**CHILD PARTICIPATION IN FAMILY AND CHILD PROTECTION MATTERS IN ECUADOR**

### **Lucila Yanes**, Judge in Ecuador (lucyyanessevilla@hotmail.com)

Abstract: The paper is part of a collaborative research organized by the International Association of Youth and Family Judges and Magistrates (AIMJF/IAYFJM) on child participation in family and protection matters. The article explains the legal, institutional and procedural aspects of child participation in the Justice System in Ecuador.

Key words: child participation; family law; child protection; children´s rights; justice system; Ecuador.

**PARTICIPACION DE LOS NIÑOS EN LOS PROCESOS QUE LES ATAÑEN EN ECUADOR**

**1.- ¿Los niños tienen la oportunidad de participar en todos los procedimientos que les afectan? ¿Cuáles son los criterios de la legislación y la práctica en su país para definir qué asuntos que afectan a los niños?**

Sí, definitivamente, solemos citar el Art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño y el Art. 45 de nuestra Constitución, además del Art. 62 del Código de la Niñez y Adolescencia para convocarlos a una reunión privada con los jueces, o el juez. Desde el punto de vista práctico, en los procesos sobre fijación de pensión alimenticia, muy pocas ocasiones se les convoca a los niños, en todos los demás, siempre.

**2.- Al definir que tal situación afecta al niño, ¿se convierte en parte en el procedimiento?**

Sí. Solemos consultar a los niños acerca de qué solución propondrían al problema.

**¿Tiene derecho a la representación legal de un abogado?**

Siempre, pero en casos específicos en que el criterio del representante legal no es concordante con el del niño, se le designa un defensor público solamente para el niño .

**¿Hay límites a la intervención de este abogado en comparación con las otras partes?**

No hay límite, interviene en igualdad de condiciones

El abogado tiene el deber ético de representar sólo la opinión del niño, incluyendo casos en los que no considera la opinión del niño de acuerdo con su interés superior?

Así es

**3.-¿Cómo participa el niño en los procedimientos judiciales? Directamente, delante del juez, o a través de un intermediario, ¿el** **abogado u otro profesional? Si es otro profesional, ¿puede identificarlo y especificar sus responsabilidades, por favor?**

El niño participa directamente, en ocasiones se convoca un psicólogo para contención, cuando el caso lo amerita. En procesos de adolescentes infractores comparece son su abogado y se le explica sobre el derecho a ser escuchado, que puede usarlo o renunciar a él previa consulta a su defensor en privado. Y puede interrumpir la audiencia si no entiende algo, y se le previene sobre ese derecho.

Hemos tenido casos en que el adolescente (presunto infractor) ha solicitado dirigirse al Tribunal en forma reservada, por lo que hemos desalojado la sala de audiencias para escucharle en privado y sin tener que revelar lo que nos haya dicho.

**4.- Consulta al niño si y cómo quiere participar?**

Así es, se le consulta y no es una obligación emitir su criterio.

¿Existen protocolos institucionales sobre cómo hacerlo?

Sí la **GUÍA PARA LA EVALUACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS PROCESOS JUDICIALES.**

¿Hay algún material informativo especialmente preparado para los niños sobre su participación?

# Sí, la Guía Para La Evaluación Y Determinación Del Interés Superior Del Niño En Los Procesos Judiciales

¿Puedes compartirlo con nuestros miembros?

# https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Gu%C3%ADa%20inter%C3%A9s%20superior%20del%20ni%C3%B1o%202021.pdf

**5.- Si el niño no quiere participar directamente, ¿qué alternativas hay en su país para garantizar la participación indirecta?**

El uso de la Cámara de Gessel o el equipo técnico de psicólogo, trabajador social y médico que pueden ser convocados si el caso lo amerita.

**Si hay dudas sobre lo que realmente quiere el niño o si su opinión realmente fue expresada, ¿cuál es la solución en su país?**

Hemos resuelto casos basados en su opinión, relievando su grado de madurez (no necesariamente ligada con su edad), a través de evaluaciones psicológicas y considerando que es un actor proactivo capaz de expresar cuál es su interés superior. Nos decantamos por la opinión del niño, en un caso específico hicimos la siguiente motivación: “El Tribunal considera fundamental analizar el interés superior de EJSP para lo que conviene saber en qué consiste esta figura; Jean Zermateen dice que “ El interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo serán tenidos en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia.” Jean Zermateen, “El interés Superior del Niño Del Análisis literal al Alcance Filosófico”, Informe de Trabajo 3-2003, (Institute Internationale des droits de le’ enfants), 2-5.

