

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Alcance del derecho a un entorno familiar de los niños,
niñas y adolescentes migrantes en la legislación
ecuatoriana**

**Ana Carolina Pazmiño Harnisth
Jurisprudencia**

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

Quito, 23 de noviembre de 2023

© 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: Ana Carolina Pazmiño Harnisth

Código: 00214107

Cédula de identidad: 1722823711

Lugar y Fecha: Quito, 23 de noviembre de 2023

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UNPUBLISHED DOCUMENT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>.

**ALCANCE DEL DERECHO A UN ENTORNO FAMILIAR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES MIGRANTES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA ¹**

***SCOPE OF THE RIGHT TO A FAMILY ENVIRONMENT IN ECUADORIAN LEGISLATION
CONCERNING MIGRANT CHILDREN AND ADOLESCENTS***

Ana Carolina Pazmiño Harnisth²

RESUMEN

El trabajo tiene como objetivo comprender el alcance del derecho al entorno familiar en la normativa ecuatoriana respecto de los niños, niñas y adolescentes migrantes y entender cómo se tutela este importante derecho en Ecuador. Para llegar a esta conclusión se realizó un análisis de la normativa ecuatoriana teniendo como parámetro la observación general conjunta 4 emitida por la ONU y separando a los NNA en acompañados y no acompañados. Utilizando una metodología de análisis jurídico. Una vez que se realizó esta revisión, se comprendió que la legislación ecuatoriana tiene un alcance suficiente respecto a este derecho con los NNA acompañados, mientras que con los no acompañados es insuficiente y limitada. Por lo que se concluyó que existe la necesidad de regular de manera más amplia la normativa referente a la protección de los NNA no acompañados migrantes en relación con el derecho al entorno familiar.

PALABRAS CLAVE

Derecho al entorno familiar, niños, niñas y adolescentes migrantes, no acompañados.

ABSTRACT

The purpose of this work is to understand the scope of the right to a family environment in Ecuadorian legislation concerning migrant children and adolescents, in order to comprehend how this crucial right is safeguarded in Ecuador. To arrive to this conclusion, an analysis of Ecuadorian legislation was conducted, using Joint General Comment 4 published by the UN as a reference, and categorizing children and adolescents (NNA) into accompanied and unaccompanied groups, employing a legal methodology of analysis. After this review was carried out, it was understood that Ecuadorian legislation adequately does cover this right for accompanied NNA, whereas it is inadequate and limited in the case of unaccompanied NNA. Therefore, it was concluded that there is a need for specialized regulation regarding the protection of unaccompanied migrant NNA in relation to the right to a family environment.

KEY WORDS

Right to a family environment, migrant children, unaccompanied minors.

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.

Fecha de lectura: 23 de noviembre de 2023

Fecha de publicación: 23 de noviembre de 2023

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. - 2. ESTADO DEL ARTE. - 3. MARCO NORMATIVO. - 4. MARCO TEÓRICO. - 5. DERECHO AL ENTORNO FAMILIAR EN FAMILIAS MIGRANTES EN ECUADOR- 6. ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN DE LOS NNA MIGRANTES - 7. APLICACIÓN DE MEDIDAS QUE BUSCAN PRECAUTELAR EL DERECHO AL ENTORNO FAMILIAR DE NNA MIGRANTES ACOMPAÑADOS EN ECUADOR. - 8. PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN DE NNA MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN ECUADOR. - 9. LA EDAD DEL NNA COMO ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN Y GARANTÍA DEL ENTORNO FAMILIAR - 10. ALCANCE DEL DERECHO AL ENTORNO FAMILIAR PARA GARANTIZAR EL LA REUNIFICACIÓN FAMILIAR - 11. CONCLUSIONES

1. Introducción

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad, entendida como la unión de un grupo de personas por un vínculo de filiación, alianza, consanguinidad o socio afectividad. Es así reconocida en el artículo 67 de la Constitución de la Republica del Ecuador³, CRE, y como derecho en el artículo 44 y 45 de la misma⁴, norma el derecho a un entorno familiar para los niños, niñas y adolescentes, NNA. Su función básica se encuentra desarrollada en el artículo 9 de Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia⁵, CONA, como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del NNA. Asimismo, el artículo 10 del mismo código⁶ establece el deber del Estado de ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia. En este sentido, está claro que la familia y el derecho a un entorno familiar están reconocidos y tutelados por la legislación ecuatoriana. Sin embargo, es importante establecer el alcance del derecho a un entorno

³ Artículo 67, Constitución de la República del Ecuador, CRE, Registro Oficial. 449, 20 de octubre del 2008, reformador por última vez 25 de enero del 2021.

⁴ Artículo 44 y 45, Constitución de la República del Ecuador, 2008

⁵ Artículo 9, Código de la Niñez y Adolescencia, CONA, Registro Oficial 737, 03 de enero de 2003, reformado por última vez el 29 de marzo del 2023.

⁶ Artículo 10, CONA.

familiar para los NNA de migrantes en Ecuador y cómo el Estado está obligado a tutelar este derecho.

De acuerdo con la información proporcionada por el Instituto Nacional de Estadísticas del Ecuador, INEC, en el año 2022 se registró un flujo migratorio de ingreso de personas extranjeras menores de 10 años de 60.934, y de 10 a 19 años de 93.872⁷. Es decir, la migración de familias con NNA en Ecuador actualmente ocupa un lugar importante en la población. Por ello se requiere una regulación precisa para este grupo, con el objetivo de garantizar adecuadamente su derecho al entorno familiar, para lo cual es fundamental analizar el alcance que la legislación ecuatoriana ha brindado al derecho a un entorno familiar a los NNA migrantes.

En este sentido, es preciso cuestionarse: ¿Cuál es el alcance del derecho a un entorno familiar de los niños, niñas y adolescentes migrantes en Ecuador en su legislación? Para esto, es importante revisar el estándar establecido por los instrumentos internacionales, partiendo de la observación general conjunta número 4 del Comité de Derechos del Niño (CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23)⁸, respecto del derecho al entorno familiar; de esta forma, es necesario fundar los parámetros que se deben tener en cuenta para tutelar el derecho en cuestión de los NNA migrantes en Ecuador. Con ello se podrá establecer, de manera clara y precisa, en qué medida la legislación ecuatoriana se basa en estos parámetros y, a su vez, el alcance de este derecho.

2. Estado del arte

El siguiente apartado comprende una revisión de la literatura referente a las familias migrantes, el derecho al entorno familiar de migrantes, y niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados. A partir de dicha revisión, se pretende fundamentar el objeto de análisis en importantes aportes realizados sobre el tema.

Giovanna Montero define a la migración como el desplazamiento de personas con ánimo de residencia, desde un lugar de origen a uno de destino. Se expone que las familias migrantes son aquellas que se desplazan y tienen vínculos familiares que deben

⁷ Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, INEC, acceso el 20 de noviembre de 2023, <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/entradas-y-salidas-internacionales/>.

⁸ Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, Observación general conjunta, Naciones Unidas, CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23, 16 de noviembre del 2017.

cumplir con los requisitos de familiaridad y dependencia⁹. Esto con el objetivo de comprender el alcance de protección de familias migrantes, en especial la de los niños, niñas y adolescentes que son integrantes de estas familias.

