cada paso de mi vida y ha sido mi gran pilar sin el cual no podría sostenerme.

A mis hermanos Valentina y Juan Sebastián quienes han sido mi gran inspiración y un incentivo para alcanzar mis metas.

Agradecimientos

A Dios por darme salud, brindarme su guía y las fuerzas para lograr mis propósitos en el arduo camino de la construcción de mi carrera profesional.

Especialmente, quiero dedicar este logro a mi amada familia por su apoyo incondicional en cada etapa de mi vida, por ser mi pilar fundamental, mi mayor inspiración y mi aliento tanto en los momentos buenos como en los difíciles.

A mis profesores universitarios, quienes fueron grandes mentores en estos años. A mis compañeros y amigos quienes han sido una gran motivación para mí.

A mi tutora: Dra. Patricia Segarra, profesional ejemplar quien, con sus enseñanzas, su guía y su paciencia han sido un gran apoyo en la realización del presente trabajo.

Resumen:

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo principal establecer una guía para dar un efectivo cumplimiento a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, a través de su derecho a ser escuchados en todos los asuntos que involucren sus intereses.

Se realiza un análisis histórico de la concepción de niñez desde sus inicios con el modelo de la situación irregular y su avance hasta llegar a la doctrina de protección integral a través del reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, capaces de formarse un criterio propio y de tomar las riendas de sus propias vidas a medida que van creciendo y desarrollándose.

En este sentido, se reconoce y garantiza su derecho a ser escuchados de manera activa y que su opinión va a ser sopesada y tomada debidamente en cuenta en la toma de decisiones que van a afectar sus intereses.

En el presente trabajo, se analiza los elementos y criterios que se deben observar para dar efectivo cumplimiento de este derecho, el cual debe ser ejercido en todos los entornos en los que se desarrollan los niños, niñas y adolescentes, tanto en el ámbito público y privado, en asuntos administrativos o judiciales.

Los actores responsables de observar su interés superior: el Estado, la sociedad y la familia, deben promover que los niños niñas y adolescentes sean capaces de formarse un criterio propio, dándoles espacio para desarrollar su autonomía en todas las etapas de su infancia, hasta llegar a la adultez.

Palabras Claves: Actores responsables, debido proceso, interés superior, doctrina de protección integral, derecho a ser escuchado.

Abstract:

The main objective of this research work is to establish a guide to effectively comply with the comprehensive protection of children and adolescents, through their right to be heard in all matters involving their interests.

A historical analysis is made of the conception of childhood from its beginnings with the model of the irregular situation and its progress up to the doctrine of comprehensive protection through the recognition of children and adolescents as subjects of rights, capable of forming their own criteria and of taking control of their own lives as they grow and develop.

In this sense, their right to be actively heard is recognized and guaranteed, and their opinion will be weighed and duly considered when making decisions that will affect their interests.

This paper analyzes the elements and criteria that must be observed to effectively comply with this right, which must be exercised in all environments in which children and adolescents develop, both in the public and private spheres, in administrative or judicial matters.

The actors responsible for observing their best interests: the State, society, and the family, must promote that children and adolescents can form their own criteria, giving them space to develop their autonomy in all stages of their childhood, until they reach adulthood.

Keywords: Responsible actors, due process, best interests, comprehensive protection doctrine, right to be heard.

Tabla de contenidos

Dedicatoria I

Agradecimientos II

Resumen: III

Abstract: IV

Introducción 1

SECCIÓN I: La doctrina de la protección integral 3

1.1. De la doctrina de situación irregular a la doctrina de protección integral 3

1.2. Niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos 12

1.3. Derechos de los niños, niñas y adolescentes 14

SECCIÓN II: Parámetros y lineamientos para que los niños, niñas y adolescentes sean escuchados dentro de los procesos judiciales 16

2.1. Análisis de doctrina 16

2.2. Análisis de normativa aplicable 21

SECCIÓN III: Análisis de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana 25

3.1. Sentencia No.202-19-JH/21 de la Corte Constitucional 25

3.2. Sentencia No. 1389-19-EP/23 de la Corte Constitucional 26

3.3. Sentencia No. 2496-21-EP/23 de la Corte Constitucional 27

3.4. Sentencia Sentencia No. 2691-18-EP de la Corte Constitucional 27

3.5. Sentencia Sentencia No. 239-17-EP/22 de la Corte Constitucional 27

3.6. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile 29

SECCIÓN IV: Criterios de profesionales expertos 30

CONCLUSIONES: 33

Referencias bibliográficas 34

Introducción

A lo largo de la historia, el concepto de infancia ha sido asociado con incapacidad y vulnerabilidad, los niños han sido concebidos como seres incompletos, objetos de protección y represión por parte del Estado, la familia y la sociedad, así eran apreciados en el modelo de situación irregular.

Como se verá más detalladamente a continuación, este paradigma se caracterizaba por distinguir a los niños de los "menores", donde estos últimos eran incapaces de ejercer sus derechos por no tener una familia o bien por tener una familia, pero esta se encontraba en situación de pobreza y vulnerabilidad.

La doctrina de situación irregular que consideraba a los "menores" como seres vulnerables e incapaces, facultaba al Estado a tomar las riendas de su vida y decidir lo que es mejor para él, sin tomar en cuenta la perspectiva de los niños, estableciéndose una figura de subordinación, bajo el argumento de que los niños debido a su inmadurez son incapaces de formarse un criterio.

Posteriormente, la doctrina de situación irregular fue padeciendo de muchas críticas debido a las múltiples violaciones a los derechos humanos, sobre todo al debido proceso y garantías penales. Con estos antecedentes, fueron apareciendo criterios que establecen que los niños, debido a su condición de seres humanos, no deben ser considerados como objetivos de represión y protección, sino como sujetos de derechos capaces de ejercer los mismos derechos que un adulto, además de requerir un plus de derechos debido a su condición de persona en desarrollo.

La redacción y suscripción de la Convención de Derechos del Niño es el punto más alto en cuanto a reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes, de aquí en adelante NNA, como sujetos de derechos. Esto permitiría que se desarrolle la doctrina de protección integral y el derecho a ser escuchados como uno de los principios rectores de esta doctrina. Con este nuevo paradigma se busca el equilibrio perfecto entre la autoridad del Estado y la libertad de los niños a tener una opinión propia, expresarla y además la garantía de que será escuchado y tomado en cuenta.

En ese marco, la Convención establece que los Estados parte deben garantizar que se dará efectivo cumplimiento al derecho de la participación de los niños, niñas y adolescentes, para lo

cual, los Estados deben adaptar su normativa interna para reafirmar su estatus de sujetos de derechos y establecer mecanismos idóneos a través de la implementación de políticas públicas y sociales para efectivizar los derechos humanos de los niños.

SECCIÓN I: La doctrina de la protección integral

En este capítulo se analiza la evolución de la doctrina de la protección integral. Este enfoque de protección surge como respuesta a la necesidad de garantizar el desarrollo pleno y la protección de todos los niños, niñas y adolescentes. Esta doctrina, respaldada por normativas internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce a los menores como sujetos de derechos, estableciendo un marco integral que abarca aspectos legales, sociales, culturales y económicos para asegurar su bienestar y desarrollo en todas las etapas de la vida.

En su esencia, busca promover y salvaguardar los derechos fundamentales de la infancia, haciendo hincapié en la participación de los niños y niñas en las decisiones que les afectan, así como en la prevención y protección frente a cualquier forma de violencia, discriminación o explotación.

1.1. De la doctrina de situación irregular a la doctrina de protección integral

La percepción y valoración de la sociedad con respecto a los NNA a lo largo de la historia ha sido muy cambiante, desde ser considerados como seres exiguos, incapaces de aportar significativamente en una sociedad, hasta ser apreciados como sujetos de derechos que precisan de la protección integral de sus derechos y garantías por parte del Estado.

La infancia ha tomado enfoques divergentes en las distintas épocas y culturas, generalmente impera una tendencia que asocia a la infancia con la incapacidad como su característica principal. Por ejemplo, en la antigua Roma la patria potestad de los NNA era ejercida por el *pater familias* – hombre libre ciudadano romano - esta institución jurídica permitía que los varones romanos que hubiesen contraído matrimonio legítimamente dispongan de sus descendientes de manera absoluta e ilimitada.

La Ley de las XII Tablas, una de las principales fuentes del Derecho Romano, permite esclarecer como fungía esta institución jurídica, la cual consentía la venta de hijos (*ius vendendi*), el derecho al abandono (*ius exponendi*) e incluso decidir sobre su vida o muerte (*ius vitae et necis*). (Zini, 2015). Como bien lo explica Corbier (2000) en Roma, se manifestaba la existencia de la esclavitud en niños y adolescentes dependiendo de la clase social a la que pertenecían. Además, estas potestades mencionadas anteriormente, eran aceptadas por la sociedad de forma legítima.

Posteriormente, con la cristianización del imperio romano, se establecieron una serie de limitaciones a la disposición absoluta del *pater familias* sobre la patria potestad de sus hijos. Entre las más relevantes están: la emancipación por causa de maltrato ejercido por el *pater* y la abolición al derecho del *pater* a decidir sobre su vida o muerte. De tal modo, es evidente que al transcurrir el tiempo existió una tendencia a tratar de equilibrar la patria potestad como derechos y obligaciones y no solo como potestad absoluta.

Alrededor del siglo XIX, los niños, niñas y adolescentes no eran considerados como sujetos de derechos, sino como objetos de protección o represión, en caso de tratarse de potenciales delincuentes que amenazaban el orden público y a la sociedad, ya que se encontraran fuera de los sistemas normales de contención que brindan disciplina como es la escuela o el hogar.

Bajo esta lógica, en una sociedad que trataba a los niños como inferiores y enfatizaba los valores adultos y "machistas", a menudo eran víctimas de abandono, maltrato, abuso sexual y explotación económica. Peor aún, por lo general estaban marginados por una jerarquía rígida que desestimaba sus contribuciones a la economía familiar, dejándolos privados de reconocimiento social y político (Cussianovich, 2006, citado por Del Pilar, 2015).

