

DERECHO CRÍTICO: REVISTA JURÍDICA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

Vol. 7, Núm. 7, 2024 (1-21)

ISSN: 2953 - 6464

DOI: <https://10.53591/dcjcsp.v7i7.2573>

Marco regulatorio aplicable en la mediación en asuntos de familia, niñez y adolescencia en Ecuador

Regulatory Framework Applicable to Mediation in Family, Childhood, and Adolescence Matters in Ecuador

Maricruz del Rocío Molineros Toaza, PhD.

**DERECHO CRÍTICO: REVISTA JURÍDICA,
CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

Fecha de recepción: 11/02/2025

Fecha de aceptación: 15/3/2025

Marco regulatorio aplicable en la mediación en asuntos de familia, niñez y adolescencia en Ecuador

Regulatory Framework Applicable to Mediation in Family, Childhood, and Adolescence Matters in Ecuador

Maricruz del Rocío Molineros Toaza, PhD.¹

Como citar: Molineros Toaza, M. (2025) Marco regulatorio aplicable en la mediación en asuntos de familia, niñez y adolescencia en Ecuador. Derecho Crítico: Revista Jurídica, Ciencias Sociales y Políticas. 7(7) 1-21. DOI: https://10.53591/dcjcsp.v7i7.2573
--

Resumen: Este artículo examina el marco regulatorio de la mediación en asuntos de familia, niñez y adolescencia en Ecuador, destacando su rol como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. La legislación ecuatoriana prioriza la protección integral y el interés superior de niños y adolescentes, garantizando una justicia especializada. Aunque la mediación ofrece una vía extrajudicial, voluntaria y confidencial para resolver disputas, se cuestiona si sus límites habituales (materia transigible, procedimiento legal) son suficientes cuando se trata de derechos de menores.

La autora enfatiza la necesidad de un mediador especializado en esta área, ya que los requisitos generales actuales son insuficientes. Se propone que, si bien la mediación es autocompositiva, el interés superior de los niños y adolescentes debe primar sobre la autonomía de las partes, requiriendo un perfil más riguroso y una capacitación específica para los mediadores en estos casos. Se contrasta con los requisitos más estrictos para mediadores en asuntos de adolescentes infractores, sugiriendo una extensión de estos estándares a todas las mediaciones que involucren a menores.

Palabras clave: Mediación, niñez, adolescencia, Ecuador, interés superior

¹ Profesora titular de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, materias impartidas Derecho de Familia, Derecho de Niñez y Adolescencia, Derecho de Sucesiones, Derecho Laboral y Seguridad Social, Derecho Financiero Público y privado; Asesora del Consultorio Jurídico de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Consultora Legal en el área de Familia, Niñez, Laboral, Inmobiliaria, Mercantil y Bancaria Guayaquil, Ecuador. Código. Correo: maricruz.molineros@cu.ucsg.edu.ec

Abstract: This article examines the regulatory framework of mediation in family, childhood, and adolescence matters in Ecuador, highlighting its role as an alternative dispute resolution mechanism. Ecuadorian legislation prioritizes the comprehensive protection and best interests of children and adolescents, ensuring specialized justice. Although mediation offers an out-of-court, voluntary, and confidential way to resolve disputes, the article questions whether its usual limits (negotiable subject matter, legal procedure) are sufficient when children's rights are involved.

The author emphasizes the need for a specialized mediator in this area, as current general requirements are insufficient. It is proposed that, while mediation is self-composed, the best interests of children and adolescents must take precedence over the autonomy of the parties, requiring a more rigorous profile and specific training for mediators in these cases. The article contrasts this with the stricter requirements for mediators in juvenile offender matters, suggesting an extension of these standards to all mediations involving minors.

Keywords: Mediation, childhood, adolescence, Ecuador, best interest

INTRODUCCIÓN

El marco constitucional en Ecuador garantiza una legislación y administración de justicia especializada en materia de niñez y adolescencia, reconociendo la necesidad de contar con operadores de justicia debidamente capacitados, formación en conocimientos y probidad a quienes se los denomina jueces naturales. De este modo, el ordenamiento jurídico ecuatoriano se sustenta en el paradigma de la protección integral y el principio del interés superior del niño(a) o adolescente. No obstante, para asegurar la atención prioritaria especializada de los niños(as) y adolescentes en la administración de justicia dividió las competencias de los jueces en: protección de derechos y responsabilidad del adolescente infractor.