A su vez Norberto Liwski, sobre la migración de niños, niñas y adolescentes, expresa que se reconoce la libertad de circulación y residencia de las personas, por esto los Estados deben proteger y garantizar los derechos de los NNA, al momento de migrar o de no migrar¹⁰.

En este sentido, sobre el derecho a un entorno familiar de familias migrantes, Annie Valarezo Reyes, Mileni Diaz Noblecilla y Mónica Ramón Merchán sostienen que el principio de derecho a la vida familiar y a la reunificación debe aplicarse en todas las medidas de protección de los NNA; entiéndase a la reunificación familiar es velar por una verdadera unidad familiar y con ello proteger los derechos humanos de los NNA. Por esta razón, se intenta establecer a la reunificación familiar como unos de los principios y derechos de la niñez migrante¹¹. Así, esta investigación refleja la importancia de la reunificación familiar y el derecho al entorno familiar en la protección de los NNA migrantes en Ecuador.

Entendiendo la importancia de este derecho, Isaac Ravetllat indica que el procedimiento a seguir con los NNA no acompañados migrantes, primordialmente, se debe tomar como eje transversal el interés superior del niño y el derecho a la reunificación familiar es uno de los derechos más importantes en estos casos. Por ello, el primer paso a seguir en Chile es contactar con su familia y realizar todas las gestiones tendientes a conseguir la reunificación familiar¹². Es así como se procura el derecho al entorno familiar de los NNA, siendo una medida de ultima ratio la residencia del Servicio Nacional de Menores del NNA.

Por otro lado, Leidy Duque expone que los NNA migrantes no acompañados se encuentran en situación de vulnerabilidad por los riesgos propios de su edad, por este

⁹ Nancy Montero, “La protección de la unidad familiar de los migrantes como garantía de Derechos Humanos.” *Tesis doctoral Universidad Autónoma del Estado de Morelos*, (2023), recuperado de: <http://riaa.uaem.mx/handle/20.500.12055/3946>.

¹⁰ Norberto Liwski, “Migraciones de niñas, niños y adolescentes bajo el enfoque de derechos” *Special Forum on Migration Issues* Vol. 17 (2008).

¹¹ Annie Valarezo, Mileni Diaz y Mónica Ramón “El derecho a migrar de los niños, niñas y adolescentes en situación de movilidad humana”, *Polo del Conocimiento: Revista científico-profesional*, Vol. 7 1(2022): 1328-1347.

¹² Isaac Ravetllat, “El procedimiento de retorno asistido de los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados o separados de sus referentes familiares en la normativa migratoria chilena”. *Revista de derecho*, Editorial Valdivia, 35(1), (2022), 237-257, recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502022000100237>

motivo se analiza la situación de los menores de edad no acompañados de cara con el derecho a crecer en una familia que garantice sus derechos. Concluye que en Colombia, en caso de que no sea posible la reunificación familiar, se debe dar protección institucionalizada, en la cual, a la autoridad administrativa le corresponde asumir la representación legal de los NNA¹³. Dentro del análisis se estudia el fuero nacional como uno de los problemas para garantizar el derecho a un entorno familiar, de la misma forma plantea la problemática de cómo garantizar el derecho a un entorno familiar con la institucionalización y normativización de los incidentes relacionados a los NNA no acompañados.

3. Marco normativo

Con el objetivo de comprender la normativa principal que existe respecto al derecho al entorno familiar, como esta busca garantizar este derecho en relación y lo que se expresa en relación con los NNA migrantes, dentro del marco internacional y nacional, es importante exponer los principales cuerpos normativos con los que se trabajará.

3.1. La Convención sobre los Derechos del Niño, 1989

La normativa internacional, en específico la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴, enmarca la obligación para con los NNA por parte de los Estados miembros. Tiene como objetivo establecer estándares de protección especial a los derechos de las NNA, los cuales vinculen y obliguen a los Estados parte a cumplirlos. Se reconoce el derecho a la familia y reunión familiar de los NNA, priorizando a la familia bajo cualquier circunstancia del NNA; esta incluye, por ejemplo, que se encuentre en situación de movilidad humana, que los padres se encuentren en proceso de deportación y los niños privados de su medio familiar, como es el caso que nos ocupa en este análisis.

3.2. Constitución de la República del Ecuador

Es fundamental considerar la normativa nacional en relación con los derechos consagrados en la Constitución sobre el entorno familiar, la convivencia y la reunificación familiar¹⁵. Estos derechos constituyen los mínimos indispensables que deben respetarse al asegurar los derechos de los NNA migrantes presentes en el territorio ecuatoriano. Esto

¹³ Leidy Duque, “La tensión entre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella y el principio de no devolución de niños, niñas y adolescentes no acompañados y con reconocimiento de refugio en Colombia” *Revista Academia & Derecho*, 12(2021).

¹⁴ Convención Sobre los Derechos del Niño, New York, 5 de diciembre del 1989, ratificado por el Ecuador el 20 de noviembre de 1989.

¹⁵ Constitución de la República del Ecuador, 2008.

adquiere mayor relevancia al distinguir si estos menores están acompañados o no, ya que las medidas a adoptar varían, si bien la protección y la garantía de estos derechos deben ajustarse según las necesidades específicas de cada NNA.

3.3. Código de la Niñez y Adolescencia

Los niños, niñas y adolescentes al ser un grupo de protección prioritaria, requieren de una protección integral por parte del Estado, con el objetivo de garantizar todos los derechos establecidos en la Constitución, entre ellos el del entorno familiar. El CONA¹⁶ delimita cómo se garantizará la protección a la familia. Además, se explica ampliamente cuál es el ámbito de protección, para comprender que parámetros hay que tener en cuenta al garantizar dicho; de la misma manera, contempla cuál es el alcance del derecho para a los NNA en Ecuador.

3.4. Ley Orgánica de Movilidad Humana

Se reconoce el derecho al entorno familiar y a la familia de los NNA en Ecuador, esto implica que se garantiza este derecho los NNA en situación de movilidad humana. En este sentido, la Ley Orgánica de Movilidad Humana¹⁷, LOMH, enfatiza en la reunificación familiar como medio para garantizar el derecho a la vida familiar de los NNA migrantes que se encuentren en Ecuador.

4. Marco teórico

Para garantizar el derecho al entorno familiar de los NNA y no acompañados y así comprender el alcance de este derecho, es relevante exponer tres posturas, las cuales conforman el eje principal para el análisis de la problemática expuesta anteriormente.

En primer lugar, el derecho a vivir en familia de los NNA es fundamental. La protección de este derecho exige a los Estados una obligación positiva sobre los NNA, la cual implica que, de manera general, los Estados deben agotar todos los mecanismos para mantener la unidad familiar. En el caso de los NNA no acompañados, se deben determinar las medidas necesarias para su atención y la garantía de todos sus derechos¹⁸. La protección se da con el objetivo de precautelar los derechos, de conformidad con el principio del interés superior del niño, mismo que se desarrollará más adelante.

¹⁶CONA.

¹⁷ Ley Orgánica de Movilidad Humana, LOMH, R.O. 938, 06 de febrero del 2017, reformado por última vez el 14 de marzo del 2023.