Previo a la Doctrina de Protección Integral, se anteponían otro tipo de doctrinas, que consideraban a los NNA como objetos y no como sujetos de derecho, como por ejemplo la doctrina de situación irregular, la cual pretendía un control y represión sobre aquellos menores que violentaban las leyes y el orden social.

En este sistema, mediante políticas y reglamentos de aplicación, el Estado se encarga de controlar a los niños que caen en categorías de peligro social o abandono, o aquellos que han infringido las leyes cuando eran menores. Como tal, se implementó un sistema que se centró en la protección y reeducación de estos niños. Se entendió que, debido a su edad, los menores requieren especial atención y cuidado cuando se trata de cuestiones de criminalidad (Beltrán, 2010, citado por Santillán y Celeretti, 2011)

Previo a la creación de los tribunales especializados en menores, los niños o jóvenes que cometían ciertos actos que podían considerarse delictivos, eran procesados y juzgados como adultos, recluidos en centros privación de libertad comunes. Teniendo en cuenta esta realidad, existieron muchas críticas al sistema judicial penal al cual eran sometidos los niños y jóvenes,

motivo por el cual se empezó a implementar un sistema penal mitigado basado en la doctrina de situación irregular. En este contexto, existe una distinción entre los niños niñas y adolescentes que estaban protegidos dentro de un núcleo familiar, y los denominados "menores", a quienes no se les reconocía ni garantizaba sus derechos porque no tenían familia o bien tenían familia, pero esta se encontraba en situación de pobreza y vulnerabilidad, por lo que no podían brindarle el entorno adecuado de protección y tutela.

Este modelo enfatiza la institucionalización de los NNA por falta de recursos materiales, fomentando la privación de la libertad como un instrumento de criminalización de la pobreza (Méndez, 1998). En este contexto, los niños en "situación irregular" eran víctimas de una judicialización de la pobreza por parte del Estado, ya que se establecía un mismo tratamiento para aquellos menores que cometían delitos como para aquellos que se encontraban en situación de vulnerabilidad debido a sus condición económica y disfuncional.

La situación irregular se desarrolló como un mecanismo de "justicia juvenil" con la intención de controlar los actos y conductas delictivas cometidas por NNA. En Estados Unidos de Norteamérica se implementó el primer tribunal de menores en el año 1899, el cual ejercía dos tipos de competencias: la primera era destinada a conductas que podrían ser constituidas delitos; la segunda fue empleada para comportamientos no criminales pero que de cierto modo alteraban el orden y desarrollo social del menor, como, por ejemplo, huir de casa o dejar de estudiar.

Este modelo de justicia juvenil incluía un tratamiento especializado para reformar y rehabilitar a jóvenes infractores, se basaba en la teoría de "*parens patriae*", la cual establece que el Estado, a través de las decisiones del juez, hace el papel de "un buen padre de familia", quien tiene la prerrogativa de decidir qué es lo mejor para el niño, aunque sea mediante el uso de la fuerza. Bajo este mecanismo, se pudo considerar que la intervención del Estado no era punitiva, sino de amparo y tutela; esta fue la excusa para justificar la falta de garantías dentro de los procesos judiciales, ya que no eran tomados en cuenta como una acción punitiva, sino como un mecanismo para establecer la mejor acción en supuesto beneficio del menor, pero visto desde un punto de vista como objeto de protección y no como un sujeto de derechos.

En la práctica, este modelo fue altamente criticado, ya que padecía de muchas fallas, sobre todo por la falta de estándares y garantías procedimentales en cuanto a justicia juvenil; existieron varios

precedentes que impulsaron un cambio de este paradigma, ya que los NNA eran procesados mediante un sistema de "tutela" por parte del Estado y, muchas veces, los operadores de justicia impartían penas mucho más severas a los jóvenes que a los adultos por la comisión de un mismo acto delictivo; un claro ejemplo de lo antes mencionado es el caso de Gault vs. Arizona, en el cual un joven fue acusado por realizar llamadas telefónicas con contenido obsceno y fue procesado sin derecho a la defensa ni al debido proceso, además fue sentenciado a 6 años de internado sin la presentación de evidencia fáctica que comprobara su culpabilidad.

Por lo tanto, cuando un niño era considerado como un potencial delincuente, el Estado tenía el derecho a intervenir y no lo estaría privando de ningún derecho porque no lo tiene, como se estableció anteriormente, se trata de un asunto meramente "civil" mas no criminal, de manera que no requiere de algún tipo de garantías procedimentales que limitan el actuar del Estado cuando se trata de la privación de libertad de una persona.

Según un informe de Amnistía Internacional (1998) entre 1977 y 1998 fueron ejecutadas 11 jóvenes menores de 18 años y además 70 jóvenes se encontraban a la espera de la condena de ejecución de pena de muerte. Todos estos antecedentes incitaron un cambio en el sistema que garantizara a los NNA su derecho a la tutela judicial efectiva, a un trato digno, siendo considerados como sujetos de derecho. En el año de 1989 se dio la aprobación de la Convención de Derechos de los Niños por parte de las Naciones Unidas de Norteamérica, este acontecimiento es considerado el punto más importante en cuanto al reconocimiento de los derechos de los NNA y es la base fundamental del nuevo paradigma social llamado doctrina de Protección Integral. Este nuevo modelo procura el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho (Couso, 1998).

La Convención Internacional de Derechos del Niño es considerado el instrumento internacional más específico e importante en el que se basan los Estados parte para la adopción de mecanismos legislativos idóneos para dar efectividad a los derechos reconocidos. La CIDN establece que los Estados parte deben adecuar su ordenamiento jurídico interno para implementar un sistema de responsabilidad juvenil, el cual debe ser de mínima intervención penal, de ultima ratio y por el menor tiempo posible, los Estados deben mantener un catálogo de infracciones menores aplicable a los adolescentes en conflicto con la ley en comparación con los aplicables a adultos. La Doctrina de Protección Integral de los derechos y garantías de los NNA, exige un restablecimiento del

modelo tutelar de intervención del Estado para que sea mínima en lo punitivo y máxima en cuanto a las políticas públicas y sociales que garanticen la efectivización de los derechos de los NNA.

La Convención establece un marco internacional para la protección y promoción de los derechos de los niños en todo el mundo. Esta Convención ha influido en las leyes y políticas relacionadas con la niñez en numerosos países y ha contribuido a un enfoque global de los derechos de los niños en el ámbito jurídico, como también incidió en la normativa y legislación nacional ecuatoriana. El Ecuador ratifica la CIDN y asume la responsabilidad de promover, garantizar y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes a través de una reforma al ordenamiento jurídico y la implementación de políticas públicas que permitan su efectiva garantía.

Previo a la CIDN y la Doctrina de Protección Integral, en el Ecuador primaba una distinción en cuanto al reconocimiento de los derechos de los niños en base a ciertos elementos como su situación social, económica o su procedencia. Un ejemplo de esto es que antes de la Constitución del año 1946, se reconocían ciertos derechos de los niños de acuerdo con su clasificación y categoría entre legítimos e ilegítimos, estos últimos eran segregados por la legislación y vetados de protección y derechos debido a las materias de educación, herencia y crianza.

Dentro de la implementación de la CIDN, los Estados Parte se comprometen a estructurar el ordenamiento jurídico y el sistema judicial para garantizar una efectiva adecuación de la protección integral de niños, niñas y adolescentes; a partir de este suceso, el Ecuador realiza cambios en su sistema legislativo con considerables reformas, la Constitución de 1998 y 2008, trajo consigo la categoría de sujetos de derechos para los niños, niñas y adolescentes, la Constitución del año 2008 estableció un estado de derechos garante de las vulneraciones que se presenten.

Bajo esta lógica, la Constitución de 1998, trajo consigo la introducción de varios principios como el de igualdad y no discriminación, el principio de corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad en la búsqueda de la vigencia de los derechos, el principio de la máxima prioridad en el desarrollo integral de los niñas, niños y adolescentes ecuatorianos y, sin duda, el principio del interés superior del niño. Además de ello, se atribuyó al Estado la potestad de garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en lo que respecta a la integridad y muchos otros ámbitos; se reconoció los derechos de participación como el de libertad de asociación.

Por otra parte, la Constitución de la República del Ecuador de 2008 reconoce una serie de derechos fundamentales para los niños, niñas y adolescentes. Estos derechos se encuentran detallados en varios artículos de la Constitución, entre los cuales el termino conocido como desarrollo integral (2008, art.44), en el que se funde un respeto irrestricto hacia su proceso de crecimiento, sus capacidades y sus aspiraciones personales, el derecho a la cultura y a autodefinirse con una nacionalidad, el derecho a la integridad personal, a la participación ciudadana y política para que se conviertan en entes y gestores de cambio, entre otros.

Continuando con las reformas en materia de niñez en el Ecuador, en el año 2001 tuvo lugar la Consulta de la Niñez y Adolescencia, un mecanismo electoral por el cual se dio a luz a una nueva ley. Para el desarrollo de este proceso electoral, fue necesaria la participación de la familia y de entidades, tanto públicas como privadas. A raíz de esta consulta, saltaron a la palestra los temas de trabajo infantil, educación y salud principalmente. En lo que respecta a la Constitución de Montecristi, este grupo social que se encargó de posicionar las necesidades de los niños y adolescentes también exige que se vincule la concepción del *Sumak Kawsay* o Buen Vivir a este grupo etario, a fin de que se garantice una institucionalización de una debida protección a los infantes y a los adolescentes (Const., 2008, art.14).

El objetivo de esta consulta fue el obtener la opinión de los niños y adolescentes sobre cuestiones como la educación, la salud, la protección contra la violencia y el abuso, la participación cívica, entre otros temas relevantes. Los resultados de estas consultas pueden influir en la formulación de políticas públicas y programas dirigidos a mejorar la calidad de vida y el bienestar de los jóvenes en Ecuador.