La solución de los conflictos en asuntos de niñez y adolescencia no es exclusiva de los administradores de justicia, la norma suprema reconoce expresamente otros mecanismos sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria. Estos medios alternativos de solución de conflictos (MASC) son: el arbitraje, la mediación, la conciliación, transacción, entre otros mecanismos; la finalidad es la misma, poner fin al conflicto sin necesidad de una decisión judicial. No obstante, la mediación como mecanismo alternativo, indistintamente del asunto que se trate, tiene dos

límites en su aplicación: uno es la regulación legal de los procedimientos y, otro es que la materia sea transigible; empero cabe cuestionarse si la mediación en asuntos de niñez y adolescencia, a partir de su reconocimiento como sujetos de derechos y de atención prioritaria, se aplican además de las indicadas otras restricciones.

El presente artículo tiene como objetivo establecer las reglas para aplicar el procedimiento de mediación en asuntos que involucren a niños y adolescentes, mediante la exploración de aportes doctrinales, normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, pronunciamientos de organismos oficiales y estudio del derecho comparado. Esta exploración permitirá contar con parámetros claros que delimiten cuáles son las reglas, aportando sirvan de un marco de actuación claro de los centros de mediación mediadores, abogados e intervinientes en materia de niñez y adolescencia.

Conceptualización de la mediación

La mediación es un medio alternativo para resolver los conflictos, mediante un acuerdo satisfactorio, recurren a ella de forma voluntaria las partes confrontadas por intereses contrapuestos, decidiendo en sujetarse a este procedimiento direccionado por una persona imparcial denominada mediador. A consideración de Echanique la mediación es “una herramienta efectiva para dar solución definitiva a controversias, esto mediante el consenso entre las partes, quienes buscan de manera extrajudicial solucionar sus diferencias, mediante un proceso ágil, confidencial y con el menor gasto de costos posibles. Una vez hayan arribado a un acuerdo, el mismo queda plasmado en un Acta de Mediación, acta que en base a lo determinado en la ley tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada”. (2010) De ahí que, se trata de un mecanismo autocompositivo, no sujeto a jueces o árbitros que toman la decisión, sino que la solución es instituida o generada por las partes en conflicto (Rozenblum, 1998).

Una definición integradora considera a la mediación como “Un método de resolución de conflictos, donde toma predominio la confidencialidad, la voluntariedad, la estructuración de gestión y resolución de conflictos que sirve para que las partes, en el ámbito que estén inmersas, consigan solucionarlo de forma satisfactoria, aceptando la colaboración de una persona profesional, experta y debidamente formada, que tiene como características principales la de ser

imparcial, y no imponer acuerdos, pero sí dirigiendo a las partes a la consecución de los mismos y al logro de su cumplimiento” (Guillen, 2020)

En tal sentido, este proceso extrajudicial se caracteriza por ser: voluntario, confidencial, hetero compositivo, con formalidades y plazos menos rigurosos que en la administración de justicia ordinaria, y soluciona los conflictos satisfaciendo las necesidades e intereses de las partes (el acuerdo debe ser de un asunto transigible y no implicar renuncia de derechos prohibidos por la Ley).

La Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) en el Art. 43 dispone “La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.” Esta definición identifica varios elementos como: la existencia de un procedimiento establecido en la Ley, los principios, los intervinientes, el tipo de asunto sometido a mediación y, la finalidad.

El procedimiento aplicable está regulado en la LAM que identifica primero a los sujetos que pueden someterse a este procedimiento “las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir.” No existe ninguna restricción para el sujeto, pueden ser papá, mamá o algún pariente de un niño(a) y adolescente, siempre que sea persona legalmente capaz para transigir, y que voluntariamente se sujete a este procedimiento.

