

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La valoración de la opinión de niños y niñas de
acuerdo con la jurisprudencia ecuatoriana**

Andrea Micchaella Beltrán Bonilla

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 20 de noviembre de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Andrea Micchaella Beltrán Bonilla

Código: 00205563

Cédula de identidad: 1722551437

Lugar y Fecha: Quito, 20 de noviembre de 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**LA VALORACIÓN DE LA OPINIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS DE ACUERDO CON LA
JURISPRUDENCIA ECUATORIANA¹**

THE VALUE OF A CHILD'S OPINION ACCORDING TO THE ECUADORIAN JURISPRUDENCE

Andrea Micchaella Beltrán Bonilla²
andreabeltran0526@gmail.com

RESUMEN

Los niños y niñas son considerados como grupo vulnerable dentro de la sociedad, por esto, se brinda una especial protección para ellos junto con el efectivo goce de sus derechos. El derecho a ser escuchados en procesos judiciales que estén involucrados y donde se ventilen sus intereses, es parte del desarrollo normativo que ha existido en relación a los derechos de los niños y niñas con el objetivo de respetar su autonomía y brindarles la importancia que merecen. El presente estudio analiza la valoración que se debe otorgar a la opinión que los menores de edad expresan dentro de procesos judiciales de acuerdo a la jurisprudencia que ha emitido la Corte Constitucional del Ecuador. Esta valoración está ligada al desarrollo progresivo que obtienen los niños y niñas conforme crecen, su edad, madurez y ciertos parámetros presentados por las sentencias de este órgano con el fin de velar por sus derechos.

PALABRAS CLAVE

Derecho de familia, Corte Constitucional, derecho a ser escuchados, psicología del niño, interés superior del niño.

ABSTRACT

Children are considered a vulnerable group within society, which is why special protection is provided for them along with the effective enjoyment of their rights. The right to be heard in judicial proceedings that children are involved and where their interests are treated, it is part of the normative development that has existed in relation to the rights of children with the aim of respecting their autonomy and giving them the importance they deserve. The present study analyzes the value that should be given to the opinion that minors express within judicial processes according to the jurisprudence issued by the Constitutional Court of Ecuador. This value is linked to the progressive development that children obtain as they grow up, their age, maturity and certain parameters presented by the decisions of this body with the objective of ensuring their rights.

KEY WORDS

Family law, Constitutional Court, the right to be heard, child psychology, the child's best interests.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Farith Simon Campaña.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO NORMATIVO.- 4. MARCO TEÓRICO.-
5. DESARROLLO.- 5.1. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR
LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.- 5.2.-DESARROLLO DE LOS NIÑOS Y NIÑAS.-
5.3. VALORACIÓN DE LA OPINIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS EN PROCESOS JUDICIALES.- 6.
CONCLUSIONES.

1. Introducción

Los niños y niñas debido a su consideración como grupo vulnerable gozan de un amplio abanico de derechos, incluido el reconocimiento como sujeto de derechos desde que estos nacen. Por el hecho de ser menores de edad gozan de varios derechos específicos para la infancia tales como educación, desarrollo digno, entre otros. Uno de estos derechos es el de ser escuchados en los procesos judiciales donde se traten sus intereses con la finalidad de que sean partícipes de su propia vida y tomen las riendas de su futuro.

El derecho a ser escuchados tiene varias consideraciones, incluida la de valorar la opinión de niños y niñas y que esta opinión sea parte esencial del proceso y de la toma de decisión por parte del juez. Esta valoración permite brindarle la importancia necesaria a lo opinión de los menores cumpliendo así con el mandato de escuchar a los mismos. Sin embargo, no existe una normativa clara de la manera en la cual se debe valorar la opinión de los niños y niñas.

En la normativa ecuatoriana no existe una clara estipulación de la manera en la que se debe realizar la valoración de la opinión de los menores de edad debido a que cada norma plantea diferentes criterios con respecto a la forma en la que se debe efectuar dicha valoración.

Ahora bien, ante la presencia de esta confusión, la Corte Constitucional del Ecuador durante los últimos años ha emitido sentencias en donde se aclara que es la valoración de la opinión de los niños y niñas, su relevancia tanto para los implicados en el proceso como para el efectivo goce de sus derechos y los mecanismos que se deben

emplear para realizar el análisis de valoración de la manera adecuada y en cumplimiento de los derechos de los menores.

Por lo expuesto, surge la interrogante: ¿de que manera se debe valorar la opinión de los niños y niñas dentro del Ecuador?. Para responder dicho cuestionamiento, el presente estudio analiza las sentencias emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador y los parámetros presentados por dichas decisiones para valorar la opinión de los menores de edad de manera adecuada. También brinda una indagación sobre la psicología de los niños y el desarrollo cognitivo que estos tienen con la finalidad de saber si es que este desarrollo tiene alguna implicación para la valoración de la opinión. Asimismo, define que se conoce como valoración de acuerdo a la normativa ecuatoriana y los problemas de la misma, la importancia de realizar la valoración de la opinión, su errónea aplicación en el Ecuador y los estándares que se deben seguir de acuerdo a lo establecido por la Corte Constitucional para cumplir con dicha valoración y que de esta manera se cumpla con los derechos de los niños y niñas y el interés superior de los mismos.

2. Estado del arte

Los derechos de niñas y niños han tenido un amplio desarrollo normativo a lo largo de los años. La evolución más relevante se basa en considerarlos sujetos de derechos de la misma forma que se considera a un adulto. Este progreso está relacionado con la autonomía y la importancia que se les debe dar conforme van creciendo y se convierten en personas autónomas e independientes. En la siguiente sección se abordará el desarrollo doctrinario que ha existido sobre este tema y la importancia que se le brinda a la autonomía de los niños y niñas en base a su edad y crecimiento.

Joel Jiménez³ plantea que el derecho de infancia y adolescencia es un derecho singular, este busca brindarles una protección especial hasta que los mismos tengan capacidad propia para obrar. Es decir, a la vez que otorga protección también proporciona el amplio abanico de derechos, hasta que el niño tenga capacidad para obrar de manera propia.

A la par que los derechos los protegen también permite un pleno desarrollo de su personalidad e identidad conforme van creciendo y son influenciados por el medio que

³ Joel Jiménez, *Derecho de los niños* (México D.F: Instituto de investigaciones jurídicas, 2000), 4-5.

los rodea, junto con factores como su educación, cultura, nivel social, familiares que tienen contacto con los niños, entre otros. El reconocimiento de los derechos de los niños y niñas en este aspecto favorece su normal crecimiento de acuerdo a su edad y madurez.

Anabella del Moral en 2007 ⁴ propone una visión al derecho de opinar y ser escuchados, esto permite que niños y niñas tengan la oportunidad de expresar lo que desean y su propio pensamiento, en especial si es que son temas que afectan su vida de manera directa o indirecta. Los niños a pesar de que no cuenten con las condiciones para:

“[...] comunicar su sentir, o no haya alcanzado la madurez necesaria o una determinada edad, [...] tal posibilidad no puede verse limitada, pues aún en tales casos los más pequeños si bien no tendrán el derecho a opinar en su sentido más estricto si deberán tener el derecho a ser escuchados.” ⁵

Esto implica que la edad o el nivel de madurez de un niño no es determinante para que pueda ejercer sus derechos, sino que la pluralidad de los derechos tienen como base su desarrollo, y si no se tiene el derecho a opinar por concepto de edad y madurez, el mismo tendrá el derecho a ser escuchado debido a la importancia que tienen sus deseos y pensamientos.

Partiendo de este entendimiento, Esperanza Castillo⁶ plantea que el concepto de autonomía progresiva, que se basa en la evolución que experimentan los niños conforme van creciendo y adquiriendo madurez, es la base para que sean ellos los que ejerzan sus derechos propios de manera independiente. La autora considera que se debe asegurar que se otorgue a los niños y niñas protagonismo en las decisiones que tomen en relación a sus derechos. Sin embargo, Castillo abre el debate de que esta autonomía no es igual para todos los niños y niñas, ni una figura completamente estable en todos los casos, sino más bien que se necesita de un análisis único para cada uno de los niños y niñas y los conflictos que los conciernen.