¹⁸ Alexis Mondaca Miranda y Alejandra Illanes Valdés, *Lecciones de Derecho de la infancia y adolescencia*, (Tirant lo Blanch, 2021), recuperado de: <https://latam.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9788413973449>.

En segundo lugar, es imperioso garantizar el derecho a la familia, que resulta un eje también fundamental para el desarrollo pleno de los NNA; asimismo, es necesario también establecer mecanismos legales e institucionales para garantizar su protección frente a la pérdida del cuidado familiar y garantizar su protección integral¹⁹. De este modo, es fundamental evitar la ruptura familiar y, en el caso de que exista, la necesidad de activar una medida de institucionalización, la cual debe contemplar el principio de idoneidad y necesidad, estableciendo que es importante desalentar la idea de la institucionalización como una medida benéfica para los NNA.

Finalmente, se debe contemplar el principio del interés superior del niño en el contexto migratorio, partiendo de la premisa de que el interés superior del niño está por sobre la condición de ser NNA migrante. Es crucial comprender que bajo la doctrina de protección integral del NNA se garantizan los derechos limitando la libertad del NNA, con el objetivo de resguardar o restituir los derechos amenazados o vulnerados. Contemplar este principio también asegura la debida protección de los NNA, por lo que todos los procedimientos se deben ceñir bajo este principio²⁰. En relación con esto, se concluye que todas las medidas que se tomen para garantizar el derecho a la familia de los NNA migrantes acompañados o no, también deben contemplar el principio del interés superior del niño, debido a su rango constitucional.

5. Derecho al entorno familiar en familias migrantes en Ecuador

El derecho a la familia gira en torno al derecho de convivir con las personas que le han dado la vida, para que los cuiden. La familia, aunque es preferible que sea la de origen, no siempre se da de este modo; es así que se considera también como familia a quienes cumplan el rol de brindar un ambiente de afecto y seguridad²¹ para garantizar su derecho. Este concepto, se profundiza por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, cuando establece que los lazos familiares no necesariamente son los que se crean jurídicamente, sino son aquellos con los que han tenido lazos cercanos²². Este derecho se vincula a la obligación que tienen los padres con respecto a la crianza y

¹⁹ Treviño Fernández, Sofía del Carmen y Ana María Ibarra Olguín, *Curso de Derecho y Familia*, (Tirant lo Blanch, 2022), recuperado de: <https://latam.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411473385>.

²⁰ Ravetllat Ballesté, Isaac, y María Loreto Bobadilla Toledo, *Niñez, familia, migración y derechos*, (Tirant lo Blanch, 2022), recuperado de: <https://latam.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411132565>.

²¹ Blanca Gómez Bengochea y Ana Berásteguí Pedro-Viejo, “El derecho del niño a vivir en familia”, *Miscelánea Comillas*, 130(2009): 175-198, recuperado de: <https://revistas.comillas.edu/index.php/miscelaneacomillas/article/view/894/755>

²² Opinión Consultiva OC-21/14, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de agosto de 2014, Párr. 272

desarrollo del niño, su preocupación fundamental es el interés superior del niño²³. Es decir, son todas las acciones que procuran garantizar los derechos de los NNA, teniendo en cuenta de que estos son sujetos de protección estatal, que, además, debe ser prioritaria.

Asimismo, la Corte IDH en el caso Fornerón e hija Vs. Argentina, establece que el derecho a vivir en familia está relacionado con la satisfacción de los NNA de sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, razón por la cual también existe la necesidad y obligación Estatal de protección familiar, pues este es un elemento fundamental²⁴. Es decir, existe una relación estrecha entre el derecho a la vida familiar, la protección de esta y, como parte del desarrollo integral, es necesario satisfacer las necesidades de los NNA. La familia se entiende en sentido amplio al igual que los derechos que involucran garantizar el entorno familiar.

Es crucial considerar la amplitud del derecho al entorno familiar de los NNA al analizar su relación con el concepto de familias migrantes en Ecuador. En este contexto, es esencial comprender que por "migrantes" nos referimos a personas de diversas nacionalidades y procedencias que llegan a Ecuador.

Así pues, migrar es “dejar un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él”²⁵. Las familias migrantes, entonces, son aquellas que han dejado un Estado con el propósito de radicarse en otro. Por su situación, como indica la opinión consultiva OC-18/03 de la Corte IDH, es importante comprender que se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujeto de derechos humanos, por desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes y desigualdades estructurales, por lo que la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar los derechos de humanos de los migrantes²⁶. Se enfatiza esta circunstancia debido a la importancia que tiene el derecho al entorno familiar como ámbito de protección de los derechos humanos de las familias migrantes y por la situación de vulnerabilidad en la que están.

Entre enero a febrero de 2023, Ecuador registró la presencia de 502.214 migrantes y refugiados, de los cuales el 41% corresponde a niños y niñas. Dentro de esta

²³ Alejandra Illanes, “El derecho a vivir en familia y la subsidiariedad de la adopción a la luz del interés superior del niño”, *Revista facultad de Jurisprudencia RFJ*, 6(2019): 37-69.

²⁴ Caso Fornerón e hija Vs. Argentina, Corte Interamericana de Derecho Humanos, Fondo Reparaciones y Costa, 27 de abril de 2012, párrs. 46-47-98.

²⁵ Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2: personas en situación de migración o refugio, Cuadernillo de Jurisprudencia, Corte Interamericana de Derecho Humanos, 2022, pg. 2.

²⁶ Opinión Consultiva OC-18/03, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 2003, párr. 112.

cifra, se identificaron 722 NNA que llegaron sin compañía²⁷. Es relevante destacar que estos datos no especifican la nacionalidad de los migrantes y refugiados. Esta realidad evidencia la inestabilidad política y económica que afecta a varios países, incluyendo el Ecuador en la actualidad. En consecuencia, el país ha experimentado un notable aumento en la población migrante en su territorio en los últimos años, lo que se refleja en cifras significativas en tan solo dos meses del año.

Ante este panorama y considerando el alto porcentaje de NNA migrantes que ingresan a Ecuador, se hace patente la necesidad de que el Estado establezca una normativa clara, precisa y vinculante para proteger a estos NNA. Es crucial comprender la importancia de salvaguardar a los NNA migrantes debido a su situación de vulnerabilidad, al revisar el marco de protección para garantizar su derecho a un entorno familiar seguro.

Es relevante subrayar que los NNA se encuentran en una doble situación de vulnerabilidad, no solo por su condición de migrantes, sino también por su edad. Es imperativo reconocer que los NNA constituyen un grupo de atención prioritaria que demanda especial consideración y protección en el marco de políticas y acciones estatales²⁸.

6. Estándar de protección de los NNA migrantes

La Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la Convención sobre los Derechos del Niño abordan las obligaciones de los Estados en relación con los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional.