Las partes solo pueden someter a mediación asuntos en materias transigibles, siendo obligatoria esta revisión para el Centro de Mediación antes de iniciar el proceso; verbi gracia no se sujetan a mediación casos: expresamente prohibidos, impliquen vulneración o restricción de derechos humanos irrenunciables. Dichas limitaciones son plenamente coherentes con la garantía constitucional “el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia” (Constituyente, 2008), cuya aplicación en un procedimiento de mediación supone el respeto y ejercicio de los derechos humanos, caso contrario no procede, aunque las partes manifiesten su voluntad. Esto reviste mayor relevancia cuando están en conflicto intereses de las partes con la de sus hijos menores de edad, sujetos a su patria potestad como sujetos, a quienes afectarán las decisiones que acuerden.

Los asuntos de niñez y adolescencia -materia de interés en esta investigación- pueden someterse a mediación a través de dos formas determinadas en la Ley, la primera consiste en que voluntariamente una o ambas así lo deciden, y la segunda cuando el juez competente que conoce un proceso judicial en materia de niñez y adolescencia dispone de oficio o a petición de parte que se envíe al Centro de Mediación, pudiendo las partes decidir acudir o no al sitio.

Principios de la mediación

La mediación se fundamenta en varios principios, la doctrina ha realizado aportes significativos que han sido acogidos en diferentes legislaciones, entre estos se han identificado los siguientes:

a) **Voluntariedad:** La voluntad es la facultad que tiene la persona para decidir y ordenar su propia conducta, es decir, la libertad de la persona para recurrir a la mediación como una alternativa para solucionar su conflicto, se materializa en una solicitud presentada en un Centro de Mediación debidamente autorizado; sin embargo, esta voluntad para que tenga validez debe ser informada sobre la mediación, el procedimiento y el efecto del acta de mediación (de lo cual debe quedar constancia). Antes de la expresión de la voluntad de la(s) parte(s) debe haberse revisado si el conflicto es de materia transigible, es decir, que pueda ser susceptible de acuerdo; caso contrario deberá indicarse a las partes que no procede la mediación, aunque estén de acuerdo.

b) **Flexibilidad del procedimiento:** Este principio es discutible, porque la Ley si establece un tiempo para que las partes lleguen a un acuerdo cuando el caso ha sido derivado por un Juez, vencido los 15 días término de la recepción de la mediación si no se celebra el Acta continuará la tramitación de la causa. Refiriéndose a este aspecto la doctrina coincide en que deben respetarse los principios de voluntariedad y confidencialidad, pero en cuanto al procedimiento debe existir una libertad de actuación de las partes, aunque si debe explicarse las fases de la mediación para que los intervinientes estén claros en cómo se llevará el proceso. Aunque este principio sea necesario en la mediación, considero necesario precisar que el procedimiento debe revestir cierta formalidad y contar con términos precisos sin caer en la rigidez, es decir, las partes pueden acordar extender los términos para analizar las posibles soluciones y

arribar a un Acta de Mediación.

c) **Confidencialidad:** Un pilar indispensable de la mediación que ha sido abordado por algunos autores, un aporte importante es el expuesto por Francisca Ramón Fernández, citando a Viola Demestre señala: “ La doctrina ha considerado que la confidencialidad admite una definición dual, por un lado, la reserva sobre los hechos que son conocidos en las sesiones de mediación, y el mantenimiento del secreto sobre dicha información; y por otro, la no divulgación, ni difusión, ni revelación de esa información de la que se dispone durante el procedimiento.” (Ramon Fernandez, 2014) Obligatoriamente las partes no pueden revelar la información ventilada durante el proceso de mediación, siendo vital para “La buena fe, la confianza y el convencimiento de que el intercambio directo de propuestas es lo que lleva a un acuerdo duradero son los pilares en los que se sostiene la mediación.”

La aplicación de este principio se hará mediante una cláusula de confidencialidad a la que se sujetan el mediador y las partes, el efecto confidencial inter- partes significa que una parte no conozca lo que la otra le dijo al mediador y viceversa, también que terceros con algún interés no conozcan la información, por ejemplo, el acreedor de una de las partes que quiera utilizar esta información en un proceso judicial. Análogamente, el mediador no puede ser llamado como testigo para revelar información que se ventiló en el proceso que estuvo a su conocimiento. A pesar de la importancia, las partes y el mediador pueden renunciar voluntariamente a la confidencialidad, en este sentido, se sujeta a la autonomía de la voluntad de las partes por ser renunciable.