Por otro lado, los autores Susan Turner y Juan Andrés Varas consideran que la opinión del niño y las decisiones que el mismo toma tiene como uno de sus límites en su

⁴ Anabella del Moral Ferrer, “El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Cuestiones Jurídicas: revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta* 1 (2007), 78.

⁵ Anabella del Moral Ferrer, “El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño”, 78.

⁶ Esperanza Castillo Yara, “La autonomía progresiva del niño en los procesos de cuidado y custodia: Comprensión del caso colombiano”, *Revista Boliviana de Derecho* 32 (2021), 225-226.

interés superior: “[c]oncebir la decisión del adolescente como la decisión final en todos los casos supone dejar abierta la posibilidad de que el niño adopte decisiones en su propio perjuicio, vulnerando el principio del interés superior.”⁷ Plantean que lo que los niños y niñas digan dentro de un proceso que los concierne, va a afectar gravemente al desarrollo del mismo y por lo tanto las consecuencias que se tienen no los beneficiará.

Esta posición puede limitar por completo el derecho a opinar y ser escuchados, lo cual eventualmente podría tener como consecuencia que se anule el derecho de los menores si es que no se establece como el interés superior del menor, y a su vez no permite la aplicación del principio de autonomía progresiva con el fin de valorar la opinión de los niños y niñas en los casos en los cuales son parte y tendrán una afectación directa, ya que considera a los menores incapaces de generar decisiones u opiniones favorables para su vida debido a la falta de entendimiento y comprensión de las cosas que les rodean, al igual que un desconocimiento de que sería lo mejor para ellos.

Maricruz Gómez de la Torre aborda la importancia de escuchar la opinión de los niños y dar el valor que corresponde a la expresión de los niños en los temas que los involucran y afectan a su vida. Por eso considera que escuchar a los niños y valorar su opinión es la base de toda la estructura del derecho a ser escuchados y no se la debe vulnerar bajo ningún concepto. Asimismo, considera:

“Si bien la obligación de oír al niño no es equiparable con aceptar su deseo, su manifestación constituye un factor importante a analizar en el contexto de los demás antecedentes del proceso, a fin de contribuir a que la decisión que se adopte sea la más favorable a su respecto.”⁸

Esta valoración permite que el juez tome una decisión correcta, la cual tenga relación con los antecedentes de la vida del niño y a su vez no llegue a afectar su futuro, sino que llegue a favorecerlo a la par del desarrollo que obtendrá en su vida. El considerar la opinión de los niños como un eje primordial a la hora de tomar decisiones en un proceso judicial acarrea más beneficios y ventajas para los niños que una afectación como tal.

⁷ Susan Turner y Juan Andrés Varas, “Adolescentes en Chile: propuesta de armonización de su condición de relativamente incapaces con el reconocimiento de su autonomía progresiva”, *Revista de Derecho Privado* (2021), 165.

⁸ Maricruz Gómez de la Torre, “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos”, *Revista de Derecho (UCUDAL)* 18 (2018), 128.

3. Marco normativo

En Ecuador ha existido un importante desarrollo normativo de los derechos de la infancia y adolescencia en los últimos años, particularmente esto se ha dado a nivel jurisprudencial y uno de los derechos que mayor desarrollo ha tenido es el de ser escuchados.

En la esfera internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño⁹ es el instrumento más relevante, sus avances parten de que es el primer instrumento de escala internacional que reconoce plenamente a los niños y niñas como sujetos de derechos, a la vez que les brinda una protección especial debido a su consideración de grupo vulnerable y con necesidades que deben ser cubiertas, principalmente por el estado.

De la mano de la Convención, las Observaciones Generales No. 10¹⁰, 12¹¹ y 14¹² del Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño estipula de manera específica la autonomía de los niños y niñas y la vital relevancia que se le da al opinar de los menores en relación al desarrollo y autonomía que van adquiriendo conforme van creciendo y transformándose en seres independientes y con criterio propio. Estas observaciones tienen implicaciones internacionales al otorgar mayor relevancia a los niños y niñas y brindar criterios especializados sobre cómo debe tratarse la autonomía de los mismos especialmente cuando se busca conocer su opinión, al igual que la útil participación que deben tener los niños en los procesos judiciales que los involucren.

Por otro lado, la legislación ecuatoriana no se presenta plenamente alineada con las obligaciones internacionales. En el Código Civil, CC,¹³ se presenta la definición de incapaces en el artículo 1463, para hacer referencia a los niños y su nula capacidad de actuar de manera autónoma y por sus propias convicciones. Esto se junta con el Código de la Niñez y Adolescencia, CONA,¹⁴ y su consideración de los niños y niñas como grupo

⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Ecuador el 21 de marzo de 1990.

¹⁰ Observación General No. 10 del Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, Ginebra, 25 de abril de 2007.

¹¹ Observación General No. 12 del Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, Ginebra, 20 de julio de 2009.

¹² Observación General No. 14 del Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, Ginebra, 29 de mayo de 2013.

¹³ Artículo 1463, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R.O. 15 de 14 de marzo de 2022.

¹⁴ Código de la Niñez y Adolescencia [CONA], R.O. 737, de 03 de enero de 2003, reformado por última vez R.O. 53 de 29 de abril de 2022.

vulnerable con la obligatoriedad de que se cubran sus necesidades de manera efectiva y en los diversos ámbitos de la vida. También dentro de esta ley se estipula a breves rasgos la participación que tiene el menor dentro de los procesos judiciales en los cuales se estipula que es necesario escuchar al niño que se encuentre en condiciones de expresar su opinión, pero no se presentan parámetros para conocer cuando y en qué circunstancias los niños se encuentran en dichas condiciones.

De igual forma, el Código Orgánico General de Procesos, COGEP,¹⁵ establece el accionar de los niños y niñas en los procesos judiciales y la poca participación que los mismos tienen, debido a su consideración de sujetos incapaces, pero establece que se los debe escuchar: “en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos.”¹⁶ Esto demuestra las contradicciones que existe en ese cuerpo normativo y a su vez con toda la legislación ecuatoriana.

Como se advirtió, en el ámbito jurisprudencial, en el Ecuador ha existido avances importantes al ratificar que niños y niñas son capaces de expresar sus opiniones y ejercer autonomía conforme van creciendo. Dentro de la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 13-18-CN/21¹⁷, se plantea cuando el consentimiento sexual puede existir. En esta sentencia se valora y se toma en cuenta la opinión y decisión que tienen los niños y niñas para consentir relaciones sexuales o no, lo cual acarrea una evolución en la valoración que se le da a la opinión de los menores y como esto puede ser decisivo en un proceso judicial, en especial relación con el tema de culpabilidad.

Asimismo, la sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21¹⁸ de la Corte Constitucional trata sobre la problemática que viven miles adolescentes migrantes venezolanos al no poder inscribir el nacimiento de sus hijos e hijas dentro del Ecuador por no encontrarse acompañados por su representante legal o un tutor que pueda autorizar dicha inscripción tal y como lo establece el artículo 24 del Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles¹⁹ del Ecuador. La sentencia analiza los derechos que se vulneran con dicha imposición y a su vez enfatiza sobre la importancia que se le debe dar a la opinión de los menores de edad en los casos que los concierne.

¹⁵ Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R.O. Suplemento 506, de 22 de mayo de 2015, reformado por última vez R.O. 53 de 15 de julio de 2022.

¹⁶ Artículo 31, COGEP.

¹⁷ Sentencia No. 13-18-CN/21, Corte Constitucional, 15 de diciembre de 2021.

¹⁸ Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21, Corte Constitucional, 01 de diciembre de 2021.

¹⁹ Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, Presidencia de la República, Registro Oficial Suplemento 353 de 23 de octubre de 2018.

Dicha jurisprudencia marca un precedente sobre el valor de escuchar a los menores y considerar su opinión en los procesos judiciales.

Es importante mencionar también la decisión que se toma a través de la sentencia No. 42-21-CN/22²⁰ la cual versa sobre el cambio en el orden de apellidos por afectaciones a la integridad psíquica de niños y niñas, en donde tanto el tribunal de primera instancia como la decisión que se toma en la Corte Constitucional toman en cuenta la opinión de las menores de edad con el fin de favorecerlas y que dicha decisión tenga consecuencias positivas, lo cual es el propósito de escuchar a los menores y tomar dicha opinión como base para las resoluciones de los procesos que los involucran.