De manera específica la Observación General Conjunta n.º 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y la Observación General n.º 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño estipula obligaciones concretas sobre los derechos de los niños en el contexto migratorio tanto en los países de origen, tránsito, destino y retorno²⁹. Se destaca que el derecho a la protección

²⁷ OCHA Agenda 2030 en América Latina y el Caribe, Ecuador, reporte de situación enero y febrero de 2023, acceso 20 de noviembre de 2023, <https://reliefweb.int/report/ecuador/ecuador-reporte-de-situacion-enero-y-febrero-2023#:~:text=Dentro%20del%20proceso%20de%20registro,su%20certificado%20de%20permanencia%20migratoria.>

²⁸ Art. 35, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

²⁹ Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración

de la vida familiar está reconocido en instrumentos internacionales y es importante garantizarlo.

De esta manera, se establecen directrices fundamentales que los Estados deben seguir para asegurar este derecho a los NNA migrantes. Es importante resaltar que la comprensión del término padres se extiende de manera amplia en este contexto. Los principios que se destacan son los siguientes³⁰:

6.1. Principio de no separación

Las familias no deben ser objeto de injerencias arbitrarias ni ilegítimas a la vida familiar, no se debe separar a los miembros de la familia ya que esto supone privación del derecho a la vida familiar. Pues este derecho, en el contexto de la migración, debe contemplar medidas encaminadas a que los padres puedan cumplir sus deberes relativos al desarrollo del niño. Incluso los Estados deben proporcionar medidas de regularización migratoria para procurar la unidad familiar³¹. Es decir, cuando los NNA van acompañados de sus familiares, por ningún motivo se debe contemplar alguna alternativa que implique la división de vínculos familiares, de ahí la importancia de normativa que contemple la preservación de vínculos familiares cuando no están quebrantados por su condición de movilidad.

En concordancia, la Corte IDH el caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, establece que la separación de un niño de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación al derecho a que se proteja a la familia y a vivir en ella, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales³². Es decir, no solo este es un estándar que se debe utilizar, sino que está directamente relacionado con la violación de derechos de los NNA.

internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, observación general conjunta, Naciones Unidas, CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23, 16 de noviembre del 2017, párr. 27.

³⁰ Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, observación general conjunta, Naciones Unidas, CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23, 16 de noviembre del 2017, párr. 27.

³¹ Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, párr. 28-31

³² Caso Familia Pacheco Tineo C. Estado Plurinacional de Bolivia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2013, párr. 226

Así, si bien es cierto que el derecho al entorno familiar se protege fundamentalmente con el principio de no separación, también se deben contemplar medidas encaminadas a que los padres puedan cumplir con sus deberes relativos al desarrollo integral. Para esto, los Estados deben facilitar canales migratorios regulares y no discriminatorios³³. De tal forma que no solo basta con el hecho de mantener la unidad familiar, sino es necesario promover y permitir a las familias migrantes con NNA, que los padres cuiden de ellos y procuren su desarrollo integral de conformidad con el interés superior del niño y respecto a la situación en la que se encuentra.

6.2. Derecho a la reunificación familiar

Se deben garantizar las solicitudes de reunificación de las familias de manera positiva, humanitaria y expedita. Debe tenerse en cuenta la preservación de la unidad familiar al determinar el interés superior del niño en estas decisiones. En caso de niños indocumentados, el Estado debe otorgar directrices que no obstaculicen el derecho del niño a la reunificación familiar. Por su lado, en el caso de los NNA no acompañados se debe encontrar una solución sostenible basada en los derechos, que incluya la reunificación familiar en el país que se encuentre la familia, ya sea de origen, destino o tránsito, considerando primordialmente el interés superior del niño. Los Estados deben preparar procedimientos efectivos y accesibles de reunificación familiar para evitar el riesgo en el que los NNA pueden exponerse al migrar de forma irregular³⁴. La reunificación se debe considerar, principalmente, cuando existen NNA migrantes no acompañados, ya que se contempla el precepto de que no se encuentran con su familia, sin embargo, hay que contemplar que este principio si cuenta con más obstáculos al momento de cumplirse porque existen variables, como, por ejemplo, que no se encuentre a su familia, o que su familia no se encuentre en el Estado en el que está el menor.

En este sentido, se establece que los parámetros para garantizar el derecho al entorno familiar de los NNA migrantes es la no separación y la reunificación, la misma que implica tomar medidas de acuerdo con la situación en la que se encuentre el NNA, de tal manera que, para establecer las medidas, es pertinente categorizar a los NNA en

³³ Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, observación general conjunta, Naciones Unidas, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 de noviembre del 2017, párr. 31.

³⁴ Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, párr. 32-28

dos grupos para establecer el alcance de protección de este derecho: NNA migrantes acompañados y NNA migrantes no acompañados.

Para la CIDH, la niñez no acompañada se refiere a NNA que viajen no acompañados por alguno de sus progenitores u otros parientes y que no estén bajo el cuidado de un adulto que, por ley o por costumbre, ejerza su responsabilidad³⁵. Por su parte, los NNA acompañados son aquellos que viajan con sus progenitores, tutor legal o cuidador habitual.

Es importante enfatizar la diferencia entre los NNA no acompañados de los separados. Esto debido a que los NNA separados son aquellos que no viajan con sus progenitores, pero sí con familiares cercanos adultos. Para efectos de este análisis, únicamente se tendrá en cuenta aquellos NNA que viajen solos, sin el cuidado de ningún adulto que ejerza su responsabilidad, es decir, los no acompañados. Los y las adolescentes que estén únicamente con sus parejas, incluso si tienen hijos en común, corresponden a este grupo³⁶.

7. Aplicación de medidas que buscan precautelar el derecho al entorno familiar de NNA migrantes acompañados en Ecuador

Para conocer cuál es el alcance de protección del derecho al entorno familiar, es necesario revisar la legislación del Ecuador, y, además, entender cuál es el procedimiento que las familias migrantes con NNA atraviesan al país en situación de movilidad humana. En este sentido, el acuerdo ministerial No. MIES-2022-046, indica que el primer paso es conocer los casos concretos. En la circunstancia en la que se conozca un caso de un NNA acompañado, se registran los datos de la persona que lo acompaña y el ingreso al país³⁷. En esta circunstancia, el niño no es separado de su familia o lazos familiares.

Ahora bien, por los instrumentos internacionales anteriormente mencionados y la Constitución, Ecuador tiene la obligación como Estado de proteger a los NNA migrantes que llegan al territorio de la nación. El Estado debe realizar un balance entre el

³⁵ ¿Cómo hacer más efectiva la protección a la unidad familiar y la reunificación familiar en situaciones de movilidad humana y movimientos mixtos, y en contexto de pandemia, Guía Práctica, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/guia_practica_migracion_esp.pdf

³⁶ Protocolo de Atención Para Niños En Situación De Movilidad Humana, Ministerio del Interior, Ministerio de Relaciones Exteriores y Ministerio de Inclusión Económica y Social, Acuerdo Interministerial no. 0001, Registro Oficial 187, 11 de noviembre del 2022

³⁷ Procedimiento para la regularización migratoria de niñas, niños y adolescentes no acompañados y separados de su medio familiar a través de la emisión de la visa de residencia temporal de excepción – VIRTE, Acuerdo ministerial No. MIES-2022-046, Ministerio de Inclusión Económica y Social, Registro Oficial 199,29 de noviembre de 2022.

ejercicio de las potestades que tiene para determinar quién puede ingresar o permanecer en su territorio con el derecho de respetar y proteger la vida familiar, en procesos de expulsión o deportación, que pueden implicar la separación familiar³⁸. En este sentido el artículo 2 de la LOMH establece como principio el interés superior del niño y, bajo este principio, la prohibición de detención por faltas administrativas migratorias cuando el interés superior del niño exija el mantenimiento de la unidad familiar, el mismo que se extiende a sus progenitores³⁹, con el objetivo de preservar la no separación de los NNA.