Identificando a los intervinientes y sus funciones en el procedimiento de mediación

Los intervinientes en la mediación son las partes en conflicto y el mediador, tienen asignados roles específicos en el procedimiento de mediación para alcanzar el objetivo, a criterio de Schiffrin y Gottheil (1996). Además, un aspecto que destaca en la mediación es el rol del mediador como una persona neutral e imparcial que facilita la comunicación entre las partes, canaliza sus necesidades e intereses viabilizando el entendimiento entre sí para arribar a una solución no arbitraria o impuesta por el mediador o terceras personas ajenas al problema.

El objetivo es “resolver el conflicto interpersonal existente y colaborar en la toma de decisiones que lleven a su solución, sin adentrarse en las causas que lo subyacen. Importan sus efectos en el futuro, en cuanto muestran una forma posible de encarar los conflictos que puedan suscitarse.” Se materializa en el Acta que contiene el acuerdo al que arribaron las partes sea

total o parcial, incluso si las partes no llegaron a ningún acuerdo, a pesar de cumplir todo el proceso, se emite un acta de imposibilidad de acuerdo.

En todo el proceso las partes manifiestan sus sentimientos, incluso reprueban las actitudes de la contraparte, exponen sus posiciones, sus necesidades y opiniones al mediador, la finalidad es que se los ayuden a expresarse y escucharse de manera provechosa, así este canal de comunicación que se establece entre ellos viabiliza la solución del conflicto (Suares, 1996).

La mediación como método autocompositivo es óptimo para que las partes encaminen el proceso de resolución del conflicto, sin embargo, debemos preguntarnos ¿Cómo llegar a un acuerdo en asuntos que involucran a niños y adolescentes? ¿Cómo las partes pueden solucionar sus controversias sin conocer los principios en materia de niñez y adolescencia?, ¿Cómo debe ser el rol del mediador para no afectar a los niños, niñas, y adolescentes?, y si el mediador tratándose de sujetos de atención prioritaria ¿requiere de mayor especialización?

Algunos autores consideran al mediador como facilitador de la comunicación, asume el compromiso real de dirigir los conflictos para lograr la paz social, y a pesar de tener acercamiento con las partes no debe tener injerencia alguna en las decisiones del conflicto; por tanto, el mediador no puede controlar el proceso de mediación, el dominio del proceso - determinar el contenido de lo tratado y el resultado- incumbe a las partes por ser un procedimiento autocompositivo.

El principio de autonomía de la voluntad de las partes es el fundamento de las facultades y límites de actuación del mediador. Así, la aproximación del mediador con las partes será únicamente en el proceso a mediar, sus competencias serán: la neutralidad, capacidad de abstenerse de presentar su propio juicio, flexibilidad en el diálogo, inteligencia, paciencia, empatía, sensibilidad, ser oyente activo, persuasivo, tener capacidad para tomar distancia en los ataques, objetivo, honesto, digno de confianza para guardar confidencias, perseverante, entre las más significativas. Podría evidenciarse una aproximación más personal entre el mediador y las partes se rompería claramente la neutralidad e imparcialidad, pilares fundamentales de la mediación, afectándose la autonomía que deben mantener las partes en el proceso. Sin embargo,

por excepción, se podrían quebrantar algunos aspectos que caracterizan a la mediación siempre que esté de por medio el interés superior de los niños(as) y adolescentes, debiendo aplicarse la ponderación de sus derechos que los ubican por encima de los derechos de las partes en

conflicto.

Conforme a lo expuesto, si bien los roles del mediador y las partes en conflicto se encuentran asignados, cuando el acuerdo se refiera a asuntos que afectan a niños(as) y adolescentes, tanto las facultades de los intervinientes como los principios de la medición se verán afectados porque no puede bajo ninguna justificación afectar los derechos de los niños(as) y adolescentes reconocidos como grupo de atención prioritaria. De tal forma, se requerirá como parte del perfil de competencia que el mediador sea un especialista en esta materia para garantizar la validez del procedimiento y el Acta de Mediación.