Por otra parte, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador emitió diversos instrumentos en donde se trata la opinión de los niños y la valoración que se le debe dar a la misma sobre todo en los procesos en los que los niños estén involucrados. En la resolución No. 10-2016²¹, se establece que en los casos en donde la ley exija un curador ad litem para velar por los intereses del niño, se escuchará al mismo en audiencia reservada en donde opinará sobre dicho curador. De igual forma, se estipula que la opinión de los niños será valorada tomando en cuenta el grado de desarrollo que posea.²² Esto representa la relevancia que nacionalmente se le brinda al opinar de los niños.

4. Marco teórico

Es fundamental conocer las diferentes perspectivas en las cuales la autonomía progresiva de la voluntad es considerada, ya que se la conoce desde diversos ámbitos y con alcances diferentes los cuales tienen relación con instituciones esenciales del derecho. La autonomía progresiva de la voluntad se la puede ver como un derecho, un principio o como un estándar de aplicación con el fin de valorar las expresiones que los niños tienen y con una estrecha relación con los procesos en los cuales estos últimos se encuentren inmersos.

De acuerdo con Anabella del Moral²³, es menester aplicar la autonomía progresiva como un derecho para valorar la opinión del niño en los procesos judiciales ya

²⁰ Sentencia No. 42-21-CN/22, Corte Constitucional, 27 de enero de 2022.

²¹ Resolución No. 10-2016, Corte Nacional de Justicia, 21 de diciembre de 2016.

²² Artículo 1, Resolución No. 10-2016.

²³ Anabella del Moral Ferrer, "El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño", 75.

que de esta forma, se aplicaría dicho derecho de manera práctica obligando así a los estados a poner en marcha la visión de la autonomía progresiva como derecho. Esto debido a que para la autora no es posible que un estado consagre leyes y normativa específica para niños y niñas y no se considere a la autonomía progresiva como un derecho en toda la extensión de la palabra.²⁴

La visión que brinda del Moral de tratar a la autonomía progresiva como un derecho permite que no se deje de lado la autodeterminación que tienen los niños conforme van creciendo y desarrollándose. El hecho de brindarle la condición de derecho permite tomar riendas en el asunto para evitar su violación y que el estado proporcione la debida protección y reconocimiento en la normativa nacional de cada país.

Sabrina Viola dentro de su artículo²⁵ considera a la autonomía progresiva como un principio básico del derecho de los niños y niñas. Este principio se resume en que los niños son capaces de ejercer sus propios derechos conforme van creciendo y de acuerdo a su edad y grado de madurez. Los adultos ejercen el papel de acompañar a los niños en la toma de decisiones con el fin de salvaguardar sus interés y que dichas decisiones no se contrapongan con los mismos. Pero, a pesar de que se acompañe al menor, “el rol de los adultos en la toma de decisiones sobre la vida de los niños deberá variar gradualmente de acuerdo a la evolución de las facultades del niño.”²⁶ Esto permite que se aplique la autonomía progresiva como un principio al momento de la toma de decisiones en beneficio del niño o niña.

Sin embargo, Gonzalo Carranza y Claudia Zalazar²⁷ plantean a la autonomía progresiva de los niños como un estándar de aplicación el cual se lo debe considerar para valorar la opinión que los niños brindan en los procesos judiciales en los cuales se encuentran envueltos. Los autores consideran que la autonomía progresiva no es una respuesta absoluta ni general, sino que va a depender de cada niño y cada caso en particular y no se debe considerar que una determinada edad va a tener un grado de desarrollo y de madurez en específico.

²⁴ Anabella del Moral Ferrer, “El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño”, 75.

²⁵ Sabrina Viola, “Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente”, *Cuestión de derechos* 3 (2012), 87.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Gonzalo Carranza y Claudia Zalazar, “La autonomía de la persona menor de edad en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo: cambios normativos en Argentina”, *Revista de Derecho Privado* 36 (2019), 43-45.

Asimismo, estipula que la afectación que tiene la autonomía progresiva no solo depende de la edad del niño, sino de otros factores como entorno familiar, propias capacidades del niño, relación con sus padres, rol del niño en su familia y dentro del entorno en el que se desarrolla y se desenvuelve, entre otras.²⁸ Así, demostrando una vez más que la edad y madurez de un niño conforme a su desarrollo y edad no es determinante para considerar su autonomía, sino que se debe considerar la autonomía progresiva conforme a la afectación directa de los diversos aspectos que se compone la vida de un niño.

La visión que brindan los autores de utilizar a la autonomía progresiva del niño como estándar de aplicación para valorar la opinión de los mismos es la visión adecuada que se debe aplicar ya que esto permite que no sea un modelo rígido el que se va a aplicar, sino que dependen justamente de cada niño y por ende de cada caso en concreto. Esto debido a que no todos los niños y niñas crecen de igual manera o se desarrollan bajo los mismos estándares, sino que varios aspectos de su vida como lo es la educación que reciben, relación con sus padres, entorno en el que se desarrollan, entre otros, son los factores que inciden para que un niño tenga cierto grado de desarrollo o no.

Es equivocada la concepción que se tiene que todos los niños de una determinada edad piensan y actúan de la misma manera, ya que el desarrollo no es un proceso categórico, sino que cambia con el tiempo y debido a las circunstancias de cada uno de los casos. Es por eso que es necesario considerar cada caso en particular y aplicar la autonomía progresiva como un estándar de aplicación con el fin de poder valorar la opinión que ejercen los niños y saber determinar qué clase de valoración se le debe dar a lo que expresan los mismos, sin dejar de lado la importancia de conocer, escuchar y tomar en cuenta sus opiniones en los procesos judiciales que impacten de manera directa o indirecta su vida.

²⁸ Gonzalo Carranza y Claudia Zalazar, “La autonomía de la persona menor de edad en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo: cambios normativos en Argentina”, 44.

5. Desarrollo

5.1 Análisis jurisprudencial sobre las sentencias emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador

La nueva composición de la Corte Constitucional del Ecuador que empezó su mandato en el año 2019, junto con nueve jueces renovados y con la misión de poder resolver la mayor cantidad de causas y despachar el trabajo que se fue acumulando a lo largo de los años. Junto con este propósito, la Corte ha emitido diversas sentencias en relación a variados temas de relevancia nacional. El materia de niñez y adolescencia no ha sido la excepción y con respecto a este tema se han emitido sentencias con criterios vinculantes e importantes para tomar en cuenta en relación a los derechos de los niños.

Como se mencionó anteriormente, las sentencias de la Corte Constitucional No. 13-18-CN/21²⁹, No. 2185-19-JP y acumulados/21³⁰ y No. 42-21-CN/22³¹ tratan sobre temas de niñez y adolescencia, en específico sobre la opinión de los mismos y la valoración que se debe dar a su opinión cuando la misma es emitida en procesos judiciales que involucren a menores de edad y en donde las consecuencias de dicho proceso afectan a los mismos. El análisis que se realiza sobre estas tres sentencias en específico es debido a la importancia de las decisiones tomadas por la Corte para sentar precedentes sobre la valoración de la opinión de los niños y niñas y la manera en la que se debe realizarla.

Las decisiones que la Corte Constitucional ha tomado, evidencian un progreso con respecto a su derecho a ser escuchados y su autonomía. Las tres sentencias, son hitos importantes en la jurisprudencia ecuatoriana y se han tomado como base para poder analizar la importancia que se le da a la opinión de los niños y de qué manera se debe aplicar el principio de autonomía progresiva para valorar lo que los menores mencionan en los procesos judiciales.

5.1.1 Sentencia 13-18-CN/21

Esta sentencia versa sobre una consulta de inconstitucionalidad con respecto al artículo 175, numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, COIP, el cual dispone: “[e]n los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de

²⁹ Sentencia No. 13-18-CN/21.

³⁰ Sentencia No. 2185-19-JP.

³¹ Sentencia No. 42-21-CN/22.

edad es irrelevante.”³² La Corte Constitucional analiza varios aspectos de la vida de los menores de edad, en relación a su libre desarrollo de la personalidad, privacidad y la toma libre de decisiones que deben tener los mismos, al igual que su desarrollo conforme a la edad y la autonomía progresiva que van adquiriendo conforme los menores crecen y se convierten en seres independientes y capaces de tomar sus propias decisiones.