En este proceso se generó una atención hacia el pronunciamiento de los niños y adolescentes en contra del abuso sexual infantil, el maltrato infantil y el abandono. Es visible que estos temas al ser considerados tabús en la sociedad ecuatoriana, durante tanto tiempo hayan sido desterrados de la política pública y nacional, pero en la Consulta del 2001, los protagonistas de estas vulneraciones a sus derechos fueron quienes defendieron que se extienda un diálogo sobre estos actos vejatorios. Indiscutiblemente, la consulta popular fungió como un aporte a la democracia.

Mas adelante, comenzó una reflexión en torno a las limitaciones de la legislación vigente, que en ese entonces regulaba los derechos de los NNA, fue el Código de la Niñez y la Familia, que fue

aprobado en 1989. Posteriormente, en el año 2003, se publicó en el Registro Oficial el Código de Niñez y Adolescencia, el cual estableció un marco legal más actualizado y completo para la protección de los derechos de los niños y adolescentes en el país. Bajo esta lógica, el proceso de reforma legal se vio galvanizado por la inclusión de instrumentos internacionales de derechos humanos en la legislación nacional y las disposiciones constitucionales que salvaguardan los derechos de los niños y adolescentes (Simón, 2008).

Una particularidad que se debe recalcar sobre la redacción del Código de la Niñez del 2003 es que varios agentes de la sociedad ecuatoriana fueron parte de su redacción, en la que participaron eficazmente más de doscientas instituciones, niños, niñas y adolescentes que fueron parte de la discusión y validación misma de la ley. Esto permitió la integración de los niños, niñas y adolescentes dentro de la dinámica política y jurídica del país, siendo consideradas como sujetos de derechos ante el ordenamiento positivo del país (Simón, 2008).

Como se aprecia, el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, supone la Protección Integral de sus derechos, es decir, que el Estado debe establecer estándares y exigencias legislativas idóneas y concretarlos con políticas públicas efectivas que obran en favor del principio de interés superior. Tanto en la Constitución del 2008, en el Art. 175, como en la CDN, se establece que la justicia de niños, niñas y adolescentes debe ser especializada, y además debe regirse en base a los tres principios rectores de la Protección Integral: i) interés superior del niño, ii) igualdad y no discriminación, iii) derecho a ser escuchados. iv) derecho a la vida y desarrollo (OG No.12, 2009).

El principio del interés superior del niño previo a estar contemplado en la CDN. en su artículo 3, ya había sido propuesto dentro del cuerpo de la Declaración de Derechos del Niño en 1959. Es un principio rector de aplicación fáctica que procura el bienestar material, social y espiritual en la toma de decisiones a nivel administrativo, judicial o legislativo. La Doctrina de la Protección Integral constituye un criterio rector en la resolución de conflictos de derechos que involucren a niños y jóvenes.

Este principio no solo orienta, sino que también obliga de manera explícita a legisladores, tribunales, entidades administrativas y servicios de bienestar, tanto públicos como privados. Su objetivo va más allá de ser un simple lineamiento o una meta social; busca concretar la justicia en

el ámbito de la infancia y la juventud (Cillero, 1998). El Estado y sus funcionarios deben velar por la conveniencia de los NNA, atendiendo a su protección, cuidado y tutela de sus derechos, por cuanto este debe garantizar el acceso, goce y ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico, procurando el bienestar y desarrollo de los NNA (Cillero, 1998).

El principio de interés superior ha sido desarrollado ampliamente por la comunidad internacional. en la Observación General No. 14. Al respecto, el Comité señala que este principio es una noción tripartita; i) es un derecho sustantivo de aplicación directa e inmediata que asegura que sus intereses serán una consideración primordial; ii) un principio jurídico interpretativo que garantiza que cuando exista una situación que admita varias interpretaciones, se escogerá la que responda en mayor medida al interés superior; iii) una norma procedimental que asegura que en la toma de decisiones dentro de aquellos procesos que afecten a los NNA, se considerarán las repercusiones positivas y negativas, se ponderarán las que atiendan a este principio y se deberá justificar los motivos que llevaron a la conclusión de que dicha decisión responde al interés superior (OG No.14, 2013)

El Comité también establece que el interés superior debe ser concebido y aplicado no solo de manera individual, sino también grupal. El Estado debe garantizar la protección integral de los NNA y asegurar sus derechos colectivos a los grupos tales como niños indígenas, niños con discapacidad, niños migrantes, etc. Los conflictos en los cuales se involucren intereses de niños, niñas y adolescentes, deben ser analizados caso por caso, considerando las circunstancias que involucran a cada niño o grupo de niños, como la edad, sexo, grado de madurez, existencia de una discapacidad, pertenencia a un grupo minoritario, la relación con su familia, y en general todas las circunstancias del entorno que lo envuelve.

Adicionalmente, se debe evaluar ciertos elementos que constituyen el principio de interés superior y deben ser tomados en cuenta para tomar decisiones: a) la opinión del niño es fundamental para su interés superior y no debe ser ignorada bajo el argumento que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable; b) la identidad del niño, tomando en cuenta que no todos los niños son iguales, se debe tener en cuenta la amplia gama de aspectos como la cultura, la religión, grupo étnico, etc. Bajo esta lógica, la Corte Constitucional señala las tres obligaciones principales para dar cumplimiento al principio de interés superior: i) aplicarla en toda decisión estatal, ii) explicar cómo este principio ha sido evaluado y tomado en cuenta, iii)

garantizar que, en las decisiones tomadas dentro del sector privado, el interés superior sea aplicado correctamente (Sentencia No. 202-19-JH/21-CC, 2021).

El principio de Igualdad y no Discriminación está contemplado en el Art. 2 de la CDN, el cual sostiene que debe ser tarea primordial del Estado y sus funcionarios promover el reconocimiento y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes sin discriminación alguna, por lo que no se podrá limitar, restringir o anular ningún derecho debido a su edad, condición social, su sexo, religión ni tampoco en base a alguna condición de sus padres o representantes legales.

En cuanto al principio del derecho a ser escuchado, este está concebido en el artículo 12 de la Convención, además la Constitución de la República del Ecuador reconoce su derecho a ser consultados en cualquier espacio, en todo asunto o procedimiento tanto judicial o administrativo que afecte sus intereses. Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador afirma que:

> La escucha debe ajustarse a sus condiciones personales, como edad o capacidad de comprensión, y es una de las formas de advertir su interés genuino. Garantizar el derecho a ser escuchado permite aplicar el interés superior, tomar mejores decisiones y, al mismo tiempo, promover la participación del niño o niña, estimular el futuro desarrollo de la personalidad y de sus capacidades para ejercer derechos. (Sentencia No. 202-19-JH/21-CC, 2021, párr.148)

Los Estados Parte deben implementar mecanismos idóneos que garanticen que los niños, niñas y adolescentes expresen su opinión libremente y sean tomados en cuenta de acuerdo con su edad y madurez, esto a su vez permite formar su juicio propio y el correcto desarrollo de su personalidad de manera correcta. El Estado debe garantizar su supervivencia, cuidado y protección, debe implementar las medidas políticas y sociales necesarias para asegurar que los niños, niñas y adolescentes gozarán de todos los derechos intrínsecos del ser humano, además de otros específicos que responden a su condición especial.

La crianza, cuidado y protección de los niños y niñas corresponde principalmente a la familia, que es el núcleo elemental de la sociedad, el entorno propicio para la crianza y para su desarrollo integral, este principio está recogido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, siendo entendido como un proceso de crecimiento y formación del intelecto y capacidades de los NNA dentro de los distintos entornos en los que estos se desarrollan (Const., 2008, art.44)

1.2. Niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos

Uno de los logros más importantes en materia de derechos humanos, es el reconocimiento de todos los seres humanos, incluidos los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, lo que, según la doctrina y muchos instrumentos internacionales, se basa en la dignidad intrínseca de todos los seres humanos. Esto implica que todas las personas gozan del principio de igualdad y no discriminación; el Estado debe promover el goce efectivo de todos los derechos reconocidos, en especial adoptando mecanismos específicos adicionales que brindan protección a ciertos grupos especiales, entre ellos se encuentran los niños, niñas y adolescentes.

Por lo tanto, los niños, niños y adolescentes constituyen sujetos de derecho especialmente relevantes que requieren de una supra protección y un sistema de garantías normativas (Cillero, 1998). En lugar de asociar a los niños, niñas y adolescentes con su incapacidad, se lo reconoce como un sujeto de derechos frente al Estado y frente a la sociedad, dotado de derechos específicos para ser protegido íntegramente.

El reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos está ligado a la personalidad jurídica, la cual es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. La capacidad de las personas como atributo de la personalidad es de dos tipos: la capacidad de ejercicio, la cual se refiere a la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones por sí mismo: mientras que la capacidad de goce debe ser ejercida a través de un representante, a esta categoría pertenecen los niños, niñas y adolescentes.

Como se mencionó anteriormente, la suscripción de la CDN ha provocado una transformación trascendental en cuanto a la concepción de los niños, niñas y adolescentes en todos los países del convenio, lo que denota un cambio en el paradigma social, pasamos del modelo de situación irregular a la doctrina de protección integral, los niños, niñas y adolescentes dejaron de ser considerados como objetos de protección y represión para ser apreciados como sujetos de derechos, capaces de expresar una opinión, la cual debe ser tomada en cuenta en asuntos que involucren sus intereses. La importancia de la Convención radica en las facultades, competencias y la amplia esfera de protección que se les otorga a los niños, niñas y adolescentes, acabando con la desigualdad del “adultocentrismo” basado en las diferencias naturales como la edad que primaba en el antiguo Modelo Tutelar anterior.