Por su parte la CCE en su sentencia No. 983-18-JP/21 indica que para la toma de decisiones relativas a deportaciones, expulsiones o devoluciones se deben adoptar medidas para que los padres puedan cumplir con su deber de cuidado y deben existir injerencias arbitrarias en la vida familiar⁴⁰; es decir, prevalece el derecho a la unidad familiar y el rol de protección estatal respecto al derecho al entorno familiar en términos generales se cubre, esto debido a que no existe normativa que profundice sobre la protección que deben tener los NNA migrantes acompañados de sus familias.

Es importante comprender que el ámbito de protección que existe aplica en situaciones en las que las familias migrantes se encuentran en el país de forma irregular. Cuando las familias con NNA migrantes llegan a Ecuador, a menos de que se encuentren en situación de refugiados, se aplican medidas de protección especiales. En consecuencia, la protección estatal frente al derecho del entorno familiar se encuentra tutelado, precautelando la no separación familiar en procedimientos migratorios que puedan implicar esta situación.

Respecto a las medidas encaminadas a que los padres puedan cumplir con el deber de desarrollo integral al igual que del Estado, principalmente la Constitución, en su artículo 44⁴¹, establece la obligación de promover este, por lo que todas las medidas que se toman con los NNA y familias migrantes van encaminadas a precautelar este derecho. De acuerdo con el Ministerio de Gobierno, los decretos ejecutivos No. 826 y 103 establecieron la implementación de un censo de la población venezolana en movilidad humana con el objetivo de que se les realice una amnistía migratoria y puedan acceder a la solicitud de residencia, así se puede procurar de mejor manera el cuidado de los NNA

³⁸ Movilidad humana. Estándares interamericanos Movilidad humana , Documento oficial, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15 , 31 de diciembre de 2015, pág. 171.

³⁹ Art. 2, LOMH.

⁴⁰ Sentencia No. 983-18-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de agosto de 2021, párr.244-247.

⁴¹ Art. 44, Constitución de la República del Ecuador, 2008

conforme su desarrollo integral⁴². La amnistía migratoria a favor de las personas de nacionalidad venezolana y su grupo familiar se dispone mediante decreto ejecutivo No. 436⁴³.

Es decir, para los NNA migrantes acompañados, el alcance del entorno familiar en la legislación contempla los estándares internacionales y se apegan a las necesidades de las familias sin que sean separados y a su vez pueda velar por el interés superior del niño desde su núcleo familiar.

8. Procedimiento de protección de NNA migrantes no acompañados en Ecuador

Para comprender el alcance del derecho al entorno familiar con los NNA no acompañados en situación de movilidad humana, es necesario revisar el procedimiento y todas las medidas de protección que se toman para garantizar este derecho.

El artículo 52.A de la LOMH, establece que es necesario identificar a la persona extranjera que se encuentra en situación de vulnerabilidad, la causal 2 del artículo indica que los NNA solo, no acompañados o separados forman parte de este grupo de protección⁴⁴.

Una vez que se ha identificado al NNA en situación de vulnerabilidad. El artículo 129.A de la misma ley establece que las autoridades de control migratorio deben permitir el ingreso regular, su registro correspondiente y deberán ser puestos bajo medidas de protección con el objetivo de tutelar sus derechos⁴⁵. Es decir, el procedimiento de primera mano que establece la ley es identificar al NNA y tramitar las gestiones necesarias para que el NNA tenga un ingreso regular e inmediatamente se le debe poner en un régimen de protección.

La sentencia de la CCE No. 2120-19-JP/2⁴⁶ estableció, por primera vez, los parámetros mínimos que deben ser cumplidos para a la protección a niños, niñas y adolescentes en situación de movilidad que se encuentren solos, separados y no acompañados. En dicha sentencia se vigila la obligación de todas las entidades públicas y privadas de observar el principio de interés superior del niño, asegurar la condición

⁴² Ministerio de Gobierno, “Hoy inicia el registro migratorio de ciudadanos venezolanos en el Ecuador (2019), recuperado de: <https://www.ministeriodegobierno.gob.ec/hoy-inicia-el-registro-migratorio-de-ciudadanos-venezolanos-en-el-ecuador/>, última visualización 16/10/2023

⁴³ Decreto ejecutivo 436, Presidencia de la República, Registro Oficial 84, de 15 de junio de 2022.

⁴⁴ Artículo 52.A, LOMH.

⁴⁵ Artículo 129.A, LOMH.

⁴⁶ Sentencia No. 2120-19-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 22 de septiembre de 2021.

migratoria regular de los niños, niñas y adolescentes y la obligación del Estado ecuatoriano de contar con un procedimiento especial para la determinación de necesidades especiales de protección de niños, niñas y adolescentes. Dicho esto, la sentencia marca un punto referencial de protección de NNA no acompañados y por este motivo se dispuso la creación de

Respecto al procedimiento para la protección del NNA no acompañado, la CCE expresó que el protocolo de protección NNA en situación de movilidad que se encuentren solos, separados o no acompañados, “no debe incluir la adopción de medidas de protección dictadas por las juntas cantonales como mecanismo regular para que las autoridades migratorias permitan el ingreso de los NNA o sus acompañantes”⁴⁷. Además, prioriza la reunificación familiar y, por tal motivo, solicita un protocolo sobre los procedimientos relacionados a la cooperación con organismos internacionales y nacionales para que se persiga la reunificación familiar.

A partir de la sentencia se publicó el “Protocolo de atención para Niños en situación de movilidad humana”⁴⁸ y el acuerdo ministerial No. MIES-2022-046⁴⁹, que mejoró la protección de los derechos del NNA no acompañado y su derecho al entorno familiar.

El Ministerio de Inclusión Económica y Social, MIES, es el encargado de garantizar un espacio adecuado para la estancia de los NNA y a su vez implementar las medidas de protección necesarias para garantizar sus derechos, si es necesario⁵⁰. Es decir, una vez que el personal de control migratorio detecta estos casos, los remite al MIES, a fin de que se inicie con el procedimiento correspondiente.

El acuerdo ministerial No. MIES-2022-046⁵¹ que expidió el “Procedimiento para la regularización migratoria de niñas, niños y adolescentes no acompañados y separados de su medio familiar a través de la emisión de la visa de residencia temporal de excepción – VIRTE”, como forma de restitución de los derechos vulnerados de los NNA en esta situación. Tuvo como objetivo regularizar a los NNA no acompañados o separados. Es

⁴⁷ Sentencia No. 2120-19-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 22 de septiembre de 2021, párr. 139

⁴⁸ Protocolo de Atención Para Niños En Situación De Movilidad Humana.

⁴⁹ Procedimiento para la regularización migratoria de niñas, niños y adolescentes no acompañados y separados de su medio familiar a través de la emisión de la visa de residencia temporal de excepción – VIRTE.