El presente análisis jurisprudencial no se basará en la decisión que la Corte Constitucional obtuvo, sino en los parámetros que se utilizaron como base para dicha decisión. Estos parámetros versan específicamente sobre la capacidad que tienen los menores de edad de decidir sobre sus propias vidas al igual que la importancia que se le debe brindar al criterio que estos emanen. También se establece el principio de que siempre se debe tomar en cuenta la opinión de los menores de edad, y que ellos no deben comprobar a los tribunales su capacidad de hacerlo. Además, se plantea que cualquier decisión que tomen los jueces sin tomar en cuenta la opinión, el grado de autonomía y el desarrollo progresivo de las facultades de los menores de edad cuando estos se encuentren en la plena capacidad de hacerlo, acarrea una afectación en la calidad de los menores como sujetos plenos de derechos.³³

Por otro lado, se estipula que la evaluación para valorar la opinión de estos no debe realizarse de manera aislada, sino que es necesario tomar en cuenta todas las circunstancias en las que ellos se encuentren envueltos, tales como: “la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad, el contexto social y cultural, entre otros [...]”³⁴ Esto demuestra que si se puede considerar la opinión del niño y que esta no va a causar consecuencias a largo plazo en la vida de los mismos, ya que esta valoración va de la mano con análisis que permite considerar a la opinión como válida.

5.1.2 Sentencia No. No. 2185-19-JP y acumulados/21

Por otro lado, esta sentencia versa sobre la problemática que existe en el Ecuador y que sufren miles de jóvenes migrantes venezolanos junto con su familia. Debido a la situación tan compleja que se vive en Venezuela, miles de jóvenes se ven en la obligación de migrar a otros países, siendo Ecuador el destino seleccionado por ellos. La mayoría de

³² Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.O Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez R.O. 131 de 22 de agosto de 2022.

³³ Sentencia No. 13-18-CN/21, párr. 51.

³⁴ Sentencia No. 13-18-CN/21, párr. 71.

los casos los jóvenes migran solos y sin ninguna clase de acompañamiento por parte de sus familias. En reiteradas ocasiones estos jóvenes ya formaron su familia, y se encuentran con la negativa de no poder inscribir a sus hijos recién nacidos debido al hecho de que no se encuentra un mayor de edad para acompañar a estos jóvenes. Esta negativa acarrea una violación a los derechos de los jóvenes y a los derechos de su familia recién conformada.

Esta afectación vulnera la autonomía que gozan los menores de edad conforme estos van creciendo y desarrollándose, debido a que no pueden tomar la decisión por ellos mismos de inscribir a sus hijos en el Registro Civil ya que no se encuentran acompañados por un adulto que respalde esta decisión. Independientemente de la afectación que tienen los recién nacidos en relación a su identidad y a la falta de acceso a la salud, educación, entre otros que pueden tener por no estar debidamente registrados, se afecta por completo la voluntad de sus padres menores de edad de quererlos inscribir de acuerdo a lo que se estipula en el artículo 24 del Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, en donde se plantea como requisito que para dicha inscripción el padre o madre menor de edad debe estar acompañado de su representante legal.³⁵

Esta sentencia nace del análisis que la Corte Constitucional realiza sobre seis casos en específico de menores de edad que no pudieron inscribir a sus hijos por no encontrarse acompañados de un adulto. El estudio que realiza la Corte para poder decidir sobre esta prohibición se basa principalmente en las afectaciones que tienen los padres y en específico los hijos que no son debidamente inscritos. Sin embargo, en el párrafo 176 se hace mención sobre la obligación que tiene el Estado de garantizar el goce al derecho de expresar la opinión libremente de los menores de edad.

Asimismo, plantea la obligación que se tiene de dar por sentado que todo niño, niña o adolescente se encuentra en la capacidad de formar su propia opinión y decisiones y con el derecho de poderlas expresar libremente. A su vez estipula que “cualquier decisión que se tome sin escuchar a las y los adolescentes en asuntos que les afecte carece de validez.”³⁶ Esto permite brindar importancia a lo que los menores expresen sin necesidad de comprobar si es que se encuentran aptos para brindar una opinión útil para el desarrollo de los procesos que los involucre. De igual forma, afirma en el hecho de que

³⁵ Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, R.O Suplemento 353, de 23 de octubre de 2018.

³⁶ Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21, párr. 176.

escuchar la opinión de los menores es una obligación que se debe seguir en todos los casos, y obviar la misma afecta notablemente a los derechos de los menores. Esta sentencia brinda nuevamente a los menores de edad el real goce de sus derechos, principalmente el de la validación de su opinión en todos los casos.

5.1.3 Sentencia No. 42-21-CN/22

Por otro lado, la sentencia absuelve la consulta de constitucionalidad del artículo 37 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles ³⁷, el cual plantea que los padres de los menores de edad son los que podrán decidir sobre el orden en los apellidos al momento de la inscripción de los mismos. Esta consulta nace de un caso en específico en el cual las menores de edad buscaban el cambio en el orden de sus apellidos debido a las diversas afectaciones psicológicas que han sufrido por su apellido paterno en específico, y son las menores las que deciden tomar esta decisión de manera libre y voluntaria, pero debido a la manera en la que se encuentra escrita la norma no podían realizar este cambio.

La decisión que tomó la Corte Constitucional es para este caso en concreto y se debe aplicar el mismo análisis en casos análogos, es decir cuando exista una afectación a la integridad psíquica de los niños y niñas por el orden de apellidos que poseen. Para poder declarar la inconstitucionalidad de esta norma que se aplica en este caso en específico, se realizaron varios análisis los cuales incluían exámenes psicológicos y una prueba real de la afectación psicológica que sufrían las menores al tener el apellido de su padre primero que el de la madre. Además de la prueba que se implementó, fue necesario e imprescindible escuchar la opinión que tenían las menores de edad sobre este cambio y las razones para tomar esta decisión.

Es por esto que la Corte recalca la vital importancia que implicó el escuchar a las menores de edad para poder tomar una decisión que beneficie a las mismas y que dejen de ser objeto de burlas y hostigamientos como lo han sido a lo largo de su vida. En el párrafo 50 se puede ver que las menores fueron escuchadas en una audiencia reservada, y que ellas:

“en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como del principio de evolución de facultades, han sido quienes han manifestado a sus padres su deseo de

³⁷ Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles [LOGIDAC], R.O Suplemento 684, de 04 de febrero de 2016, reformado por última vez R.O. 345 de 08 de diciembre de 2020.

cambiar el orden de sus apellidos con el fin de sobrellevar el hostigamiento y los insultos a los que han sido sometidas y evitar que sus afectaciones psicológicas continúen.”³⁸

Debido a que la norma que se aplica en estos casos no permitía que los menores sean quienes escojan el orden de sus apellidos, fue necesario escuchar la opinión de las menores, considerarla y valorarla para aplicarla en el caso y que ellas puedan gozar de una vida digna sin afectaciones psicológicas. De igual forma, esta sentencia sienta el precedente en su decisión de que en estos casos en específico cuando se busque el cambio del orden de apellidos de los menores cuando estos sufran afectaciones psíquicas, se debe escuchar la opinión de los menores involucrados y considerarla siempre en base al principio de evolución de sus facultades y precautelando el interés superior del niño.³⁹

Tomando como base las tres sentencias planteadas anteriormente, se puede concluir que la Corte Constitucional ha tomado decisiones que permiten el goce absoluto de los derechos de los niños y niñas, principalmente relacionado con la oportunidad de expresar su opinión en los casos que los involucren y que la misma sea valorada de la debida forma para que las decisiones beneficien a los mismos en su vida y desarrollo. Entre las tres sentencias existen muchas más similitudes que diferencias sobre la valoración de la opinión de los menores y la importancia que se le debe dar a la misma en las decisiones que los tribunales tomen. La sentencia 13-18-CN/21 y No. 42-21-CN/22 plantean la necesidad de aplicar parámetros para valorar la opinión de los menores, es decir que para que exista dicha valoración se debe tomar en consideración el desarrollo de sus facultades, su capacidad para expresar su opinión, su edad, grado de madurez, desarrollo de la personalidad, entre otros. Esto permite que se le escuche al menor, pero de igual forma, para considerar su opinión como punto clave en la toma de decisiones esta debe estar acompañada del análisis que se le haga al menor para valorar de la manera correcta lo que ellos expresen.