Se reconoce que los niños, niñas y adolescentes son sujetos activos de derechos, poseen los mismos derechos que los adultos, más otros adicionales que corresponden a los derechos propios de la niñez que serán detallados detenidamente en el punto 1.3. Los derechos autónomos de los NNA lo ejercerán de manera progresiva de acuerdo con su desarrollo mental y físico; de acuerdo con el art. 5 de la Convención, los padres de familia, tutores o comunidad son los llamados a guiar y orientar al niño, niña o adolescente para el ejercicio de sus derechos autónomos, esto es lo que en la doctrina se conoce como el principio de autonomía progresiva.

A nivel internacional, se reconoce la relevancia de la evolución de las facultades de los niños, niñas y adolescentes dentro de los procesos de formación y consolidación de estos como seres plenamente sociales, desde el proceso de adquirir conocimientos, competencias y comprensión sobre sus derechos fundamentales (OG No.7, 2005). Es deber primordial de la familia, el Estado y la sociedad respetar el desarrollo de las facultades progresivas y brindar al niño apoyo y orientación tomando en cuenta sus deseos para la toma consciente de decisiones y comprensión de lo que implican sus facultades y su interés superior; además, el Estado debe abstenerse de las prácticas autoritarias características de la doctrina de situación irregular, las cuales restringen y limitan el ejercicio del derecho de su autonomía progresiva.

Este principio de la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes está íntimamente relacionado con el derecho a ser oído, a expresar su opinión libremente y a formar su propio juicio, en base a su desarrollo y a la autonomía que van adquiriendo en función de él. El Estado y sus funcionarios deben tomar en cuenta el nivel de desarrollo y madurez del niño para considerar su interés superior, por cuanto se debe tomar en consideración las consideraciones específicas de los niños, niñas y adolescentes para garantizar su participación (OG No.17, 2013) dentro de los procesos que afecten los intereses de los mismos.

Una vez establecido el criterio del reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos dentro de una sociedad en la cual el Estado es el llamado a implementar acciones coherentes para su garantía y su goce de derechos efectivos, es pertinente establecer qué mecanismos son idóneos para que el ordenamiento jurídico interno a favor de la doctrina de protección integral sea efectiva y no quede en letra muerta. Bajo esta lógica, la propuesta conceptual de la integralidad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes implica un cambio sustancial del entendimiento de este grupo dentro de la política pública y la generación de normas

jurídicas (Morlachetti, 2013).

Por lo tanto, la suscripción e incorporación de instrumentos internacionales como la Convención de Derechos de los NNA, es un acontecimiento sustancial en cuanto a reconocimiento de derechos, pero resulta insuficiente para su eficaz goce si el Estado no es capaz de adoptar medidas y políticas que efectivicen su realización y verifiquen su cabal cumplimiento (Morlachetti, 2013).

1.3. Derechos de los niños, niñas y adolescentes

Como lo establecimos anteriormente, los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos, gozan de una esfera amplia de protección por parte del Estado, mantienen los mismos derechos que los adultos, más un plus relacionado a los derechos propios de la infancia, los cuales están ampliamente descritos en instrumentos internacionales, principalmente en la CDN, entre los que se pueden enumerar: el derecho a las relaciones paternofiliales, al esparcimiento, entre otros.

Entre los derechos más importantes de los niños, niñas y adolescentes que recoge la Convención, se encuentran el derecho a la preservación de identidad, las relaciones familiares y la vida familiar; a la libertad de pensamiento, expresión, conciencia, religión; derecho a la integridad psicológica y física que incluye la protección por parte del Estado contra todas las formas de explotación y abuso; derecho al esparcimiento, la recreación, al descanso y a participar de actividades artísticas y culturales; entre otros derechos

La protección integral supone que el ejercicio de estos derechos debe ser de manera interdependiente, se debe procurar el cumplimiento y satisfacción conjunta para lograr un cumplimiento eficaz. Bajo esta lógica, es necesario observar el marco axiológico que contiene este instrumento, especialmente aquellos principios relacionados con la protección efectiva.

Este principio implica la obligación que los Estados deben adoptar las medidas normativas suficientes y necesarias para garantizar los derechos establecidos en la Convención. Este instrumento establece un marco de desarrollo progresivo para garantizar los derechos fundamentales catalogados como DESCA (CDN, 1989, art.4). La ratificación de este instrumento no es un acto meramente declarativo y teórico, sino que tiene fuerza vinculante para que los Estados además de adaptar sus ordenamientos jurídicos internos, incluyan políticas sociales para

lograr el efectivo y cabal cumplimiento de las garantías declaradas.

Partiendo del principio de la autonomía progresiva propio de la concepción de los NNA, se desprende que, así como se reconocen sus derechos, también se distinguen sus crecientes obligaciones, y responsabilidades por sus actos, de acuerdo con su edad y la evolución de sus facultades. Por lo cual, dicha clasificación, elaborada considerando criterios temporales, tiene como objetivo mejorar la claridad de los conceptos y disminuir la interpretación subjetiva. Esto posibilita la aplicación efectiva de principios como la responsabilidad particular de los jóvenes frente al sistema legal o el reconocimiento de sus derechos para participar y expresarse (Cillero, 1998).

En el Ecuador, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionalmente reconocidas como máximo intérprete de la norma constitucional (Const., 2008, art.429) ha desarrollado el alcance y contenido de los derechos fundamentales de los NNA en observancia de la participación de los mismos dentro de procesos que tengan impacto sobre sus derechos. En este sentido, los NNA gozan de especial protección por cuanto el derecho a la libertad y a la dignidad es de carácter absoluto, sin perjuicio de que estos se encuentren en conflicto con la ley penal, siendo necesario justificarse la excepcionalidad de la medida para proceder a la privación de libertad de los NNA (Sentencia No. 202-19-JH/21-CC, 2021).

Esto implica la obligación estricta del Estado de evitar restricciones arbitrarias y generar acciones u omisiones que vulneren los derechos fundamentales de los NNA (Sentencia No. 202-19-JH/21-CC, 2021) y deben ser tratados con respeto y dignidad (CIDH, 2015). Bajo esta línea argumentativa, la Corte estableció que el interés superior de los NNA posee tres obligaciones generales: i) aplicación del principio en toda actuación estatal que afecte a los NNA, ii) considerar el interés superior de los NNA y determinar el grado de importancia y razonamiento; y, iii) garantizar la protección de los NNA en el sector privado (Sentencia No. 202-19-JH/21-CC, 2021).

De igual manera, la Corte establece que el derecho al desarrollo integral de los NNA es uno de los efectos del pleno ejercicio del derecho al cuidado (Sentencia No. 202-19-JH/21-CC, 2021), por lo cual se debe proteger y priorizar: i) la seguridad, ii) la afectividad de los NNA en el entorno social; y, iii) el ejercicio de derechos fundamentales (Sentencia No. 202-19-JH/21-CC, 2021).

Por otra parte, al respecto del derecho a ser escuchados que poseen los niños, niñas y

adolescentes (Const., 2008, art.44), la Corte Constitucional ha establecido que la escucha debe ser garantizada en función de la aplicación del principio del interés superior del nuño dentro de cualquier espacio, proceso y procedimiento donde se decida sobre sus derechos (Sentencia No. 202-19-JH/21-CC, 2021). Esto implica que la opinión de los niños, niñas y adolescentes debe ser tomada en cuenta dentro de la fundamentación y de la decisión a tomar, siendo susceptible de ser ponderada (Sentencia No. 202-19-JH/21-CC, 2021).

SECCIÓN II: Parámetros y lineamientos para que los niños, niñas y adolescentes sean escuchados dentro de los procesos judiciales

2.1. Análisis de doctrina

Desde la aparición de la doctrina de protección integral, y la firma de la Convención de Derechos del Niño, hubo un cambio en el paradigma social y además nació el derecho de niñez como un sistema especializado el cual, según la CIDH (2015), se basa en tres fundamentos básicos: i) el interés superior del niño, ii) el menor de edad como sujeto de derechos, iii) el ejercicio de sus derechos fundamentales y su vínculo paterno-materno filial. Estas premisas aseguran la consecución del bienestar y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes en las distintas etapas de su crecimiento hasta lograr su autonomía.

En este marco, se reafirma que se ha superado y dejado atrás la idea de que los niños son seres incompletos y objetos de protección del Estado. Con este nuevo paradigma, se busca el equilibrio perfecto entre la autoridad del Estado y la libertad que requieren los niños para desarrollarse de manera autónoma, por cuanto, el ejercicio del derecho de libertad que poseen los niños, niñas y adolescentes no pueden ser limitada de forma que anulen su condición intrínseca como sujeto de derecho (Ferrer, 2007), por lo cual, esta libertad debe ser ejercida en base a su desarrollo progresivo, tanto en el ámbito estatal, social y familiar.

La niñez se desarrolla dentro del núcleo familiar, en base al vínculo de cada uno de sus miembros, es aquí donde los niños y niñas se desenvolverán como personas adultas, formarán su personalidad y criterio. En este orden de ideas, la doctrina ha reconocido que:

> El derecho del niño a desarrollarse en un núcleo familiar forma parte indispensable de su interés superior, pues es en dicho entorno en el que se consolida su ser, ver y actuar en el presente y futuro (…). La Constitución determina obligaciones encaminadas a la protección de niños y

> niñas para fortalecer el vínculo con sus progenitores en unión de hogar o de relaciones familiares. (Ordeñana y Barahona, 2016)

En este mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha señalado la importancia de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y la necesidad de los Estados Parte de proteger a la familia por ser "el lugar por excelencia donde deben efectivizarse en primer lugar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes cuyas opiniones deben ser priorizadas para la toma de decisiones familiares" (Ferrer, 2007, p.84).

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de la doctrina de protección integral, a diferencia de la situación irregular, los Estados Parte deben adoptar una justicia juvenil especializada, la cual debe observar ciertos principios, entre los más importantes están: i) despenalización del sistema juvenil, ii) separación de funciones administrativas y jurisdiccionales, iii) garantía de los derechos (OC-17/2002, 2002).