El Comité de los Derechos del Niño de la ONU, sobre el interés superior ha mencionado que: “…El interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, **el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño** o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. **Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho.** En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”. (Lo resaltado no consta en el texto original) Comité de los Derechos del Niño, ONU, Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)**,** 29 de mayo de 2013, pp4.

El interés superior del niño es indeterminado, subjetivo, valorativo, el ejercicio que debe realizar quien lo aplica debe ser profundo, se deben analizar las opciones, probables resultados y beneficios, más allá de escuchar las preferencias de los niños, hay que permitirles que aquellos expresen sus criterios. Pero éstos criterios serán acertados, cuando sean resultado del desarrollo de sus potencialidades, madurez y autonomía; una madurez que solo se alcanza cuando los niños han tenido la oportunidad de rodearse de un ambiente de respeto y protección de sus derechos, a saber, buen trato, educación, alimentación, opinión escuchada; eso nos dará una medida de que sus decisiones obedecen a una libertad practicada y ejercida.

3.21. Si bien la manipulación ejercida por la madre ha sido lesiva porque le ha privado inmotivadamente de la interrelación con el padre, la afectación psicológica que puede llegar a ejercer la madre es superable a través de terapias psicológicas. El Tribunal no puede pasar por alto que resulta más lesivo para el niño, separarle en forma abrupta de su único vínculo afectivo fuerte, para entregarlo a su padre, que aunque también lo ama, hasta la fecha del cambio de la tenencia, constituía para él una persona con quien tenía dificultad para crear empatía y cuya familia le era absolutamente extraña.

En la especie, el interés superior de EJSP implica su reinserción en el hogar de la madre, por el fuerte vínculo afectivo que le une a ella desde su nacimiento, contacto que le resulta vital para su estabilidad emocional, que se ha visto afectada desde el cambio de la tenencia, lo cual ha provocado daño físico por la angustia que el distanciamiento le ha provocado.

El Tribunal estima trascendental indicar que, aunque difiere de la decisión del juez a quo, en principio radical y abrupta, de entregar la custodia al padre, no obstante, aquella permitió que él pueda relacionarse con su hijo, crear vínculos de emparentamiento en un espacio sin la injerencia materna y se han creado canales de comunicación entre los dos.

3.22. La doctrina de protección integral implica una participación activa del niño en el proceso que le atañe, como reflejo de la aplicación del principio de su interés superior y el derecho a ser oído, por lo que este Tribunal ha escuchado en reserva al niño, quien en forma madura y firme ha expresado su planteamiento de solución al problema que le afecta, y este Tribunal decidirá en la forma que más convenga a la realización de dicho principio, teniendo en cuenta su opinión.

3.23. La doctrina ha desarrollado algunos criterios coincidentes sobre el derecho a ser escuchado:

El tratadista Mauricio Luis Mizhari señala: “El tema de la participación del niño en el proceso en el que está involucrado tiene una importancia de primer orden. Es que, como bien se ha destacado, una preocupación central para el adulto en estos casos debería orientarse a hablar a los niños antes que hablar de ellos prescindiendo de su intervención…El tema de oír al niño tiene superlativa envergadura, a tal punto que el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas destacó que es uno de los cuatro principios generales de la Convención sobre los derechos del niño”. Adriana N. Krasnow, “tratado de Derecho de Familia”, Tomo I, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, pp. 357 y 358.

“Falta empatía y un análisis profundo de cuál es la vida que los menores pueden llevar en un entorno de violencia y qué puede ser mejor para ellos y ellas en un futuro. Los derechos, las necesidades y «las voces» de los niños y niñas son inaudibles. Están inmersos/as en un conflicto adulto del que son objetos pasivos; inclusive si se les consulta, se les niega su capacidad de actuación. Hemos de des-infantilizar a nuestros infantes. La condición de infancia no les convierte en incapaces, ellos y ellas pueden y deben opinar, y, por supuesto, ser tenidos en cuenta en función de sus experiencias y deseos. Y también, como cualquier persona, tienen derecho a equivocarse o a cambiar en un futuro, porque «nada es permanente, a excepción del cambio»(Heráclito)” Marcela Jabbaz Churba, Menores en Disputa, Custodia, Visitas y Patria Potestad en la Comunidad Valenciana, Tirant Lo Blanch, Monografías, pp 198.