Sin embargo, la sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21 fija la exigencia de considerar que todos los menores se encuentran en la capacidad de expresar su opinión de manera adecuada para el buen desarrollo del proceso en el que se encuentren involucrados, y que ellos no son los encargados de comprobar que son capaces de hacerlo, sino que infaliblemente se debe valorar su opinión. Aquí no se plantea la necesidad de realizar un análisis sobre el desarrollo de sus facultades o el nivel de madurez que tengan,

³⁸ Sentencia No. 42-21-CN/22, párr. 50.

³⁹ Sentencia No. 42-21-CN/22, párr. 72.

sino que, no existe otra opción, sino la de escuchar siempre lo que los niños quieren decir sobre los casos que los envuelven.

En otro orden de ideas, las tres sentencias concuerdan en el supuesto de que si no se le brinda la valoración necesaria a dicha opinión o no se la toma en cuenta en lo más mínimo, las decisiones que un tribunal tome carecerán de absoluta validez, debido a la omisión que se realizó sobre lo que los niños y niñas expresan en relación a lo que les concierne. Esto se realiza con el fin de precautelar el interés superior del niño y convalidar lo que expresen a pesar de la edad o el desarrollo que posean.

Las decisiones que la Corte Constitucional ha tomado permiten ver un progreso con respecto a los derechos de los niños y niñas y como estos están siendo aplicados dentro del Ecuador. Esto brinda una nueva visión sobre los menores posicionándoles como seres relevantes y planteando el precedente de que ellos también son importantes sin importar la edad o madurez que posean.

5. 2 Desarrollo de los niños y niñas

5.2.1 Desarrollo cognitivo

Los niños y niñas conforme van creciendo y madurando experimentan lo que se conoce como el desarrollo. Este desarrollo es un proceso biológico que permite que el niño poco a poco adquiera madurez y llegue a la adultez que implica ser una persona autónoma en todos los ámbitos. Tal y como lo determina María Ovejero: “El desarrollo humano es el proceso de maduración que experimenta una persona en diferentes etapas y aspectos de su vida.”⁴⁰ Este desarrollo se da en varias esferas de la vida de una persona, ya que existe desarrollo biológico, cognitivo, social, emocional, físico, psicológico, entre otros. Asimismo, es necesario que para que el desarrollo de los niños y niñas se lleve de la mejor manera, este se encuentre ligado con ciertas características, tales como: continuidad en el desarrollo, acumulación de los aprendizajes y experiencias previas, diferenciación entre las percepciones de uno mismo, el resto y los aprendizajes que se tiene a lo largo de nuestra vida, organización de las habilidades que se adquiere de manera paulatina conforme al desarrollo e interacción porque el desarrollo es el resultado de como

⁴⁰ María Ovejero Hernández, *Desarrollo cognitivo y motor* (Madrid: Macmillan Iberia, S.A, 2013), 7.

interactúan nuestras habilidades cognitivas, sociales y físicas brindando un resultado.⁴¹ Esta caracterización se basa específicamente en la teoría de la psicología evolutiva, la cual es una rama de la psicología que analiza el desarrollo de los seres humanos conforme estos van creciendo y en las diferentes etapas de su vida junto con la influencia que puede tener su ámbito social, económico, sus aspectos biológicos, cognitivos, entre otros.

Debido a la gran variedad de teorías psicológicas en las que se basa el desarrollo de los niños y niñas, no existe una definición o un concepto global o universal sobre la infancia o la edad en la que a los niños se les puede considerar maduros e independientes. Esta variación se debe por el contexto social, económico y cultural en el que cada uno de los niños se encuentra inmerso. Sin embargo, a pesar de las diferencias que se encuentran en cada una de las teorías que estudia el desarrollo de los niños y niñas, cada una de estas teorías se basan en reconocer que los niños crecen y se desarrollan, y debido a estos sus facultades e independencia van evolucionando conforme a su edad. La diferencia entre las teorías parte de cuando los menores empiezan a evolucionar, de qué manera su desarrollo surge y cuando ya se los puede considerar como independientes.⁴² Esta diferencia se da a pesar de que cada una de las teorías toma como punto de partida el hecho de que los niños se desarrollan y se transforman en seres maduros y autónomos.

Varios investigadores junto con las teorías que proponen, creían en el modelo de desarrollo de los niños por etapas y que este desarrollo cumple con el apartado del orden natural de la vida en donde los niños y niñas poco a poco y de acuerdo a cómo van creciendo su evolución sigue su progreso hasta que llegan a la edad adulta. Por ejemplo, Jean Piaget fue uno de los mayores exponentes de las teorías del desarrollo de los niños, sin embargo, su teoría se basaba en que los menores de edad se desarrollaban en etapas distintas y que en cada de estas etapas tiene relación directa con la edad de los mismos y que no podían saltarse de una etapa a otra⁴³, es decir, un niño de cuatro años no podía tener el desarrollo de un niño mayor o menor a él, sino que debe cumplir con su etapa de acuerdo a la edad que tenga.

Según lo que Ovejero plantea, el desarrollo cognitivo implica todas las capacidades que un niño conforme crece adquiere de acuerdo a su ambiente y logra

⁴¹ María Ovejero Hernández, *Desarrollo cognitivo y motor*, 7.

⁴² Gerison Lansdown, "La evolución de las facultades del niño", *UNICEF Centro de Investigaciones Innocenti* (2005), 25.

⁴³ *Ibidem*.

conocerlas y controlarlas.⁴⁴ Este desarrollo cognitivo tiene relación con los diversos procesos mentales, sin embargo, la inteligencia, memoria, reflexión y razonamiento son los procesos principales que influyen en el desarrollo de los menores de edad y que estos sean capaces de participar de manera efectiva dentro de un proceso judicial. Se dice que si alguno de los procesos falla, sea de manera considerable o no, se llega a la conclusión de que el desarrollo no se dio adecuadamente y por lo tanto el menor no se encontraría en la capacidad de valerse por sí solo en cualquier aspecto de su vida.

Se puede evidenciar que es erróneo considerar que todos los niños solo por el hecho de serlo no pueden expresar su opinión sin que la misma se encuentre ligada a presupuestos de que su opinión no es válida o carece de importancia debido a que los procesos mentales de un niño no son iguales a los estándares o a lo que se consideraría como normal. Cada uno de los procesos mentales varían de un individuo a otro y no se puede tener un procedimiento estándar para cada uno de estos procesos, sino que los mismos se encuentran influenciados por el ambiente del menor, la manera en la que el niño o niña procesa los eventos y su capacidad de retención y respuesta. Por esta razón, no se puede aplicar la regla de que la opinión de todos los niños carece de validez solo por el hecho de que son menores y no han alcanzado el nivel de desarrollo óptimo como para expresar su opinión adecuadamente, ya que es evidente de que estos procesos no se siguen reglamentariamente y cambian y dependen de cada persona en particular.

En este sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia No. 2691-18-EP/21 en donde se plantea que el escuchar la opinión de los niños y la valoración que se realice a la misma debe realizar en base al desarrollo cognitivo de cada uno de ellos, ya que:

“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”⁴⁵

Esto evidencia que la valoración de la opinión no se la realiza de manera arbitraria, sino que siempre se debe considerar el grado de desarrollo que poseen los

⁴⁴ María Ovejero Hernández, *Desarrollo cognitivo y motor*, 109.

⁴⁵ Sentencia No. 2691-18-EP/21, Corte Constitucional, 10 de marzo de 2022, párr. 41.

menores de edad con el fin de proteger sus derechos y velando por el interés superior del niño en las decisiones que tome el juez. Es decir, no se puede valorar la opinión de manera aislada, sino siempre considerando su desarrollo.⁴⁶

Dentro de la legislación ecuatoriana, especialmente en el CONA, existe una mezcla de conceptos cuando se regula los casos en los que los niños y niñas pueden opinar dentro de un proceso en el que se ventilen sus derechos o los mismos tengan una clase de interés. Asimismo, no existe una conceptualización clara cuando esta ley hace referencia a que se valorará la opinión del menor cuando este se encuentre: “en condiciones de expresarla.”⁴⁷ La mezcla de conceptos no permite la aplicación de los diversos tipos de desarrollo que un menor tiene a lo largo de su vida, ya que, en principio se regula el ejercicio progresivo de los derechos de los niños y niñas⁴⁸ pero en ciertos artículos de la misma ley no se hace mención alguna a este concepto y se deja para una libre interpretación en referencia a cuando el menor se encuentre en la condición de expresar su opinión.