El principio de despenalización del sistema juvenil sostiene que esta clase de justicia especializada debe ser dirigida únicamente a adolescentes mayores de 12 años que hayan transgredido la ley penal; además, debido a que este tipo de jurisdicción busca rehabilitar y no reprimir, su aplicación debe ser de ultima ratio y previo al internamiento, el operador de justicia debe considerar otro tipo de medidas socio educativas para rehabilitar al adolescente infractor, atendiendo al principio de interés superior.

El principio de separación de funciones administrativas y jurisdiccionales establece que se debe marcar una distinción entre la protección social y la protección jurídica, ya que la primera tiene como objetivo principal bridar el mejor entorno para que los NNA se desarrollen de manera adecuada; por otro lado, la protección jurídica busca decidir de la mejor manera sobre sus derechos subjetivos.

El principio de garantía de derechos dispone que los adolescentes que cometan un delito obtendrán los mismos derechos y garantías que los adultos, a diferencia del modelo de situación irregular, donde no se respetaba ninguna de las garantías procedimentales propias del sistema penal. Estas garantías deben ser cumplidas tanto al momento de la detención, como en el desarrollo del proceso judicial y en el cumplimiento de la medida dictada.

Además de la CDN, existen otros instrumentos internacionales que, tomando en cuenta el

perjuicio ocasionados en el modelo de situación irregular aplicado a los adolescentes considerados delincuentes, han establecido una serie de parámetros o reglas mínimas para proteger a los adolescentes infractores dentro de la justicia juvenil, instrumentos tales como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, promueven la obligación de los Estados para garantizar el bienestar de los adolescentes que han cometido una infracción, y crear condiciones óptimas para su rehabilitación y reinserción a la sociedad.

En este sentido, cuando un adolescente haya infringido la ley penal, debe ser procesado dentro de un tribunal especializado y además deben estar aislado de los centros de privación de libertad para adultos, a diferencia del modelo de situación irregular, donde los adolescentes cumplían las sentencias en celdas comunes para adultos. Este principio de diferenciación para la aplicación de penas se encuentra expresamente establecido en la CDN (1989, art.37, lit.c) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (1969, art.5.5).

Con la transición del modelo de situación irregular que primaba antes, a la doctrina de protección integral, hubo un cambio novedoso en la concepción de la infancia y un avance en cuanto a los derechos humanos de los niños como grupo de atención prioritaria dada su condición especial. Esto trajo consigo, no solo el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos, como lo establece la doctrina a medida que su grado de madurez avance, puedan ir ejerciendo progresivamente sus derechos por sí mismos, asegurando así su desarrollo integral hasta llegar a ser adultos funcionales capaces de tomar sus propias decisiones, formándose un juicio propio y siendo responsables de sus actos (Cornieles, 2000).

La familia como base fundamental responsable de la crianza, por cuanto representa el principal grupo de socialización de los NNA y es permanece durante el proceso de desarrollo y crecimiento del mismo (Cornieles, 2000), la familia como parte del grupo de actores responsables de velar por el interés superior, junto al Estado y la sociedad, debe mostrar respeto a la condición de los niños como seres en desarrollo, es su deber considerar la opinión de los NNA; tomando en cuenta su crecimiento y madurez, van adquiriendo independencia y responsabilidad sobre ciertos aspectos de su vida. La familia debe brindarle su espacio para que ejerzan su derecho de autonomía progresiva para formarse su propio criterio y tomar sus propias decisiones con respecto a los

ámbitos de su educación, conciencia, sexualidad, religión, etc. Por esta razón, el Estado debe adoptar los mecanismos y políticas necesarias para la protección y desarrollo integral de la familia.

Otro entorno en el que se desarrollan íntegramente los niños es la sociedad, esta comunidad igualmente debe brindar un ambiente que asegure la participación de los NNA. Bajo esta lógica, la educación de los NNA tiene por objeto establecer condiciones de desarrollo de la personalidad de estos, así como la generación de un marco de fortalecimiento para el ejercicio de derechos fundamentales (Ferrer, 2007). Adicionalmente, se debe procurar que dentro de la comunidad se respete otros derechos de los niños, tales como el derecho a la educación, recreación, libertad cultural, artística, entre otros.

Previo a que los niños, niñas o adolescentes expresen su opinión, es importante que sea informado sobre el ejercicio de este derecho, que sepa que puede decidir si quiere opinar o no, debe comprender las circunstancias y el modo en que va a poder expresarse, debe conocer sus opciones y además de las posibles consecuencias y repercusiones de sus decisiones.

Para tratadistas como Ferrer (2007) existen dos dimensiones del derecho de los niños a ser oídos, estos principios son interdependientes entre sí y deben ser tomados en cuenta en conjunto, para darle efectividad a este derecho tan importante: a) el derecho a ser oído de manera activa, es decir, que el sujeto receptor debe prestar atención a la opinión que el niño va a expresar, además debe mostrar una actitud respetuosa a su condición de persona en crecimiento, b) esta opinión debe ser tomada en cuenta, ya que no tendría ningún sentido que se escuche la opinión del niño si esta no va a ser tomada en cuenta, analizada y ponderada al momento de tomar la decisión que repercutirá en la vida de los NNA, para que la opinión de los niños sea sopesada, el operador de justicia deberá tomar en cuenta el criterio objetivo de la edad y el criterio subjetivo de la madurez.

El derecho a opinar es concebido como la facultad de expresar sus pensamientos, emociones, sentimientos sobre algún aspecto importante de su vida. El Estado debe garantizar que tanto en los espacios públicos o privados habrá oportunidad para que los niños expresen su opinión. La Convención establece que los NNA serán escuchados en todos los asuntos que impliquen los intereses de estos, sin embargo, no enumera particularmente qué asuntos, ya que esto podría configurar una limitación a ciertos aspectos y circunstancias; de este modo, este artículo se interpreta y se entiende que la opinión del niño debe ser considerada de manera amplia en todo

asunto que lo afecte ya sea de manera directa e inmediata o indirectamente.

Por otro lado, los niños, niñas y adolescentes pueden decidir si desean opinar o no, en ninguna circunstancia podrán ser presionados, obligados o coaccionados para que manifiesten una opinión; sin embargo, se debe analizar esta negativa, si no que esta debe ser observada detenidamente, por cuanto pueden existir presiones sobre el comportamiento de los niños, niñas y adolescentes (Ferrer, 2007). Sin embargo, para la doctrina, esta facultad de expresar sus sentimientos y sus deseos:

> No se reduce a la expresión verbal del adolescente que puede expresar plenamente su opinión, sino que también abarca otras formas de expresión no puramente verbal. Por ejemplo, las reacciones psicosomáticas de los niños pequeños relativas a la aceptación o rechazo de regímenes de visitas, de situaciones de tenencia y otras. (Pérez, 2007, p.252)

Para poder obtener la información que se requiere del niño o niña que todavía no está en condiciones de expresar su opinión de manera verdal, los operadores de justicia pueden recurrir a personal técnico especializado, como psicólogos especializados en niñez, quienes pueden implementar métodos y técnicas para descifrar las preferencias del niño que no han sido comunicadas verbalmente.

Al respecto, juristas como Pérez (2007) señala que, si la persona encargada de tomar una determinación no considera la opinión del niño, este quedaría en indefensión, se estaría desconociendo su calidad de sujeto de derechos, la persona que no tome en cuenta la opinión del niño cae en el autoritarismo propio del sistema adultocentrista que primaba en el modelo de situación irregular.

Como se ha establecido reiteradamente, la CDN establece que los operadores de justicia deben sopesar de manera adecuada todos los elementos, dándole especial atención al criterio de los niños, estos argumentos deben exponerse claramente dentro de la motivación de la resolución. El no prestar atención a estos elementos, causaría que la resolución sea atacada debido a que no sustenta de forma razonada y suficiente el rechazo o la aceptación de la opinión de los NNA para llegar a una solución sobre las situaciones que comprometen sus derechos fundamentales (Pérez, 2007).

Con respecto al ejercicio de este derecho, la Convención ha marcado ciertas condiciones o límites cuando establece que la opinión de los niños se tendrá *"debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño"* (1989, art.12.1), mientras la edad es un criterio objetivo, la madurez es subjetiva, y no siempre va en relación con la edad. A pesar

de que la psicología posee ciertos parámetros para determinar el nivel de discernimiento de los niños, se debe tomar en cuenta que no todos los niños maduran a la misma edad.

Al respecto, Stanford Chidren´s Medicine (s.f) sostiene que generalmente los niños llegan a una madurez cognitiva entre los 12 años, igualmente, esta es la edad en la que las personas entran a la adolescencia, pueden tener pensamientos más abstractos, imaginando diferentes escenarios y sus posibles consecuencias. Se entiende que en este nivel ya se debe tomar mucho más en cuenta su opinión, sin demeritar la opinión de los niños más pequeños, sino que se debe abordar de distinta manera con técnicas diferentes a la expresión verbal. Es aquí cuando el operador de justicia debe evaluar la capacidad del niño de formarse un juicio propio y su capacidad de comprender los elementos involucrados y sus posibles consecuencias.

2.2. Análisis de normativa aplicable

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser escuchados dentro de todos los ámbitos y entornos en los cuales ellos se desarrollan y se desenvuelven, sea en su hogar, su escuela, dentro de procesos judiciales o administrativos. En este sentido, la Convención es clara respecto a que los Estados parte deben adaptar su normativa interna para fomentar su participación y garantizar que su opinión sea tomada en cuenta en todos aquellos asuntos en los cuales sus intereses estarán involucrados.

Dentro de los preceptos legales que regulan los derechos de los NNA en el Ecuador, en primer lugar, se encuentra la Constitución de la República del Ecuador que reconoce a los NNA como un grupo humano en situación de vulnerabilidad (2008, art.35), además manifiesta que deben recibir atención prioritaria y especializada tanto en el ámbito público como privado. Igualmente, se reconoce el principio del interés superior del niño, como uno de los principios rectores de la doctrina de protección integral, para generar un marco de protección y prevalencia de sus derechos (Const., 2008, art.44).