Análisis de los requisitos para ser mediador:

Un aspecto que amerita una revisión urgente consiste en los requisitos para ser mediador en materia familiar que implique a niños(as) y adolescentes, en este aspecto no hay un criterio unificado en los ordenamientos jurídicos, algunos países son más rígidos en las exigencias que deben cumplirse y con ello buscan garantizar la idoneidad y probidad del perfil de competencias. A criterio de la autora, al ser necesario un conocimiento jurídico especializado en esta materia de orden público, el perfil de competencias y las funciones atribuidas al mediador deben ser más rigurosas, debe garantizarse dentro del procedimiento que el acuerdo sea de materia transigible, no vaya contra norma expresa y no afecte el goce efectivo de los derechos de los niños(as) y adolescentes.

En Ecuador se regulan requisitos generales y específicos, estos últimos se establecen al mediador en asuntos de adolescentes infractores cuya competencia corresponde exclusivamente a los Centros de Mediación de la Función Judicial. Así, los mediadores en asuntos de familia, niños y adolescentes deben cumplir los requisitos generales.

1.- Requisitos generales: Según consta en el Instructivo de registro y funcionamiento de

centros de mediación (en adelante instructivo) la persona que quiere ser registrado como mediador debe cumplir con los siguientes requisitos:

1.1. Presentar la autorización escrita por el director del centro de mediación registrado en el Consejo de la Judicatura al que se encuentra postulando el solicitante.

1.2. Tener el certificado de habilitación de su formación teórico-práctica otorgado

por un centro de mediación debidamente registrado en el Consejo de la Judicatura; este documento debe contener la información de los criterios dispuestos en el Art. 23 del instructivo. Esta formación de al menos haber durado 80 horas, distribuidas con una carga horaria mínima del 20 % y máxima del 30 % de temas teóricos, y el resto de la carga horaria en formación práctica que pueden incluir actividades como: “simulaciones de casos, juegos de roles, taller de preguntas, estrategias comunicacionales y en general, desarrollo de habilidades para la mediación.”

1.3. Certificado de observación de casos reales otorgado por los centros de mediación debidamente registrados en el Consejo de la Judicatura, en el que deberá indicarse los componentes “de evaluación para determinar la efectividad de las observaciones realizadas”. Este requisito será presentado siempre que hubiera sido la forma de evaluar al mediador.

A pesar, que en el instructivo constan requisitos mínimos, no siempre se cumplen, algunos reglamentos de centros de mediación como el de la superintendencia de compañías establecen otros requisitos de conformidad a los asuntos que deben tratar como, por ejemplo: tener mínimo 25 años de edad, ser funcionario de la institución, demostrar su capacitación teórico-práctica al menos de sesenta (60) horas en mediación, entre otros requisitos. Tal situación, evidencia que no existe un criterio unificado en los criterios mínimos que debe cumplir una persona para ser habilitada como mediadora, siendo importante recalcar que no se exige título académico de tercer nivel.

2.- Requisitos específicos: Conforme a lo revisado, la falta de un criterio unificado

implicaría que cada centro de mediación puede establecer requisitos específicos para sus mediadores (ejemplo el reglamento de la superintendencia de compañías). No obstante, como este artículo tiene como objetivo revisar la necesidad de los criterios para la mediación en el ámbito de niñez y adolescencia, he de referirme a los requisitos previstos en el Reglamento de mediación en asuntos relacionados con el adolescente infractor (en adelante reglamento), que establece los siguientes:

2.1. Tener título de tercer nivel otorgado por una universidad legalmente reconocida y registrada por la autoridad nacional de registro de títulos de educación superior en una de

las siguientes ramas: derecho, psicología, o trabajo social y demás ciencias afines;

2.2 Certificar conocimientos en procedimientos alternativos de solución de conflictos;

2.3. Demostrar experiencia mínima de tres años en el trabajo con adolescentes;

2.4. Haber aprobado los cursos académicos de formación y capacitación teórico práctico que dicte la Escuela de la Función Judicial;

5. Las **demás** que determine el **Pleno del Consejo de la Judicatura** (Judicatura, 2014) y,

6.- Presentar la autorización escrita del director o directora del Centro de Mediación de la Función Judicial.

Aunque los requisitos expuestos, son más rigurosos para el perfil del mediador en materia de adolescentes infractores, en mi opinión cumplen con el enfoque constitucional, esto es, dar atención especializada por tratarse de un grupo de atención prioritaria. Sin embargo, considero que se necesitan también mediadores especializados en temas de alimentos, tenencia, régimen de visitas, designación de curadores, o asuntos de divorcios que decidan la situación de los hijos sujetos a la patria potestad de los padres. Precisamente, la atención especializada y reforzada del mediador se requiere por los principios que debe aplicar, las prohibiciones legales de la materia, asegurar el ejercicio y protección de los derechos de los niños(as) y adolescentes.