Este problema se lo puede evidenciar a lo largo del CONA. Para ejemplificar esta dificultad se puede analizar los artículos 13, 60, 106 y 228 de dicha ley en donde se emplea expresamente los términos: “de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez”⁴⁹ lo cual demuestra que la opinión de los niños será valorada en base al desarrollo que los mismos posean y la edad que tengan. Esta visión es la que se debería aplicar en la legislación ecuatoriana, ya que, según lo planteado anteriormente ningún menor es igual al otro en temas de desarrollo y madurez, es decir que no se puede basar en el principio de que el desarrollo de los niños funciona de la misma manera para todos y en cada una de las etapas de los mismos.

Sin embargo, esta visión solamente se sigue en los cuatro artículos del CONA expuestos con anterioridad, debido a que a lo largo de esta Ley no se continua con este planteamiento. Esto se puede observar en los artículos 11, 164, 238, 249, 253 y 295 en donde se expone que se escuchará la opinión del niño o niña: “que esté en condiciones de expresarla.”⁵⁰ Dentro de estos artículos no se plantea en base a que parámetros se debe escuchar la opinión del menor de edad, tal y como lo hacen solamente cuatro artículos de

⁴⁶ Ver Sentencia No. 2691-18-EP/21, párr. 42.

⁴⁷ Artículo 11, CONA.

⁴⁸ Artículo 13, CONA.

⁴⁹ Artículo 13, CONA.

⁵⁰ Artículo 295, CONA.

esta ley, sino que se estipula que se realizará esta acción solamente cuando estos se encuentren en la capacidad de hacerlo. Esta formulación de palabras provoca que no exista, en la ley, una determinación clara de la forma en la que se debería escuchar a la opinión de niños y niñas, porque no se establece en que momentos o bajo qué condiciones se debe encontrar el mismo para que la ley considere que se encuentra apto para expresar su opinión y que esta sea valorada por el juez de un proceso judicial.

Esta clase de vacíos o confusión de los términos que se utilizan en una ley en específico no permite la adecuada aplicación de las normas, en vista de que por lado se estipula concretamente los momentos en los que se escuchará la opinión de un niño o niña, y esto es en base a su nivel de desarrollo y madurez, (enunciado correcto), pero dentro de esta ley en vez de continuar con el planteamiento anterior y la misma línea de análisis, se deja a una libre interpretación de cuando son capaces de expresar su opinión. La tergiversación que se sufre por el uso diferenciado de los términos, no permite conocer con exactitud qué principio se sigue de acuerdo a las normas ecuatorianas y abre paso a dos posibles caminos por los cuales el juez puede avanzar en un proceso, lo cual podría ocasionar indefensión y vulneración de los derechos de los menores de edad.

5.2.2 Diferencia en el desarrollo de niños y niñas

Las diferencias físicas que existen entre hombres y mujeres son evidentes, se ha considerado que existen diferencias sustanciales en el funcionamiento cerebral:

“Hombres y mujeres son diferentes no porque hayan sido socializados de manera diversa, sino porque sus diferencias en conducta, cogniciones, valores y preferencias son parte de la naturaleza humana femenina y masculina distintas desde el nacimiento.”⁵¹

Esta concepción durante años ha condicionado las respuestas sociales y normativas; sin embargo, los estudios disponibles dan cuenta de que esto no es así. Como ejemplo María Elena Mathiesen en conjunto con otros investigadores realizaron un estudio psicológico ⁵² con menores de edad para establecer si existían diferencias en el desarrollo cognitivo de estos individuos según su sexo.

⁵¹ María Elena Mathiesen, “Diferencias en el desarrollo cognitivo y socioemocional según sexo”, *Estudios Pedagógicos XXXIX*, 2 (2013), 200.

⁵² Ver María Elena Mathiesen, “Diferencias en el desarrollo cognitivo y socioemocional según sexo”, 200.

Los resultados arrojados por el estudio que realizó Mathiesen concluyeron que no existen diferencias substanciales entre hombres y mujeres en relación a su desarrollo cognitivo y por lo tanto, se puede decir que ambos sexos se desarrollan de la misma manera y sin ventajas frente al sexo opuesto. Gracias a este estudio se conoce que el desarrollo de los menores se produce de la misma manera tanto en hombres como mujeres, y por lo tanto no debería existir diferencias en base al sexo para conocer cuando una persona alcanzó un grado de madurez.

Dentro de la normativa ecuatoriana el artículo 21 del CC diferencia la edad en la que tanto hombres como mujeres son considerados incapaces relativos: “ Llamase infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce [...]”⁵³ Sin embargo, esta diferenciación no se la realiza en base a la madurez psicológica, sino a la madurez sexual y la capacidad de reproducirse que adquieren los niños y niñas acorde a su edad. Este planteamiento es una herencia romana ya que equiparan madurez sexual con madurez psicológica, expresión errónea porque como se planteó anteriormente, no existen diferencias relevantes en relación al sexo de una persona.

5.3 Valoración de la opinión de los niños y niñas en procesos judiciales

5.3.1 ¿Qué es la valoración de la opinión?

El derecho que tienen los niños y niñas de expresar su opinión en los casos que los involucren o donde se ventilen sus derechos e intereses, no solamente abarca el hecho de que se debe escuchar al menor, sino que después de que se escucha la opinión del niño, se debe valorar la misma con el fin de poder tomar una decisión en concordancia con lo que expresó y buscando siempre que se cumpla con el interés superior del niño. En síntesis, la valoración incluye el poder opinar y que se considere su opinión. Muñoz y Vuanello definen a la valoración de la opinión en el sentido de que: “[e]s importante reconocer que no les basta con expresarse, sino que para que la participación sea tal precisan que se les considere en las acciones.”⁵⁴ Es decir, el juez para poder tomar una

⁵³ Artículo 21, CC.

⁵⁴ Mariela Muñoz & Roxana Vuanello, “Los derechos de la niñez desde sus voces. Desafíos para su reconocimiento político”, *Estudios Socio-jurídicos* 23 (2021), 18.

decisión en un proceso judicial en el cual se encuentre inmerso un menor, debe valorar la opinión que emitió el menor y hacerla parte de la resolución que tomará.

Esto se relaciona con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño,⁵⁵ en donde se estipula el derecho de los niños de expresar su opinión y que la misma sea valorada y tomada en cuenta en los procesos que involucre a menores. Asimismo, el hecho de no valorar la opinión de los menores acarrea el riesgo de que estos no sean parte del proceso porque se toman decisiones aisladas a su realidad y a su vez, no se cumple con el interés superior del niño. Esto lo plantea la Observación General No. 14 del Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño al esclarecer que:

“Si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior.”⁵⁶

El omitir validar la opinión que expresa un menor viola el derecho que estos tienen de expresar su parecer. De igual forma, es necesario aclarar que todo niño tiene derecho a que su opinión sea valorada sin importar la situación en la que este se encuentre, esto en referencia a que los menores considerados como vulnerables (niños con discapacidad, grupos minoritarios y migrantes) tienen el mismo derecho de expresar su opinión en los procesos judiciales y su situación de vulnerabilidad no reduce la importancia que se le debe otorgar a su opinión.⁵⁷ Estos parámetros son planteados con el fin de que los derechos de los niños se cumplan en su totalidad y no se omita el cumplimiento de velar por el interés superior del niño.

En este sentido, la Corte Constitucional dentro de la sentencia No. 13-18-CN/21 recalca el hecho de que no solo se debe escuchar la opinión de los menores de edad, sino que se la debe valorar considerando su desarrollo, ya que su opinión es relevante para la decisión que se tome.⁵⁸ Lo que se considera como valoración de la opinión se recoge en esta sentencia con el fin de determinar en qué circunstancias se comete un delito y en cuales la decisión del menor de edad fue libre y voluntaria para determinarse por sí solo con respecto al consentimiento sexual.

⁵⁵ Artículo 12, Convención sobre los Derechos del Niño.