La norma *eiusdem* hace referencia al principio de corresponsabilidad o coparticipación, el cual señala que tanto el Estado, la sociedad y la familia deben velar por el interés superior de los NNA. Esto a su vez, permite deducir los entornos y ámbitos en los que la participación de los niños, niñas y adolescentes debe ser tomado en cuenta, es decir, todo asunto a nivel familiar, social, escolar o

estatal afectará al niño ya que involucra sus intereses.

Así mismo, la Constitución hace referencia a una amplia gama de derechos que se señalan en la CDN (2008, art.45). Entre los derechos a los que se hace referencia están: el derecho a la vida, cuidado y protección; derecho a la vida familiar, a la integridad tanto física como psíquica, a la identidad personal, a la salud y educación; al descanso, recreación, deporte, cultura, y a ser consultados en aquellos asuntos que afecten sus intereses.

En este sentido, la norma *eiusdem* establece que los NNA están sujetos a una configuración normativa y a una serie de procesos y procedimientos especializados que requieren operadores altamente capacitados para aplicar de forma correcta la doctrina de protección integral (Const., 2008, art. 175). Como se aprecia, esta norma observa el principio de justicia especializada, además de la separación de asuntos sancionatorios y penales, aspectos que son propios de la doctrina de protección integral; a diferencia del modelo de situación irregular donde los niños eran hacinados en cárceles comunes con los adultos.

El Código Orgánico General de Procesos también regula el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados en el Ecuador (2015, art.31), por cuanto este grupo debe ser escuchado en asuntos que involucren sus intereses. De igual manera, el Código de Niñez y Adolescencia establece una serie de preceptos que respaldan el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes en asuntos que los involucren, observando el principio de interés superior, la doctrina de protección integral y los lineamientos establecidos en la Convención (2003, art.257) Además, la norma *eiusdem* establece la obligación del juez o jueza de tomar en cuenta la opinión del niño y explicar dentro de la motivación de la resolución las circunstancias en las que fue evaluada la postura y criterio del niño para tomar la determinación que más le favorezca, garantizando así su interés superior (CNA, 2003, art. 291).

Los instrumentos internacionales también procuran la protección integral de los niños confirmando su estatus de sujetos de derechos, representando así el espíritu de la doctrina de protección integral y atendiendo así a una amplia gama de facultades subjetivas. Entre los derechos más importantes que contempla la CDN, están los relacionados a la participación de los NNA; así, el derecho a ser escuchados y tomados en cuenta dentro de asuntos que los involucren directa o indirectamente (1989, art.12); asimismo, el derecho a la libertad de expresión (CDN, 1989, art.13)

y el derecho a libertad de pensamiento (CDN, 1989, art.14), el cual incluye la garantía de que el Estado debe procurar que los NNA se formen un juicio propio. El reconocimiento de estos derechos persigue el objetivo primordial de que los niños, niñas y adolescentes puedan decidir y ser protagonistas de su propia vida.

La suscripción de la Convención de Derechos del Niño supone que los Estados Parte y sus funcionarios tienen el deber de observar los instrumentos internacionales en relación a los derechos humanos y particularmente a los derechos de los niños, quienes dada su condición se encuentran en una situación de desventaja y forman parte del grupo de atención prioritaria, como lo establece la Convención Americana de Derechos Humanos al afirmar que: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" (1969, art.19).

La propia Comisión Internacional de Derechos Humanos reconoce que la Convención de Derechos del Niño como uno de los instrumentos internacionales más relevantes para la protección de los derechos de los NNA, estableciendo un catálogo de derechos y una guía interpretativa. Con este antecedente, es obligación de los Estados Parte considerar y aplicar las observaciones en las cuales el Comité de Derechos del Niño se pronuncia de manera más específica y ampliada sobre lo que establece la Convención.

Uno de los principios rectores más importantes de la doctrina de protección integral es examinada en la Observación No. 12 (2009) Derecho del niño a ser escuchado, el cual se basa en el precepto de que sus opiniones sean tomadas en cuenta en todo asunto que los afecte, de acuerdo con su edad y madurez. Con respecto a este último elemento, el Comité recomienda a los Estados que no se incluyan disposiciones de una cierta edad para que los NNA sean escuchados, ya que pueden constituir una limitación que restrinja este derecho fundamental básico para que se constituya su interés superior. En concordancia con el principio de autonomía de la voluntad, la doctrina señala que a medida que los niños van adquiriendo experiencia y se van desarrollando, tienen derecho a asumir la responsabilidad y a involucrarse respecto a asuntos que los van a afectar.

Además, los Estados parte deben partir de la presunción que todo niño es capaz de formarse un juicio propio y expresar su opinión, como lo establece el Comité "los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones y no le corresponde

al niño probarlo" (OG No.12, 2009, p.9), por lo cual, hace un llamado a los Estados para evaluar la capacitad de los niños, niñas y adolescentes para expresar su opinión propia en cada caso particular, ya que la madurez cognitiva de los niños es diferente en cada caso; adicionalmente, ha sido demostrado a través de estudios que "los niños pueden formarse sus propias opiniones a muy temprana edad, incluso antes de poder expresarlas de manera verbal"(OG No.12, 2009, p.9), por esta razón, las organizaciones públicas y privadas deben adaptar su entorno para que los niños puedan expresar sus preferencias, en distintos niveles de los actores responsables de velar por la protección integral y el interés superior del niño.

En este sentido, la comunidad o sociedad tienen un papel importante en el desarrollo y crecimiento integral de los NNA, en ámbitos como la recreación, o educación también se debe brindar un espacio propicio para que la opinión y preferencia de los niños, niñas y adolescentes puedan ser tomadas en cuenta debidamente. Bajo esta lógica, el Corpus Iuris Internacional de Derechos Humanos ha reconocido el valor del desarrollo de la personalidad humana y el respectivo fortalecimiento de los derechos fundamentales.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona tiene el derecho a tener libertad de expresión (1976, art.19. núm.2), de igual manera, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho que todo individuo posee a la libertad de opinión y expresión, siendo este un derecho que incluye la garantía de no ser molestado o perturbado a causa de sus opiniones (1948, art.19) Así, la CDN da cumplimiento a las disposiciones del derecho a la libertad de expresión, opinión y pensamiento como derechos inherentes a todos los seres humanos, pero adaptándolos a las particulares condiciones de los niños y niñas para que puedan ejercerlo en todas las etapas de su crecimiento hasta llegar a la adultez.

El Comité de derechos del niño y la doctrina señalan que los derechos de los NNA son interdependientes, el ejercicio del derecho a ser escuchados está relacionado intrínsecamente con otros establecidos en la Convención, como el derecho a la libre expresión contemplado en su artículo 13. En este sentido, el Comité señala que el Estado debe velar por que todos los niños, niñas y adolescentes estén en capacidad de formarse un juicio propio.

SECCIÓN III: Análisis de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados es fundamental para cumplir y garantizar su interés superior. Sin embargo, desde la suscripción de la Convención por parte del Ecuador, ha existido varios precedentes de incumplimiento del derecho de los NNA a ser escuchados, el cual conforma uno de los principios rectores de la doctrina de protección integral.

3.1. Sentencia No.202-19-JH/21 de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional en su sentencia No.202-19-JH/21, analiza el caso de Rosa Pérez y su familia, quien vivía en una situación de pobreza extrema, exclusión social, analfabetismo y, además, presentaba discapacidad intelectual del 54%, motivos por los cuales, las instituciones en las que estudiaban sus hijos y la Junta Cantonal de Protección de Derechos de Azogues, veía con preocupación la situación de los cinco niños menores de edad, debido a su condición de pobreza extrema, no creían que la madre podría brindarles un entorno adecuado para su desarrollo integral.

Posteriormente, un juez en la ciudad de Azogues, provincia de Cañar, dispuso el allanamiento del hogar de Rosa y su familia, para llevar a sus cinco hijos a una casa de acogida, debido a reiterados informes presentados por la Junta Cantonal de Protección de Derechos de Azogues, en los cuales se expresaba que, debido a la situación de pobreza de su familia, los niños se encontraban en riesgo inminente. Rosa presentó un habeas corpus por la retención de sus cinco hijos en malas condiciones.

Con estos antecedentes, la Corte Constitucional analizó el presente caso y concluyó que, si procede la acción de habeas corpus correctivo, debido a que se violentó el deber del debido cuidado integral y no se proporcionó el entorno adecuado para el ejercicio de los derechos de los niños. Por lo cual, el principal objetivo de esta acción es asegurar los derechos conexos que se vulneraron durante la privación de libertad.

La Corte concluyó que se vulneró múltiples derechos, entre los más importantes: el derecho a la vida familiar, el derecho a la libertad y el derecho de los NNA a ser escuchados. Acerca de este último derecho, se resaltó que “la opinión del niño o de la niña debe ser escuchada para determinar la idoneidad de una medida o para evaluarla una vez que se ha tomado y se está ejecutando” (Sentencia No. 202-19-JH/21-CC, 2021, párr.150). De igual manera la Corte señala que el niño

debe conocer íntegramente este derecho sobre la situación, sus opciones y las posibles repercusiones.

Se determinó que, en todas las actuaciones, tanto administrativas como judiciales, no se tomó en cuenta de manera adecuada la opinión de los niños acerca de la situación de separación familiar y el acogimiento institucional. Se observa que hubo una participación nula o mínima de parte de los niños, además de una falta de atención especializada, lo cual es una garantía constitucional para el tratamiento de los NNA debido a que son un grupo de atención prioritaria.

En la sentencia, la Corte manifestó que cuando se dispuso el acogimiento de los niños, se pudo estar "judicializado la pobreza", situación que era característico en la doctrina de situación irregular. Recalcó que "la pobreza o la carencia de recursos materiales no puede ser fundamento para una decisión judicial o administrativa para separar al niño o niña de su familia" (Sentencia No. 202-19-JH/21-CC, 2021, párr.178). Además, se invocó el principio de excepcionalidad que establece que el derecho a la unidad familiar es fundamental y que la separación de un niño de su familia debía ser de última ratio, solo en caso de que exista un peligro inminente para el niño.