Ahora, revisaré la legislación de algunos países para tener una visión integral respecto de los requisitos que deben cumplir los mediadores en temas de familia, niñez y adolescencia, empezaré con Chile cuya Ley N° 19.968 de 2004 ha establecido los requisitos para ser mediador familiar: título profesional de educación superior de una carrera mínima de 8 semestres de duración, formación especializada en mediación y materia de familia o infancia con estudios que avalen mínimo 180 horas en teoría y 40 horas de práctica, acreditar que no ha sido condenado por delitos que merezcan pena aflictiva, incluidos aquellos relacionados con violencia intrafamiliar, y constar inscrito en el registro de mediadores del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Posteriormente, la Ley N° 20.286 del año 2008 introduce la mediación familiar como una etapa obligatoria previa a la interposición de la demanda en asuntos de alimentos, tenencia,

régimen de visitas, es decir, derivados de las relaciones cotidianas entre padres e hijos que viven separados. Considero que los requisitos del mediador avalan su idoneidad y probidad en estos asuntos, a mi buen entender, tanto la obligatoriedad de las partes a buscar la mediación antes de la demanda y el perfil de competencia del mediador garantizan acuerdos oportunos y eficaces.

En Perú, no existen requisitos específicos para ser mediador en el ámbito de familia, niñez y adolescencia, sin embargo, al igual que en Colombia constan requisitos para ser conciliador familiar, estos se regulan en la Ley N° 26872 de Conciliación con su respectiva reforma, en el Decreto Supremo N° 014-2008-JUS que emite el Reglamento de la Ley de Conciliación, y la Resolución Administrativa N° 000440-2024-CE-PJ que aprueba el Protocolo de Mediación Intrajudicial Familiar. Así, entre los requisitos para ser conciliador extrajudicial constan: presentar la solicitud adjuntando copia simple del documento nacional de identidad vigente a la fecha de la presentación, documento original donde conste la asistencia y aprobación del curso de formación de conciliadores extrajudiciales suscrita por el representante legal del Centro de Formación y Capacitación (debe contener la calificación obtenida, récord de asistencias, el número del curso, fechas en que se realizó y número de la resolución de su autorización), declaración juramentada en el formato proporcionado de no tener antecedentes penales, y certificado de salud mental del solicitante expedido por el psicólogo o psiquiatra de un centro de salud pública. Adicionalmente, una vez que se hayan cumplido todos los requisitos el Ministerio de Justicia y Derechos humanos mediante resolución extiende la acreditación y asigna al solicitante un número de registro en el Registro Nacional Único de Conciliadores.

En España la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles establece entre los requisitos para ser mediador: persona natural en pleno ejercicio de sus derechos civiles que no se encuentre impedida por Ley debido al ejercicio de su profesión, título profesional superior o universitario, acreditar formación para el ejercicio de la mediación mediante uno o varios cursos otorgados por instituciones acreditadas, y contar con un seguro o garantía adecuada que respalde la responsabilidad civil ocasionada por su actuación en los conflictos en que intervenga.

La revisión normativa, interna y externa, evidencia mediante la comparación que los requisitos en Ecuador para ser mediador en asuntos de familia, niños y adolescentes son menos rigurosos, debiendo considerarse una reforma que permita garantizar el perfil mínimo que garantice la idoneidad y probidad del mediador en esta materia que requiere de una administración de justicia especializada, atención especial y reforzada, que garantice en el procedimiento de mediación el

cumplimiento del principio del interés superior y el ejercicio pleno de los derechos de los niños(as) y adolescentes a los que impactarán los acuerdos de mediación.

Asuntos transigibles en materia de niñez y adolescencia

El marco constitucional dispone de forma clara y expresa que la mediación se aplicará conforme a la Ley en todo asunto que por su naturaleza se pueda transigir, una regla similar consta en la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) al regular que la mediación procede siempre que se trate de materia transigible y, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA) dispone que la mediación “procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia.” Aunque la regla parece clara su aplicación es ambigua, para someterse a mediación asuntos de niñez y adolescencia deben cumplir dos supuestos, el primero que el asunto del conflicto sea transigible (contenido que no está delimitado), y el segundo que no puede vulnerar derechos irrenunciables de los niños(as) y adolescentes, en este acápite examinaré el primer supuesto.