3.24. El Art. 12 de la Convención de los derechos del Niño, prevé el derecho a ser escuchado en los asuntos que le afecten y este principio ha sido desarrollado en el sentido de que los Estados partes deben dar por supuesto que el niño es capaz de formarse sus propias opiniones y expresarlas con libertad, incluso desde muy temprana edad, que no existe interés superior, si no hay participación del niño en la decisión que sobre él se tome, derecho que en Ecuador se encuentra consagrado en el Art. 45 de la Constitución de la República y en el Art. 60 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs Chile, desarrolló la importancia de escuchar a los niños en procesos en que se discutan sus derechos: “196.La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto216. En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño 217, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado delas niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino 218.

198.Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) “no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”220; ii) “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”221; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) “la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”222; v) “la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”223, yvi) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente” Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Atala Riffo y niñas vs Chile (Fondo, reparaciones y costas) 24 de Febrero del 2012.”

6.- En los casos de participación directa, ¿en qué fase procesal se lleva a cabo?

Como jueces de segundo nivel (Tribunal de apelaciones), los escuchamos antes de iniciar la audiencia de apelación (en la sala lúdica); y cuando son asuntos de adolescentes infractores, en la sala de audiencias.

¿Existe un límite cuantitativo de consulta con el niño? ¿El niño participa en esta delimitación? ¿Cómo?

No existe un límite cuantitativo para escucharle, puede interrumpir la audiencia si algo no entiende y se les previene sobre ese derecho al inicio de la audiencia; pero, al final de la audiencia se les recuerda que si quieren dirigirse al Tribunal pueden hacerlo.

**7.- Cuándo se ofrece la oportunidad de participar en el niño, ¿cuál es el alcance de las opciones disponibles para el niño? Quiero decir, ¿debe el niño limitarse a los aspectos considerados importantes por los adultos o puede el niño traer otras preguntas y posibilidades?**

Siempre tiene la posibilidad de dirigirse a los jueces, pero naturalmente debe ser convocado previamente por el Tribunal, bajo prevención de sanción a los padres si no los traen. Los niños pueden preguntar lo que sea porque solemos mantener un diálogo abierto, distendido, informal.

**8.- ¿Cómo es la sala donde se lleva a cabo la participación? ¿Y las formalidades de la participación del niño ante el juez?**

Como decía, solemosmantener un diálogo abierto, distendido, informal y lo llevamos a cabo en un espacio cómodo para los niños, nos sentamos en las sillas pequeñitas de la sala lúdica, los tratamos por su nombre, preguntándole si así se sentiría bien.

En los procesos de adolescentes infractores se lo hace en la sala de audiencias, y si el adolescente solicita dirigirse en privado al Tribunal, se lo hace.

**9.- ¿La participación se lleva a cabo en la sala regular o en su gabinete? ¿Quién está presente en la sala del tribunal/ gabinete? 10.- ¿Cómo están vestidos los profesionales? ¿Puedes presentar una foto de tal ambiente?**

Lo hacemos en la sala lúdica generalmente, solamente los jueces y el niño, a veces con un psicólogo si el caso lo amerita; en ocasiones el niño juega con algún juguete de la Sala o pinta mientras conversa, procuramos que sea muy natural para que la información fluya sin tensiones; y cuando se trata de adolescentes infractores lo hacemos en la sala de audiencias, en presencia siempre de su abogado, excepto cuando el adolescente solicita que se lo haga en privado.

No usamos toga jamás, nuestro vestuario va de formal a casual

11.- ¿Existe un protocolo sobre cómo abordar las preguntas al niño en cuestiones de protección familiar e infantil?

# Sí, la Guía Para La Evaluación Y Determinación Del Interés Superior Del Niño En Los Procesos Judiciales https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Gu%C3%ADa%20inter%C3%A9s%20superior%20del%20ni%C3%B1o%202021.pdf

# Y el Protocolo para la Gestión Judicial, Actuación y Valoración Pericial en Casos de Violencia Contra la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar. https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/RO%20339%20S2%20Res%20CJ%20154-2014%20Protocolos%20VCMMNF.pdf

¿Quién lo desarrolló?

El Consejo de la Judicatura

¿Puedes compartirlo con nuestros miembros?

Claro, en los siguientes links

<https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Gu%C3%ADa%20inter%C3%A9s%20superior%20del%20ni%C3%B1o%202021.pdf>

https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/RO%20339%20S2%20Res%20CJ%20154-2014%20Protocolos%20VCMMNF.pdf

Si no lo hay, ¿cómo lo haces?

12.-¿A quién se le permite hacer preguntas al niño?

Sí, al niño

¿Las preguntas que hace directamente el abogado de las partes o son intermediadas por el juez?