⁵⁶ Párr. 53, Observación General No. 14 del Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño.

⁵⁷ Párr. 54, Observación General No. 14 del Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño.

⁵⁸ Sentencia No. 13-18-CN/21, párr. 69.

Asimismo, la sentencia No. 28-15-IN/21 plantea que el escuchar a los menores de edad no solamente es un derecho como tal, sino que esto da paso a que se pueda establecer el interés superior del niño. El no cumplir con este presupuesto deja al derecho sin su efecto útil y elimina la eficacia de los niños y niñas a ser escuchados.⁵⁹

5.3.2 Importancia de la valoración de la opinión de los niños y niñas en un proceso judicial

El poder valorar la opinión que los niños expresan no solamente tiene importancia en el proceso como tal, ya que si es que en verdad se toma en cuenta lo que los menores manifiestan, se podría cambiar la decisión de los jueces y beneficiaría de mayor forma los intereses de los menores, debido a que de cierta forma los niños saben y conocen que es lo que desean en un proceso que los involucra y aspiran que la decisión que el juez tome se encuentre acorde con sus aspiraciones.

Asimismo, el valorar lo que los menores expresan en el proceso implica que se respeten los derechos de los niños y a su vez que estos tengan un efectivo acceso a la justicia. El acceso a la justicia es definido como: “la posibilidad de obtener una justa y oportuna reparación a las violaciones de derechos.”⁶⁰ El hecho de que se valore la opinión de los niños permite que estos tengan acceso al sistema de justicia y a su vez que se vele por sus derechos, por lo que se toma en cuenta el deseo que tienen en relación a la decisión que toma un juez. A su vez, esta valoración abre paso a la posibilidad de que los menores realicen reclamos y exijan tanto la responsabilidad del Estado como de otros implicados en los procesos cuando sus derechos están siendo vulnerados.⁶¹ Es importante valorar la opinión de los menores porque ellos son los que conocen de primera mano los hechos del caso como tal y a su vez son quienes sufrirán las consecuencias de una buena o mala decisión que se tome en un proceso.

Por otra parte, la importancia de valorar la opinión de los niños trasciende a otro tipo de casos como lo son los procesos penales que involucran a un menor. La Observación General No. 10 del Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño establece que en los procesos penales en los cuales se busque imponer una medida sustitutiva, es necesario escuchar la opinión del menor con el fin de que se tome: “en

⁵⁹ Sentencia No. 28-15-IN/21, Corte Constitucional, 24 de noviembre de 2021, párr. 212..

⁶⁰ William Fernández, “La autonomía progresiva del niño y su participación en el proceso judicial”, *Vox Juris* 34 (2017), 179.

⁶¹ William Fernández, “La autonomía progresiva del niño y su participación en el proceso judicial”, 179.

cuenta los deseos o preferencias que el niño pueda tener al respecto”⁶² De esta forma, el menor tiene una participación efectiva en el proceso porque tiene conocimiento de la respuesta más apropiada que brinda el Estado para saldar las infracciones a la ley penal. De igual forma, esta participación activa del menor a través de la valoración de su opinión ha demostrado tener resultados positivos en la aplicación de las medidas sustitutivas al menor.⁶³ Esto demuestra una vez más la importancia de considerar la opinión de los menores.

La importancia de valorar la opinión de los niños y niñas se ve reflejada en la decisión que tomo la Corte Constitucional en la sentencia No. 42-21-CN/22 ya que el hecho de realizar esta valoración permitió cumplir la voluntad de las menores de edad evitando así que las mismas continúen con una afectación a su integridad psíquica y que estas se puedan desarrollar de la manera correcta. Esta importancia es trasladada al cumplimiento del principio del interés superior del niño.

5.3.3 Errónea aplicación de la valoración de la opinión de los niños y niñas en Ecuador

La valoración de la opinión de los niños y niñas dentro de la legislación ecuatoriana no es un principio totalmente firme debido a las inconsistencias que existe en la normativa que se aplica en el país. Por un lado se encuentra el CONA, en donde se estipula que se tendrá en cuenta la opinión de los niños y niñas: “en la medida de su edad y madurez”⁶⁴, lo cual permite realizar un análisis de su expresión considerando su desarrollo progresivo. Por otro lado, se encuentra la normativa del CC y COGEP en donde para poder valorar la opinión de un menor es necesario que este comparezca dentro de un proceso judicial acompañado de sus padres, representante legal o tutor, lo cual limita por completo el simple accionar de los menores.

Dentro del COGEP se encuentra el artículo 32 en donde se establece claramente la manera en la cual los menores pueden comparecer dentro de un proceso judicial:

⁶² Párr. 45, Observación General No. 10 del Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Artículo 60, CONA.

“Las niñas, niños, adolescentes, y quienes estén bajo tutela o curaduría, comparecerán por medio de su representante legal. Las personas que se hallen bajo patria potestad serán representadas por la madre o el padre que la ejerza. [...]”⁶⁵

Esto demuestra que a pesar de que los menores de edad pueden comparecer dentro de un proceso judicial es necesario que lo hagan junto a su padre, madre o representante legal, lo cual brinda la premisa de que si es que los niños no comparecen de esta manera, su accionar no será considerado dentro del proceso. Por lo tanto, esto se puede interpretar en el sentido de que se valorará la opinión que brinden los menores solamente si es que estos se encuentran acompañados de una persona mayor que valide su accionar a pesar de que dentro del proceso se ventilen interés y derechos que solamente involucren al menor. Sin embargo, este acompañamiento o representación del menor de edad debe seguir los parámetros establecidos en la Observación General No. 14 del Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño la cual plantea que el representante debe expresar la opinión de los niños y niñas y no el parecer del adulto y que en el caso de conflictos con el representante el menor de edad tiene derecho a tener otra clase de representación.⁶⁶

De igual forma, en el CC se estipula la capacidad procesal que pueden tener las personas dentro de los procesos judiciales. En el artículo 1463 se plantea la incapacidad que tienen los impúberes, es decir los menores de edad. La incapacidad que se les otorga es absoluta y por lo tanto: “Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.”⁶⁷ Con este artículo se evidencia que la valoración que se le brinda a los menores de edad con respecto a la opinión que expresan en los procesos judiciales que los involucran no es total, ya que al considerar a los menores como incapaces, no se los puede considerar como parte esencial del proceso y por lo tanto su opinión carece por completo de validez si es que esta fue manifestada sin la compañía de la persona que se encuentra a cargo de su cuidado. Sin embargo, se debe recordar que la capacidad a la cual hace referencia el CC se refiere a la capacidad de obligarse de manera autónoma, lo cual contrasta con lo que se plantea en el artículo 65, último inciso del CONA y las reglas de capacidad procesal recogidas en el COGEP. Este concepto es netamente civilista pero se los traslada a otras esferas de la vida y es ahí donde surge el problema, porque se refiere

⁶⁵ Artículo 32, COGEP.

⁶⁶ Párr. 90, Observación General No. 14 del Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño.

⁶⁷ Artículo 1463, CC.

solamente a la incapacidad que tienen los menores de edad de obligarse por sí solos, más no de actuar o expresar su opinión de manera libre.

Dentro del Ecuador, la valoración de la opinión de los niños y niñas depende del momento en la que esta se emita, el grado de desarrollo del niño y sobre todo de la legislación ecuatoriana, en donde por una parte se estipula que se valorará lo que el menor exprese y por otra parte esta valoración se encuentra condicionada por las personas que acompañen al menor a comparecer dentro del proceso. Esto evidencia la errónea aplicación de la valoración de la opinión de los niños y niñas debido al conflicto de otorgar poca o nula valoración a la misma.

5.3.4 Parámetros de aplicación para valorar la opinión de los niños y niñas

Se ha evidenciado que dentro del Ecuador la valoración de la opinión de los menores de edad no se aplica de la manera en la que debería con el fin de garantizar el derecho que estos tienen. Es por eso que diversos parámetros se deben aplicar para que se valore la opinión que emiten dentro de los procesos que los involucran. Para esto se debe tomar en cuenta siempre y en todos los casos el grado de desarrollo, madurez y la edad que el menor tiene para poder realizar esta valoración.