⁵⁰ *Procedimiento de atención para niñas, niños, adolescentes, y sus familias en contextos de movilidad humana en Ecuador* Cancillería del Ecuador, (s.f), recuperado de: <https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2018/11/procedimiento.pdf>

⁵¹ Procedimiento para la regularización migratoria de niñas, niños y adolescentes no acompañados y separados de su medio familiar a través de la emisión de la visa de residencia temporal de excepción – VIRTE.

decir, se dispone como prioridad, antes de decidir sobre las medidas de protección que se apliquen, se debe regularizar al NNA y en el caso de no tener identificación, el informe psico-social contara con un código único de identificación el cual reemplaza al documento de identidad. Esto sin diferenciar la edad de los NNA.

El estándar de protección del protocolo de atención para niños en situación de movilidad humana observa la importancia de las características del pensamiento de los niños. Para esto usa la teoría del desarrollo cognitivo de Piaget, en el que se divide a los niños en la etapa sensoriomotora de 0-2 años, etapa preoperacional entre los 2 a 7 años, etapa del pensamiento concreto de los 7 a 11 años y etapa de operaciones formales que inicia de los 12 años en adelante, en la adolescencia presentan operaciones formales avanzadas⁵². Estas características de pensamiento son fundamentales para observar las medidas de protección adecuadas que se deben aplicar para los NNA.

El protocolo establecido es que la medida de protección que corresponde al NNA no acompañado, mientras se encuentra en el proceso de regularización, es el acogimiento institucional, esta como medida emergente. Una vez que el NNA se encuentra regularizado se busca la reunificación familiar siempre y cuando este favorezca al interés superior del niño y no ponga en peligro sus derechos fundamentales. Si es así o no se encuentran estos datos, se procede continua con el acogimiento institucional como establece el artículo 217 del CONA⁵³. Es decir, se aplican las medidas de protección regulares conforme al CONA, con el MIES como autoridad competente.

9. La edad del NNA como estándar de protección y garantía del entorno familiar

Como se establece en el protocolo de atención para niños en situación de movilidad humana, se debe tener en cuenta la edad del NNA para observar las medidas de protección que se deben aplicar. En este sentido, la CCE expresa el desarrollo cognitivo influye en la capacidad de elección de los NNA. A su vez, se hace énfasis en esto debido a que existen una gran variedad de estados del desarrollo. Para la reunificación familiar hay que tener en cuenta la opinión del NNA⁵⁴, ahí es cuando se

⁵² Protocolo de Atención Para Niños En Situación De Movilidad Humana, Ministerio del Interior, Ministerio de Relaciones Exteriores y Ministerio de Inclusión Económica y Social.

⁵³ Protocolo de Atención Para Niños En Situación De Movilidad Humana.

⁵⁴ Sentencia No. 2496-21-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de julio del 2023, párr. 94

considera la capacidad de elección y por lo tanto se torna relevante la edad o el desarrollo cognitivo del niño.

Pues existe un estándar de protección diferenciado, de acuerdo con la edad y etapa en la que se encuentre el NNA. “La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años”⁵⁵. De la misma manera, como se mencionó anteriormente, esto será un factor determinante para la aplicación de medidas de protección, obtención de información y permitirá velar por el interés superior del niño.

La edad, además, es relevante a efectos de comprender que las opiniones de los niños deben ser consideradas a partir de la capacidad de formar un juicio propio⁵⁶. Es decir, mientras menos capacidad tenga el niño o niña de tener un juicio propio, el estándar de protección es mayor. Esto debido a que el Estado está obligado garantizar todos sus derechos y la oportunidad de obtener información y opinión en esta etapa del desarrollo del NNA, se comprende que es limitada. De tal forma que dentro del procedimiento de protección de los NNA no acompañados migrantes se prioriza la protección absoluta en tanto el NNA no tenga juicio propio.

Para los casos de los adolescentes, al tener una mayor capacidad de formarse un juicio propio, el estándar de protección cambia. La opinión prevalece y la comprensión de sus opiniones hace que el Estado adquiera una obligación valorar lo expresado por su grado de madurez⁵⁷ que en esta circunstancia es superior.

Esto por ningún concepto significa que los niños que no tienen capacidad de formar un juicio propio, o no tienen el derecho de ser escuchados; de hecho, en estos procesos, la obligación estatal para alcanzar la reunificación se basa en garantizar a los niños el derecho de ser escuchados, para valorar sus necesidades y a su vez el interés superior del NNA.

El grado de madurez, asimismo, introduce a los adolescentes el principio de la autonomía progresiva, que es la capacidad de ejercer los derechos de manera autónoma⁵⁸. Esto significa que los NNA con mayor grado de madurez, bajo este principio, tienen la opción de, en vez de entrar en un régimen de protección absoluto, deben contar con protección y asistencia para cumplir con lo expresado en sus opiniones. En este sentido

⁵⁵ Opinión consultiva OC-17/2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, párr. 101.

⁵⁶ Sentencia No.2691-18-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de marzo de 2021, párr. 44.

⁵⁷ Sentencia No. 2496-21-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de julio del 2023, párr. 94

⁵⁸ Alexis Mondaca, “El Derecho Al Juego De niños, niñas Y Adolescentes: Nuevos Modos De concreción De Los Principios Del interés Superior Y De La autonomía Progresiva”. *Opinión Jurídica*, 21(45), 176-99, recuperado de: <https://doi.org/10.22395/ojum.v21n45a8>.

la CCE, al respecto, ha manifestado que las y los adolescentes ejercen sus derechos de manera progresiva conforme el desarrollo de sus facultades y autonomía progresiva. Esto se da debido a que como consecuencia del proceso de maduración que consiguen los adolescentes, adquieren progresivamente competencias, comprensión y mayores niveles de autonomía para asumir responsabilidades y ejercer derechos⁵⁹. La importancia de que el adolescente tiene para decidir se encuentra relacionado con su autonomía y capacidad de decidir en la situación en la que se encuentre.

La autonomía progresiva nace debido que si bien es cierto los NNA no poseen autonomía legal plena, y se encuentran sujetos a una autoridad parental; a medida que crecen, es necesario tener en cuenta su grado de autonomía y desarrollo progresivo de las sus facultades, esto está ligado a su capacidad de decidir y su camino a ser sujetos plenos de derechos, de tal forma que no tener en cuenta esto afectaría gravemente a su autonomía y su calidad como sujeto pleno de derechos⁶⁰. Se pone de manifiesto la justificación de este estándar de protección para los adolescentes, donde el papel del Estado se centra en actuar como un facilitador en sus decisiones. Este enfoque es aplicable particularmente a asuntos que afecten directamente al adolescente.

La autonomía progresiva también encuentra su fundamento y, por lo tanto, obligatoriedad en el artículo 13 del CONA⁶¹, el mismo que expresa que “el ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo con su grado de desarrollo y madurez”. Por su parte la CDN⁶², lo hace en el artículo 12, con el objetivo de que se tenga en cuenta la opinión del NNA en función de su edad y madurez. Esto es a lo que se denomina el ejercicio progresivo de derechos y, en este caso, se ve reflejado en la autonomía progresiva que tienen los adolescentes para decidir.