Interviene el juez y/o psicólogo para transmitir la pregunta al niño cuando se le interroga a través de la cámara de Gesell, en asuntos de violencia en contra del niño, está prohibida la revictimización porque tenemos una Ley contra la violencia de género e intrafamiliar; y en tratándose de adolescentes en conflicto con la ley penal, están prohibidas las preguntas autoincriminatorias y el adolescente siempre está acompañado por su defensor.

¿Cuáles son las preocupaciones adoptadas por el juez para evitar preguntas que puedan avergonzar o violar los derechos del niño?

Tenemos normas pertinentes que así lo prohíben y los abogados están prevenidos porque hay sanciones para las inconductas en el ejercicio de la defensa.

¿Cómo se desarrolla el debate en torno a la regularidad de las preguntas si el niño está presente en el ambiente?

No suelen preguntar mucho, nuestros niños por desdicha han recibido una educación adultocentrista y pocas veces interrogan.

13.- ¿Se toma la decisión delante del niño?

Sí, en procesos de adolescentes en conflicto con la ley penal. En los demás, evitamos su presencia al resolver, para que no se sientan incómodos cuando señalamos que se ha tenido en cuenta su opinión, y eso podría ponerlos en evidencia e incómodos con sus padres u otros parientes.

Si el niño quiere, ¿puede quedarse en el ambiente?

Si lo quiere sí, pero generalmente no lo expresan.

¿Existen normas especiales sobre el examen de la opinión del niño en el contexto de las razones de la decisión?

Sí,

Constitución de la República del Ecuador.

Art. 45: “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.”

Código de la Niñez y Adolescencia:

Art. 60.- **Derecho a ser consultados.-** Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez.  
  
Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión.

Art. 312.- **Derecho a ser informado.-** Todo adolescente investigado, detenido o interrogado tiene derecho a ser informado de inmediato, personalmente y en su lengua materna, o mediante lenguaje de señas si hubiere deficiencia en la comunicación:

1. Sobre los motivos de la investigación, interrogatorio, detención, la autoridad que los ordenó, la identidad de quienes lo investigan, interrogan o detienen y las acciones iniciadas en su contra; y,

2. Sobre su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar con cualquier persona que indique.

El adolescente contará con la asistencia gratuita de un intérprete, si no comprende o no habla el idioma utilizado.  
  
En todos los casos, los representantes legales del investigado, interrogado o detenido, serán informados de inmediato.

Art. 314.- **Derecho a ser oído e interrogar.-** En todas las etapas del proceso el adolescente sometido a juzgamiento tiene derecho:

1. Al libre y completo acceso a documentos y piezas del proceso,

2. A ser escuchado en cualquier instancia del proceso; y,

3. A interrogar directamente o por medio de su defensor y de manera oral, a los testigos y peritos, que estarán obligados a comparecer ante el Juez para este efecto.

El adolescente podrá ser oído e interrogar por lenguaje de señas en caso de tener discapacidad auditiva.

Art. 316.- **Derecho a ser instruido sobre las actuaciones procesales.-** (Reformado por la Disposición Reformatoria Décimo Segunda, num. 5, de la Ley s/n, [R.O. 544-S, 9-III-2009](https://www.fielweb.com/Index.aspx?157Rabf6ik65998)).- El adolescente tiene derecho a ser instruido con claridad y precisión por su defensor, el Fiscal, el equipo de la Oficina Técnica y especialmente por el Juez, acerca del significado, objetivos y consecuencias de cada una de las actuaciones y diligencias del proceso.

¿Cuál es el peso dado a la opinión del niño?

Generalmente es la esencia de la decisión, salvo que hayan razones para modificarla o mejorarla, siempre que se basen en su interés superior debidamente motivado.

¿Es la edad un criterio?

No necesariamente.

14.- ¿Cuál? Si se tiene en cuenta el grado de madurez del niño, ¿cómo se evalúa esta madurez? ¿Por quién? ¿Cuáles son los criterios considerados?

Con la ayuda del equipo técnico, psicólogo, trabajadora social y médico, a veces recurrimos a la doctrina para complementar nuestro criterio y obviamente cuenta la experiencia del juez.

La formación del niño, el entorno familiar, la experiencia y otros factores, cuentan para evaluar su madurez.

15.- ¿Cómo se comunica la decisión al niño? ¿Existen protocolos para esta comunicación? Si el niño tiene dudas o preguntas, ¿se le permite hablar con el juez? ¿Cómo hace eso?

Sí se le permite hablar con el juez, directamente y preguntar lo que quiera.

16.- ¿Tiene el niño el derecho de apelar la decisión?

Naturalmente que tiene derecho, esto lo hemos efectuado en adolescentes infractores, pero no lo hemos visto en los demás asuntos, aunque estaríamos abiertos a ello.