Se debe recordar que este análisis se lo realiza para brindar una mejor decisión a los casos que conciernen a los menores y por lo tanto:

“la obligación de oír al menor no es equiparable con la de aceptar su deseo, ya que en cada caso el juez deberá lograr un grado óptimo de congruencia entre las necesidades subjetivas que el niño expresa y las necesidades objetivas relativas a su adecuado proceso de socialización, teniendo siempre en cuenta el mejor interés del niño.”⁶⁸

Es decir, no se puede hacer un análisis aislado de la realidad en la que se encuentra un menor, sino que siempre se debe considerar la manera en la que este se desarrolla y los niveles de madurez y de percepción que tiene sobre el caso en concreto.

Claudia González propone ciertos pasos que se debería seguir con el fin de realizar un correcto análisis sobre la manifestación de los menores en los procesos, estos son: “a) si el niño, niña o adolescente involucrado está en condiciones de formarse un juicio propio; b) si puede expresar su opinión libremente y por último, c) siempre se

⁶⁸ María Matilde Risolía, “La opinión del niño y la defensa de sus derechos”, en *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, dir. de Grosman (Buenos Aires: Editorial Universidad S.R.L, 1998), 266.

tomarán en cuenta la edad y madurez del menor involucrado.”⁶⁹ Estos parámetros permiten realizar una correcta valoración de la opinión que expresan los niños y niñas en relación a su edad, desarrollo y madurez, con la finalidad de que las decisiones que se tomen beneficien a los menores y a su vez no los perjudiquen simplemente por el hecho de querer tomar en cuenta lo que manifiesten.

Si bien es importante valorar lo que los menores opinen sobre el caso que los concierne, esta consideración a su opinión no puede en ninguna circunstancia afectar a los niños o vulnerar sus derechos. Por eso, es importante analizar esta opinión en base a los parámetros de su desarrollo y madurez con el fin de evitar afectaciones en el proceso y a la larga en la vida de cada uno de los menores. Aplicando estos parámetros se cumple con lo que se plantea en la Observación General No. 12 del Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, la cual analiza el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y plantea que la valoración de la opinión de los menores debe realizarse siempre en función de la edad y madurez del niño.⁷⁰

En este sentido, a pesar de que existe una confusión dentro de la normativa ecuatoriana y esto implica una errónea aplicación de la valoración de la opinión, existe un protocolo de entrevistas forenses para niños víctimas de violencia sexual⁷¹ que se aplica en Ecuador en donde además de presentar como se debe llevar a cabo una entrevista para menores víctimas, aplica parámetros para considerar lo que los menores digan sobre el hecho suscitado en base a su desarrollo y edad. Esto implica un avance en el Ecuador y la manera en la cual se pueden aplicar estos parámetros para que la valoración de la opinión de los menores se lo haga de la manera adecuada y con el fin de que se beneficie a los menores con las decisiones que se tomen en los procesos judiciales en donde se tratan interés y derechos de los mismos.

Diversos parámetros para valorar la opinión de los niños han sido recogidos por la jurisprudencia ecuatoriana dentro de las sentencias que la Corte Constitucional ha dictado. La sentencia No. 13-18-CN/21 presenta criterios a considerar en los casos que se refieren al consentimiento sexual de los menores de edad.⁷² Dichos parámetros permiten

⁶⁹ Claudia González, “El principio de autonomía progresiva y su alcance jurisdiccional. Su construcción en la legislación y jurisprudencia mexicanas.”, *Revista de Ciencias Sociales* 79 (2021), 229-230.

⁷⁰ Párr. 1, Observación General No. 12 del Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño.

⁷¹ Protocolo entrevista forense para niños víctimas de violencia sexual, Resolución, Consejo de la Judicatura 116, 04 de enero de 2019.

⁷² Ver Sentencia No. 13-18-CN/21, párr. 87.1.

valorar la opinión de los menores de edad de la manera correcta, dejando así un precedente de cómo se debe realizar este análisis para beneficiar a los menores de edad. Por otro lado, la sentencia No. 2691-18-EP/21 recoge medidas planteadas dentro de la Observación General No. 12 del Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño las cuales buscan garantizar el derecho de los niños y niñas de ser escuchados.⁷³ Estas medidas no solo se las aplica con la finalidad de garantizar el efectivo goce de los derechos de los niños y niñas, sino también escuchar al niño y valorar la opinión de estos de manera efectiva y resguardando en todo momento el interés superior del niño.

Gracias a las decisiones que la Corte Constitucional ha emitido se puede ver un gran avance en la normativa ecuatoriana en relación a los derechos de los niños y niñas, en especial el derecho a ser escuchados y que se valore su opinión. Las diferentes sentencias no solo reiteran los derechos que los menores de edad poseen y la importancia que se le debe brindar a los mismos, sino que, plantea criterios tales como: el acompañamiento de menores para que comparezcan, análisis particular de cada caso con respeto al desarrollo progresivo de los menores, entre otros. La aplicación de estos parámetros es obligatorio para todos los administradores de justicia en el Ecuador para que se cumpla con la finalidad de velar por el interés superior del niño y el goce efectivo de sus derechos.

6. Conclusiones

El estudio que se realizó a la valoración de la opinión de los menores de edad en el Ecuador permitió llegar a las siguientes conclusiones. Primero, se evidenció a través de la jurisprudencia ecuatoriana el avance normativo que ha existido en el Ecuador gracias a las decisiones tomadas por este órgano. Esto refleja la importancia que tienen los derechos de los menores y como la Corte Constitucional resuelve los vacíos que existe en la normativa con la finalidad de que no se violen los derechos de niños y niñas. Estas sentencias permiten conocer la manera en la que se debe realizar el análisis de valoración de la opinión tomando en cuenta siempre el desarrollo progresivo, edad y madurez del menor de edad.

Por otro lado, se demostró la manera en la cual los niños y niñas se desarrollan en el ámbito cognitivo en base a las diversas teorías psicológicas. Esta indagación permite

⁷³ Ver Sentencia No. 2691-18-EP/21, párr. 45.

concluir que no se puede realizar un análisis de manera general, sino que se debe realizar caso por caso ya que los menores de edad no se desarrollan de manera categórica ni de la misma forma siempre, por lo tanto, el grado de valoración que se le dará a la opinión de un menor dependerá de su desarrollo cognitivo, comprobando así que no se puede estipular una regla de que a determinada edad los niños y niñas son capaces de expresar su opinión y que la misma será válida solamente por la edad que tienen. Esto va de la mano con la contradicción que existe dentro del CONA y COGEP en relación a la capacidad que tienen los niños y niñas en los procesos judiciales.

De igual forma, a través de la doctrina se logró definir que es la valoración de la opinión y la importancia que tiene el realizar este análisis para el efectivo goce de los derechos de los niños y niñas. Esta valoración también se encuentra presente en las decisiones que tomó la Corte Constitucional sentando así precedentes del alcance de la valoración y dejando claro que si es que no se toma en cuenta la opinión de los menores de edad, la decisión que tome el juez carecerá por completo de validez.

Asimismo, se presentaron los parámetros que los administradores de justicia deben emplear para valorar la opinión de los niños y niñas. Estos parámetros son basados en las decisiones de la Corte Constitucional las cuales se encuentran en sentencias que abordan el tema del derecho a ser escuchados, brindando así un sentido amplio sobre lo que acarrea este derecho, lo cual va a la par de valorar siempre lo que los menores de edad expresan. Gracias a estos parámetros se conoce que el análisis de valoración debe realizarse tomando en cuenta el desarrollo de los niños junto con su edad y madurez. También se sabe que no todos los niños y niñas se desarrollan de igual forma y por lo tanto no se puede establecer una regla de edad de cuando si se valora la opinión o no, sino que se debe analizar caso por caso ya que esto permite el goce de los derechos de los niños.

El valorar la opinión de niños y niñas permite que estos gocen de manera efectiva sus derechos y que sean parte esencial de un proceso que los involucra debido a la importancia que se le brinda a su opinión y porque son ellos mismos los que de cierta forma deciden que es lo que se hará dentro de su proceso. Todas las decisiones tomadas por la Corte Constitucional demuestran el gran avance que tiene la jurisprudencia ecuatoriana con respecto a la valoración de la opinión de los menores de edad y a su vez plantea la manera en la que se debe realizar dicha valoración con la finalidad de precautelar el interés superior del niño.