Se puede evidenciar que, aunque el protocolo de protección considera las distintas etapas del desarrollo de los NNA al aplicar medidas de protección, la diferencia en los estándares de protección no se centra únicamente en la edad. Esto se explica en el mismo texto al indicar que las etapas no son estáticas, sino que están influenciadas por factores biológicos y ambientales que pueden cambiar dependiendo de la situación

⁵⁹ Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21, Corte Constitucional del Ecuador, 01 de diciembre de 2021, párr. 160

⁶⁰ Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21, Corte Constitucional del Ecuador, párrs. 161-162

⁶¹ Art. 13, CONA.

⁶² Art. 12, Convención sobre los derechos del Niño, Organización de las Naciones Unidas (1989).

individual de cada NNA. Estos factores son cruciales para evaluar su nivel de madurez y capacidad para formar su propio criterio.

Aunque la edad está relacionada, hay otro factor crucial en juego. Es esencial considerar el nivel de madurez y la capacidad de razonamiento propio del adolescente al aplicar medidas de protección. Esto se relaciona con el derecho al entorno familiar, ya que cuanto mayor sea la madurez de un NNA, más prevalece su derecho a la autonomía sobre la obligación estatal de buscar la reunificación familiar. Esto, a su vez, permite garantizar el derecho al entorno familiar de manera más efectiva para los NNA.

En resumen, es fundamental garantizar el derecho al entorno familiar para aquellos niños y niñas que aún no han alcanzado un nivel suficiente de madurez y capacidad de decisión, ya que se encuentran bajo la autoridad parental que debe velar por su desarrollo integral. En el caso de los adolescentes, antes de implementar medidas directas para asegurar el derecho al entorno familiar, es crucial escuchar sus opiniones y permitirles decidir como sujetos plenos de derechos en asuntos que les incumben, ya que es necesario garantizarles una progresiva autonomía.

10. Alcance del derecho al entorno familiar para garantizar la reunificación familiar

Como se observó anteriormente, el Estado tiene la obligación de garantizar la reunificación familiar de los NNA migrantes no acompañados, esto es relevante para permitir que los NNA ejerzan el derecho al entorno familiar. Pero también es importante revisar cual es el concepto de derecho al entorno familiar, que se busca precautelar. Es decir, a qué familiares se busca llegar para alcanzar la reunificación familiar. Esto debido a que marca una diferencia entre lo amplia o restrictiva que pueda ser la búsqueda que en resumidas cuentas se realice para conseguir la reunificación familiar, lo que también afectará a como se procederá a la institucionalización de manera habitual o como regla general.

Las leyes ecuatorianas, reconocen a la familia y es un derecho que en efecto se tiene que garantizar. No existe normativamente una definición que abarque la diversidad de formas familiares expresamente dicha, por lo menos en cuanto a la constitución y leyes orgánicas de que es lo que se comprende como familia. Una aproximación al concepto, que permitirá observar el sentido de la palabra, se encuentra en el artículo 69 de la CRE, que enfatiza en la paternidad y la maternidad, estableciendo estos roles fundamentales

para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia⁶³. Es decir, se puede entender que la Constitución hace referencia al concepto de familia en sentido estricto, en la que los vínculos de afinidad y consanguinidad son la base fundamental de esta.

Lo mismo sucede en el artículo 22 del CONA⁶⁴ que indica que los NNA tienen derecho a vivir y desarrollarse en su “familia biológica” y que el Estado debe priorizar la permanencia en dicha familia. Es este sentido, el objetivo de las leyes, en primera instancia, es observar a la familia comprendida en sentido estricto. Lo cual es insuficiente en los casos de NNA no acompañados en situación de movilidad humana o migración. Por esta razón, la CIDH ha indicado que, en estos casos que “los lazos familiares pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes”⁶⁵, esto con el objetivo de precautelar los derechos de los NNA, de tal modo que se comprende a la familia en sentido amplio.

La Corte IDH reconoce que todo niño y niña tiene derecho a la protección de la familia, que va más allá de la familia biológica y abarca a los familiares cercanos y a aquellos que mantienen lazos personales estrechos con los niños. Este enfoque se fundamenta en la idea de que la familia no debe limitarse al modelo tradicional compuesto por padre, madre e hijos, sino que puede incluir a personas con vínculos afectivos significativos, incluso en contextos migratorios donde los lazos familiares pueden establecerse con individuos que no tienen un parentesco legal⁶⁶.

En el ámbito migratorio, la Corte IDH ha establecido un estándar amplio en relación con el concepto de familia para salvaguardar el derecho al entorno familiar de los NNA. Esto reconoce la diversidad de estructuras familiares y busca asegurar que los NNA migrantes reciban protección y apoyo dentro de sus entornos familiares, independientemente de la conformación tradicional de la familia.

Siguiendo este criterio, el protocolo de atención para niños en situación de movilidad humana, en su sección de principios, establece la unidad familiar, en el que se indica que el NNA tiene derecho a vivir y ser cuidado por su familia. De este modo el concepto de familia se entiende en sentido amplio, es decir toda persona con las que el

⁶³ Art. 69, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁶⁴ Art. 22, CONA.

⁶⁵ ¿Cómo hacer más efectiva la protección a la unidad familiar y la reunificación familiar en situaciones de movilidad humana y movimientos mixtos, y en contexto de pandemia?, Guía Práctica, Comisión Interamericana de Derechos humanos, pg. 3.

⁶⁶ Opinión Consultiva OC-21/14, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de agosto de 2014, Párr. 272

NNA haya desarrollado una relación estrecha, tengan vínculos o no de consanguinidad⁶⁷. De esta manera, el concepto de familia que se persigue para la reunificación familiar se comprende es amplio, para garantizar el derecho al entorno familiar de los NNA. Ahora bien, es relevante instaurar que medidas se toman con el objetivo de garantizar la reunificación familiar.

Considerando que el concepto de reunificación familiar se interpreta de manera amplia más allá de los lazos familiares directos, el protocolo de atención para niños en situación de movilidad humana establece un proceso específico. Tras la elaboración de un informe psicosocial por parte del MIES, el cual proporcionará un diagnóstico integral de la situación del Niño, Niña o Adolescente (NNA), se llevará a cabo el registro migratorio para regularizar la situación migratoria del NNA, según corresponda a su situación particular.

Una vez que el NNA ha regularizado su estatus migratorio, si se identifica la necesidad de reunificación familiar, se procederá conforme se detalla y analiza a continuación:

Reunificación familiar

Cuando el MIES, a través del informe psicosocial elaborado por sus entidades cooperantes u organizaciones adherentes, y avalado por el MIES, detecte la necesidad de reunificación familiar del niño, niña y adolescentes, se deberá evaluar, considerando que la familia no siempre, ni automáticamente, representa un espacio seguro. La opinión y participación de las niñas, niños y adolescentes es de vital importancia.