3.2. Sentencia No. 1389-19-EP/23 de la Corte Constitucional

En otro ejemplo, la Corte Constitucional en su sentencia No. 1389-19-EP/23, analiza el caso de July, una adolescente que, cuando tenía 16 años, se expidió una medida de acogimiento institucional debido a reiterados informes de la Junta Cantonal de Protección de Derechos de los Niños y Adolescentes. en los cuales se manifestó que la abuela de July no podía brindarme un entorno económicamente adecuado para su desarrollo, hecho que se estaba reflejando en su rendimiento académico.

Durante el acogimiento de la adolescente, la organización Aldeas SOS, manifestó preocupación debido a que el régimen de acogimiento institucional estaba causando un daño a la salud mental de July, por lo cual sugirió la terminación de la medida de acogimiento y su reemplazo por acompañamiento familiar, Sin embargo, la Corte Provincial negó esta petición, sin tomar en cuenta la opinión de la adolescente, quien manifestó claramente su deseo de regresar a su hogar con su abuela.

La Corte resalta que "el estricto cumplimiento del principio de interés superior de los niños,

niñas y adolescente demanda tomar en consideración la opinión de la niña, niño o adolescente involucrado, como sujetos de derechos" (Sentencia No. 1389-19-EP/23-CC, 2023, párr.48). Por lo tanto, se concluyó que se vulneró el derecho al debido proceso, ya que dentro de la motivación de la resolución no se estableció los criterios que se utilizaron para considerar y sopesar la opinión de July. A pesar de que la Sala manifestó que, si se escuchó a la adolescente en audiencia reservada, se determinó que su opinión no fue debidamente tomada en cuenta para la toma de decisiones en favor de su bienestar, lo cual le causó un gran perjuicio actuando en contra de su interés superior.

3.3. Sentencia No. 2496-21-EP/23 de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional evalúa el caso de un adolescente de 16 años, de nacionalidad venezolana, quien se encontraba solicitando refugio en Ecuador, cuando por medio de una providencia, un juez de Lago Agrio dispuso que sea repatriado a su país de origen. La Corte Provincial de Sucumbíos sostuvo que no existía ninguna persecución en contra del adolescente y que no se encontraba en situación de riesgo por volver a su país de origen, al contrario, señaló que se buscaba la reunificación familiar debido a que el adolescente necesitaba del cuidado de su madre.

También se alegó que debido a que el adolescente padecía de una condición psicológica y su salud mental dificultaba que sea contactado y que sea consultado acerca de su opinión y los motivos por los cuales estaba solicitando refugio, sostienen que desconocían si se encontraba huyendo de una situación de violencia doméstica. La Corte Constitucional declaró que se incumplió el artículo 41 y 42 de la Constitución, los cuales reconocen el derecho a la no devolución, además garantiza que los NNA recibirán asistencia humanitaria preferente y especializada. Además, señaló que el juez de primera instancia debió escuchar la opinión del adolescente a pesar de su condición mental "más aún cuando el impacto de la decisión puede ser tan alto, que su vida, libertad, o integridad pueden encontrarse en riesgo al ser devueltos a su país de origen." (Sentencia No. 2496-21-EP/23-CC, 2023, párr. 96). Por lo cual, la Corte declaró que se violentó el derecho del adolescente a ser escuchado y tomado en cuenta para la decisión de repatriación.

3.4. Sentencia No. 2691-18-EP de la Corte Constitucional

Dentro de la presente sentencia, la Corte analiza el caso de un niño quien fue inscrito bajo el nombre de G.E.C.R, como hijo de sus abuelos M.R.R.S. y F.A.C.H. Posteriormente, su madre biológica M.F.C.R presentó ante la Unidad de Familia del cantón Machala una impugnación y declaratoria de maternidad, ante lo cual el juez que conoció la causa resolvió declarar a la Sra. M.F.C.R como madre biológica y además ordenar el cambio de apellidos del niño "G.E.C.C." en el Registro Civil.

La accionante M.F.C.R, presentó una acción extraordinaria de protección en contra de una resolución de la Corte Provincial de El Oro, señalando que se trasgredió el derecho del niño G.E.C.C a identidad y la autodeterminación, observada en el art. 8 de la CDN. Además, se sostiene que las autoridades nunca mostraron interés en tomar en cuenta las necesidades del niño ni escuchar su opinión acerca de que apellido deseaba usar, con lo cual, también se está violentando su derecho a ser oído en los asuntos que lo atañen, facultad que es reconocida en la Constitución y en la CDN.

La Corte Constitucional resalta la capacidad que tienen los niños, niñas y adolescentes para formarse un juicio propio, por ende, las autoridades judiciales que conozcan causas destinadas a decidir sobre sus derechos, deben tomar en cuenta la opinión del niño; dicha obligación no fue atendida por la Corte Provincial del Oro, por el contrario, nunca se escuchó al niño G.E.C.C respecto de que apellido deseaba llevar, vulnerando así su interés superior. (Sentencia No. 2691-18-EP -CC, 2021, párr. 54).

Con los antecedentes expuestos, la Corte Constitucional concluye que, debido a su condición especial como grupo en situación de vulnerabilidad, los niños, niñas y adolescentes deben gozar de una protección integral por parte del Estado y sus autoridades, quienes son los llamados a atender y garantizar el cumplimiento de sus derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno y en instrumentos internacionales. En el presente caso, se vulneró el derecho del niño G.E.C.C a ser escuchado, además de afectar su estabilidad emocional debido al cambio drástico en cuanto al apellido que había usado por once años antes de que se decidiera cambiarlo sin tomar en cuenta su opinión.

3.5. Sentencia No. 239-17-EP/22 de la Corte Constitucional

Dentro de la presente causa, la Corte Constitucional examina el caso de tres niños de nueve,

ocho y tres años de edad, quienes vivían en Santo Domingo de los Tsáchilas bajo el cuidado y custodia de su abuela paterna después de que su madre biológica los abandonara, sin embargo, posteriormente la custodia fue concedida a la madre, ignorando la voluntad de los niños.

La Corte Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas alegó que se devolvía la custodia a la madre para reconocer y garantizar su derecho a la tenencia de sus hijos. Sin embargo, la Corte Constitucional declaró que se vulneró el derecho de tres menores de edad a ser escuchados además de su interés superior, debido a que múltiples elementos indicaban el maltrato que padecían los niños por parte de su madre biológica e ignoraron la preferencia de los niños a permanecer con su abuela, poniendo así en peligro su integridad física y psicológica.

La Corte señala los lineamientos para garantizar de manera adecuada el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados, clasificándolos en cinco niveles: 1) Preparación: Antes de que el niño sea escuchado, deberá ser debidamente informado acerca del proceso, cuándo y dónde será escuchado; 2) Audiencia: el entorno en el cual se llevará a cabo el proceso de escucha debe ser el adecuado para que el niño sienta la confianza de que la persona encargada de escucharlo va a tomar enserio lo que el niño le expresará; 3) Evaluación: la autoridad judicial debe matizar correctamente la opinión del niño con su edad, madurez y capacidad de formarse un juicio propio; 4) Comunicación de resultados; se debe informar al niño de manera detallada acerca de los resultados del proceso de escucha, además de cómo se consideró su opinión para tomar una decisión. 5) Quejas, vías de recurso: se debe garantizar a los niños, niñas y adolescentes la posibilidad de expresar sus reclamos o quejas frente a una violación de su derecho a ser escuchado, en todos los ámbitos públicos o privados. (Sentencia No. 239-17-EP-CC, 2022, párr. 72).

3.6. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile

La Corte Interamericana de Derechos Humanos analiza el caso de Karen Atala Riffo, quien después de terminar su vínculo matrimonial con Ricardo Jaime López Allendes, mantuvo la tenencia y cuidado de sus tres niñas menores de edad por mutuo acuerdo. Sin embargo, una vez que la Sra. Atala empezó a convivir con su nueva pareja: Emma Ramón, el Sr. López mostró su preocupación manifestando que no se estaba brindando un entorno adecuado para el desarrollo de las niñas y que su madre era un mal ejemplo para ellas debido a su orientación sexual. En el año 2004, la Corte Suprema de Chile le concedió la tenencia definitiva de las tres niñas a Ricardo

López.

La CIDH evaluó la responsabilidad internacional de Chile, debido a la resolución de la Corte Suprema, se violentó una serie de derechos humanos, tales como: el derecho a la no discriminación, derecho a la libertad sexual, derecho a la honra, y además los derechos de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados en asuntos que sus intereses estén en juego.

Respecto de este último derecho, la CIDH señaló que la Corte Suprema de Justicia no expuso en su resolución la manera en la que se tomó en cuenta las preferencias de las niñas. "la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas" (Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, Serie C No.239, 2012, párr.208) En efecto, a pesar de que la Corte Suprema aludió al principio superior de las tres niñas, realmente no motivó de manera adecuado las razones por las que se contradijo la voluntad que las niñas expresaron. En conclusión, no se garantizó de manera adecuada el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes.

SECCIÓN IV: Criterios de Profesionales Especializados

La suscripción de la Convención exige a los Estados para que adapten su normativa interna para dar cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en aras de su protección integral. Sin embargo, para que estos preceptos no queden en letra muerta es importante que se incorporen políticas públicas y sociales que den eficacia y complementen la normativa interna. El Comité del Derechos del Niño ha sido claro en enunciar y sugerir a los Estados Parte que no se incluya dentro de sus ordenamientos jurídicos una limitación basada en la edad para que la opinión de los niños sea tomada en cuenta (OG No.12, 2009, p.10).

En este sentido, dentro del presente trabajo, se ha realizado una investigación de campo con profesionales como: abogados especializados en niñez, jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia, defensores públicos, personal que es parte del equipo técnico de la defensoría del pueblo y psicólogos expertos en niñez. Estos profesionales están en el día a día en distintos ámbitos que se relacionan con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en particular del derecho a la participación en asuntos que los involucren.