Si la reunificación familiar responde al principio del interés superior, la localización de la familia debe ser prioritaria. No procede la localización si el acto o la forma de realizarse: (i) va contra el interés superior del niño y/o (ii) pone en peligro los derechos fundamentales de las personas que se trata de localizar. [...] ⁶⁸

Destacando la amplitud del concepto de familia y la responsabilidad estatal en la garantía del derecho al entorno y a la reunificación familiar, es crucial señalar que la mera detección de la necesidad de reunificación familiar, sin imponer parámetros claros que demuestren dicha necesidad, resulta insuficiente según la Corte IDH. En el caso *Ramírez Escobar y Otros vs. Guatemala*, se establece que "las niñas y niños deben

⁶⁷ Protocolo de Atención Para Niños En Situación De Movilidad Humana, pg. 26

⁶⁸ Protocolo de Atención Para Niños En Situación De Movilidad Humana, pg. 32.

permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función de su interés superior, para optar por separarlos de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal"⁶⁹.

En este sentido, la reunificación familiar debería ser obligatoria, ya que constituye el medio ideal para satisfacer las necesidades materiales, afectivas y psicológicas de los NNA. Además, es esencial considerar el concepto de "lazos familiares", que abarca relaciones estrechas con individuos que, aunque no sean parientes, mantienen vínculos significativos con el NNA⁷⁰. Además, es esencial considerar el concepto de "lazos familiares", que abarca relaciones estrechas con individuos que, aunque no sean parientes, mantienen vínculos significativos con el NNA.

Es relevante incorporar el principio del interés superior del niño y tener en cuenta la opinión del NNA, fundamentada en su autonomía progresiva, aunque no se profundice en dicho concepto. La CCE establece que el interés superior del niño se fundamenta en la dignidad humana y en sus características específicas, con el objetivo de promover su desarrollo⁷¹. Por consiguiente, el derecho al entorno y, por ende, a la reunificación familiar, busca promover el interés superior del niño. Al considerar el sentido amplio de familia propuesto en el texto junto con estos principios, no debería ser una mera cuestión de "necesidad", sino una obligación de garantizar la reunificación familiar. Los criterios para la separación de los NNA de sus padres, establecidos por el CONA, deben ser estrictos, en línea con lo indicado por la Corte IDH.

A pesar de que la normativa ecuatoriana, especialmente en el caso de los NNA migrantes no acompañados, reconoce la amplitud del concepto de familia, conforme a estándares internacionales, sigue siendo insuficiente para proteger adecuadamente a los NNA. Es necesario considerar específicamente a los adolescentes no acompañados, que debido a su madurez y juicio propio, tienen una autonomía progresiva y, por tanto, deben ser abordados de manera distinta. Se requiere establecer un enfoque específico del derecho al entorno familiar que considere el contexto migratorio de los NNA, utilizando el concepto más apropiado de "lazos familiares", que contemple el interés superior del niño, promoviendo la importancia de crecer en familia y la autonomía progresiva de los NNA.

⁶⁹ Caso Ramírez Escobar Y Otros Vs. Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 9 de marzo De 2018, párr. 151

⁷⁰ Caso Ramírez Escobar Y Otros Vs. Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 151

⁷¹ Sentencia No. 2120-19-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 22 de septiembre de 2021, parr.79

11. Conclusiones

Se ha constatado la existencia de una normativa internacional que establece directrices para salvaguardar los derechos de los NNA migrantes, especialmente su derecho al entorno familiar. Esta normativa propone un estándar basado en el principio de no separación y derecho a la reunificación familiar, fundamentales para asegurar el desarrollo integral del niño, directamente vinculados al interés superior del mismo y el derecho al entorno familiar de los NNA migrantes. La Observación General Conjunta número 4, junto con varias opiniones consultivas de la Corte IDH son documentos referenciales en este contexto.

Para comprender el alcance de este derecho en la legislación ecuatoriana, se realizó un análisis enfocado en los NNA migrantes acompañados y no acompañados. Se consultaron leyes, protocolos, sentencias de la CCE, opiniones consultivas y sentencias de la Corte IDH para delimitar el alcance del derecho al entorno familiar de los NNA migrantes.

Se determinó que la legislación ecuatoriana garantiza adecuadamente el derecho al entorno familiar de los NNA migrantes acompañados. La normativa enfatiza el principio de no separación y establece vías de regularización, manteniendo a la familia unida como prioridad.

Sin embargo, en el caso de los NNA migrantes no acompañados, se identificó que el Protocolo de Atención para Niños en Situación de Movilidad Humana es el instrumento más específico disponible, aunque no aborda plenamente el concepto de lazos familiares. A pesar de reconocer la amplitud del concepto de familia, no resulta suficiente para proteger y garantizar plenamente este derecho.

Además, se observó que la legislación ecuatoriana no contempla un procedimiento específico para adolescentes migrantes no acompañados, lo cual limita sus derechos y autonomía. Es necesario establecer un enfoque específico del derecho al entorno familiar que considere el contexto migratorio de los NNA, utilizando el concepto de lazos familiares, y abordando la autonomía progresiva de los adolescentes.

Al comprender que el alcance del derecho al entorno familiar para los NNA migrantes no acompañados no es suficiente, es pertinente aplicar medidas que ese enfoquen en precautelar este derecho. De manera que se priorice a la familia en un sentido amplio y se utilicen otros conceptos como el de lazos familiares. Esto sin dejar de atender el interés superior del niño para su desarrollo integral, es decir, es fundamental entender

que los derechos de los NNA se deben observar en conjunto. Por tal motivo, los acuerdos ministeriales y protocolos deberían ampliar el concepto de familia para que sea suficiente. A su vez, respecto de los adolescentes migrantes no acompañados, por no existir un procedimiento para este grupo, existe una limitación a sus derechos y se les afecta gravemente su autonomía y su calidad como sujeto pleno de derechos.

Una vez que se ha comprendido lo fundamental, es importante recalcar que las limitaciones que existieron al realizar el análisis e investigación. La normativa interna del país no es abundante y además no profundiza en el tema. Por lo que localizar elementos con el objetivo de establecer el alcance que se tiene de cierta forma fue corto a comparación de los elementos internacionales que se encontraron a lo largo del trabajo. Además, no se encontraron estadísticas específicas respecto de cuantos NNA que entran al Ecuador entran en un régimen de institucionalización por ser NNA migrantes no acompañados o logran la reunificación familiar, lo que hace que el trabajo se remita únicamente a la normativa y no a la realidad.

En vista de las limitaciones encontradas durante la investigación, es fundamental que el MIES genere y divulgue estadísticas detalladas sobre los NNA migrantes en Ecuador, especialmente aquellos en régimen de institucionalización debido a ser no acompañados. Estos datos serían esenciales para comprender la realidad y necesidades, así como para elaborar o aplicar normativas más efectivas.

Considerando estas limitaciones, se recomienda la formulación de una normativa específica que defina procedimientos claros para los NNA no acompañados, priorizando la garantía del derecho al entorno familiar a través del concepto de lazos familiares. Además, se insta a incluir procedimientos diferenciados para los adolescentes migrantes no acompañados, centrándose en su autonomía progresiva y desarrollo como sujetos de derechos.

Es crucial comprender que la protección del entorno familiar es esencial para el interés superior del niño. Por lo tanto, la legislación ecuatoriana debe ampliar su alcance y tomar en cuenta todos estos aspectos para salvaguardar verdaderamente los derechos de los NNA no acompañados en situación migratoria.