Para recabar información acerca de las preferencias de los niños, niñas y adolescentes, es importante que se adapte de manera adecuada el entorno en el que el niño, niña o adolescente va a ser escuchado, de manera que se sienta cómodo y en confianza, a fin de poder expresar de manera adecuada su opinión. Respecto a este tema la Dra. Yessenia Paredes, defensora pública, sostiene que anteriormente los niños eran escuchados en aulas con una infraestructura incómoda, nada adecuada para que el niño se sienta en la confianza de expresar libremente su criterio; por lo tanto, sostiene que es importante promover un ambiente amigable, tanto en infraestructura como en el personal debidamente capacitado para lograr que los niños sientan seguridad de manifestar su voluntad y preferencia.

La Dra. Giovanna Pazmiño, defensora pública manifiesta que previo a que el niño sea escuchado debe conocer acerca del proceso y las circunstancias, ya que es necesario que el niño entienda las circunstancias del proceso y la información que se va a obtener. Además, en concordancia con la doctrina, señala que la escucha a los niños, niñas y adolescentes debe ser de manera activa, es decir, que el adulto receptor de la información realmente se esfuerce en poner atención y en entender el sentido de las preferencias del niño que está expresando su criterio,

De igual forma, la Dra. Anita Intriago, jueza de la Sala de Familia de la Corte Provincial de Pichincha, con más de 20 años en experiencia como jueza, señala que es primordial e indispensable la capacitación y sensibilización de los operadores de justicia acerca del correcto tratamiento de los NNA, en aras de las buenas prácticas para el correcto ejercicio y efectivización de sus derechos. Los jueces encargados de garantizar el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes deben ejercitar sus habilidades blandas para tener una buena comunicación con el niño.

De igual manera, Susana Oleas, psicóloga infantil con experiencia en el sector judicial, concuerda con lo que establece el Comité, y ha manifestado que los profesionales de la oficina técnica para recabar información acerca de la opinión de niños especialmente pequeños, suelen utilizar métodos no verbales tales como el juego, examinación de su expresión corporal del niño, el dibujo, entre otros; a través de estas técnicas se puede obtener información acerca de las preferencias de los niños y niñas.

Diana Barriga, psicóloga clínica del equipo técnico de la Defensoría del Pueblo, expone que, para que los niños, niñas y adolescentes puedan expresar su opinión libremente, es indispensable

que puedan sentirse en confianza, y comprender que están en un ambiente seguro, sobre todo que la persona que los va a entrevistar está dispuesta a escuchar y tomar en cuenta su opinión. Para lograr construir un puente de diálogo y que el niño pueda sentirse más en confianza con la persona, se puede empezar a realizarle preguntas sobre sus gustos, sus amigos y compañeros de escuela, de esta manera los niños se sentirán más abiertos con la persona que los escucha.

En suma, todos los operadores de justicia tienen una gran responsabilidad en la implementación adecuada de los lineamientos para que los niños, niñas y adolescentes sean oídos. Incluso antes de que se escuche al niño, se debe buscar un ambiente adecuado en infraestructura, en cuanto al entorno y habilidades de la persona que va a escuchar al niño, Además, es importante que los NNA sean informados acerca del proceso y las circunstancias en las que va a ser oído; asimismo, cuando se vaya a tomar una determinación en beneficio del interés superior, el juez debe sopesar todos los elementos que involucran sus intereses en juego, prestando suma atención a las preferencias que ha expresado el niño, de esta manera se procura la correcta efectivización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

CONCLUSIONES:

A lo largo de la historia, debido a su condición asociada con incapacidad e insuficiencia, los niños, niños y adolescentes han sido objeto de exclusión en todos los ámbitos, sobre todo han sido marginados de las decisiones que van a afectar sus intereses y son de gran importancia en su desarrollo y proyecto de vida. En efecto, en el modelo de situación irregular se evidencia la poca o nula participación de los niños en asuntos que los atañen. La expedición y suscripción de la Convención de los Derechos de los Niños ha sido un hito de suma importancia en cuanto al reconocimiento de derechos humanos de los niños, marca el punto más alto en la reivindicación de la condición de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y no como objetos de represión por parte del Estado.

El Estado y sus autoridades deben brindar un entorno adecuado para que los niños, niñas y adolescentes se sientan seguros, en confianza y respetados, a fin de que puedan manifestar sus preferencias claramente. Para lograr este objetivo, el Consejo de la Judicatura debe promover capacitaciones y la formación de habilidades blandas a todo el personal y funcionarios que cumplen un rol importante en cuanto a la efectivización de los derechos de los niños.

Del análisis de jurisprudencia y casos prácticos, se concluye que en ocasiones, los jueces solo cumplen con escuchar al niño en audiencia reservada como una mera formalidad para acatar lo que la ley establece, Sin embargo, al momento de dictar sentencia, no se motiva correctamente la valoración de los sentimientos, emociones o preferencias de los niños, Por lo tanto, para garantizar el correcto goce de este derecho, se recomienda que no basta con escuchar al niño, sino que se debe sopesar esta información tomando debidamente en cuenta en base a la edad y grado de madurez del niño, se debe contrastar con el resto de los elementos y así procurar su interés superior.

Adicionalmente se recomienda a los sujetos responsables de velar por la protección integral de los niños, niñas y adolescentes: el Estado, la sociedad y la familia, promover acciones para que los niños en crecimiento se vayan formando un juicio propio. Una manera adecuada de hacerlo sería fomentando espacios en el hogar, la escuela y la comunidad, para que los niños, niñas y adolescentes expresen su opinión y vayan ejerciendo de a poco este derecho a su participación.

Referencias bibliográficas

Amnistía Internacional. (s.f.). USA: Betraying the Young: Human Rights violations against children in the US Justice system - Amnesty International. Recuperado de https://www.amnesty.org/en/documents/amr51/057/1998/en/

Asamblea Nacional Constituyente. (11 de agosto de 1998). Constitución Política del Ecuador [Const.]. RO: 1.

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador [Const.]. RO: 449.

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. RO. 737, 03 de enero del 2003.

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. RO. 737, 03 de enero del 2003.

Cillero, M. (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y derechos del niño, 1*, 45-62.

Corbier, M. (2000). La niñez en Roma: leyes, normas, prácticas individuales y colectivas. *Auster*, (5), 11-45.

Cornieles, C. (2000). Preguntas y Respuestas sobre el Foro Propio y la participación de la sociedad en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. En M. G. Morais de Guerrero (Ed.), *Introducción A La Ley Orgánica Para La Protección Del Niño Y Del Adolescente* (pp. 45–76). Caracas: REDHNNA.

Corte Constitucional del Ecuador, (12 de julio de 2023). Sentencia No. 2496-21-EP/23. [MP. Daniela Salazar].

Corte Constitucional del Ecuador, (24 de febrero de 2021). Sentencia No. 202-19-JH/21. [MP. Ramiro Ávila Santamaría].

Corte Constitucional del Ecuador, (10 de marzo de 2021). Sentencia No. 2691-18-EP/21. [MP. Teresa Nuques Martínez].

Corte Constitucional del Ecuador, (12 de enero de 2022). Sentencia No. 239-17-EP/22. [MP. Daniela Salazar Marín

Corte Constitucional del Ecuador, (25 de enero de 2023). Sentencia No. 1389-19-EP/23. [MP. Richard Ortiz Ortiz].

Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, (28 de agosto de 2002). Opinión Consultiva OC-17/2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de febrero de 2012). Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas). [MP Diego García-Sayán]. Serie C No.239.

Couso, J. (1998). Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas, entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos. *De la Tutela a la Justicia, varios autores, UNICEF/Corporación OPCION, Santiago de Chile*.

del Pilar Cely, D. (2015). Análisis de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. *Salud & Sociedad Uptc*, *2*(1).

Ferrer, A. J. D. M. (2007). El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño. *Cuestiones Jurídicas*, *1*(2), 73-99.

Méndez, E. G. (2008). Legislaciones infanto juveniles en América Latina: modelos y tendencias. *Proteción Integral de Derechos de Ninas, Ninos y Adolescentes. Mendez, Emílio (compilador). 2ª. Edição. Ed. Del Puerto*.

Morlachetti, A. (2013). Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe.

ONU. Asamblea General. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. RES-217 A (III).

ONU. Asamblea General. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. RES-2200A (XXI).

ONU. Comité de Derechos del Niño. (17 de abril de 2013). *Observación General N° 17, Sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31).* CRC/C/GC/17.

ONU. Comité de Derechos del Niño. (20 de julio de 2009). *Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado.* CRC/C/CG/12

ONU. Comité de Derechos del Niño. (20 de mayo de 2013). *Observación General N°14, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.* CRC/C/CG/14.

ONU. Comité de Derechos del Niño. (25 de abril de 2007). *Observación General N° 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia.* CRC/C/GC/7.

ONU. *Convención sobre los Derechos del Niño*. (20 de noviembre de 1989), Res 27/ 08/ 1989 N°17955

Ordeñana, T., y Barahona, A. (2016). El derecho de familia en el nuevo paradigma constitucional. *Quito Ecuador. Editorial Cevallos editora jurídica*.

Organización de Estados Americanos (OEA). (29 de noviembre de 1969). Convención Americana de Derechos Humanos. [CADH].

Pérez, R. (2007). Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes. *La justicia uruguaya: revista jurìdica*, (135), 57-69.

Santillán, L., y Cerletti, L. B. (2011). Familias y escuelas: repensando la relación desde el campo de la Antropología y la Educación.

Simón, F. (2008). Derechos de la Niñez y Adolescencia. *De la Convención sobre los derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, *2*.

Stanford Medicine Children's Health. (s.f.). Recuperado de https://www.stanfordchildrens.org/en/topic/default?id=cognitive-development-90-P01594

Zini Haramboure, P. E. (2015). De la patria potestas romana a la responsabilidad parental en Argentina: evolución de la obligación alimentaria. *Anales de La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, *12*.