La LAM solo dispone un caso expreso susceptible de mediación en niñez y adolescencia, esto es, los asuntos de alimentos, siempre que cumpla dos condiciones más, esté de conformidad con los principios del CONA y los fallos que se hayan expedido en esta materia. Por ello, se requiere buscar la respuesta a la siguiente pregunta: **¿Qué materias son transigibles en niñez y adolescencia?** En virtud de no existir una regla clara y concreta en el ordenamiento jurídico, la falta de un listado de asuntos transigibles en esta materia, para dar una respuesta válida deben examinarse algunos aspectos normativos, institucionales y doctrinales:

1. **Un primer aspecto** es delimitar los asuntos que conforme al ordenamiento jurídico pueden ser susceptibles de un acuerdo entre los padres **¿cuáles son estos asuntos?** La ley regula casos expresos en que las partes pueden llegar a un arreglo, cumpliendo ciertas condiciones, para que el Juez los acepte dentro del proceso judicial. Al no existir prohibición expresa, este acuerdo de los padres puede darse en un procedimiento de mediación, claro está respetando las restricciones generales y específicas indicadas. Encontramos en la normativa ecuatoriana los siguientes casos expresos en que los padres o parientes, partes de un proceso judicial, pueden llegar a un acuerdo:

En materia de tenencia: Los padres deben tener la patria potestad, es decir, ser titulares del conjunto de derechos y obligaciones de sus hijos no emancipados conforme lo dispone el Art. 294 del CONA. Precisamente, la tenencia consiste en el ejercicio del conjunto de derechos y

obligaciones por los padres con el fin de conseguir el desarrollo integral de los hijos, como, por ejemplo, cuidado, educación, defensa de derechos y garantías conforme a la Constitución. El numeral 1 del Art. 106 del CONA dispone al Juez aceptar el acuerdo de los padres respecto de quien ejercerá la patria potestad siempre que no perjudique los derechos del hijo (a). Por tanto, si se cumple con los supuestos regulados en el acuerdo de la tenencia de los padres respecto del hijo(a), si puede aplicarse la misma regla en un procedimiento de mediación y constar en el Acta respectiva. También en España, Chile y Perú se permite la mediación en asuntos de custodia, estos acuerdos garantizan el derecho de los niños(as) y adolescente respecto la convivencia, comunicación y relación con sus padres, no deberá afectar o perjudicar el desarrollo integral.

La tenencia es un tema transcendental para las relaciones filiales, los hijos identifican los roles y funciones de los padres durante la convivencia familiar; sin embargo, cuando los padres se separan se altera el modo de vida ocasionando perjuicio en los vínculos familiares. Al ser resuelta la tenencia en mediación comporta ventajas para los hijos(as) debido a que se evita la incomodidad del litigio, retrasos en el proceso, se busca una solución partiendo de la buena fe y común acuerdo de los padres. Aunque no siempre el acuerdo respeta la opinión de los hijos(as) e incluso ni siquiera se lo escucha.

1.1 La **regulación de visitas** es el derecho del padre que no ostenta la tenencia para mantener los vínculos afectivos con sus hijos(as), este es otro caso previsto en el Art. 123 del CONA, permite el acuerdo entre los padres o parientes, se sujeta a la misma restricción general y condiciones antes expuestas, siempre que no perjudique los derechos del hijo(a) el juez lo acepta. De tal forma, este acuerdo también puede llevarse a cabo en un procedimiento de mediación debiendo constar en el Acta respectiva. Asimismo, tanto en España, Chile y Perú se permiten acuerdos en esta materia considerando siempre el bienestar y desarrollo integral de los niños(as) y adolescentes en cuyo beneficio deberán fijarse las visitas.

1.2 **En materia de alimentos** conforme lo regula la LAM y el CONA, se dispone que el Juez aceptará el acuerdo de las partes en Audiencia siempre que el valor de la pensión de alimentos no sea inferior al que indique la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas, esta limitación es específica al asunto, en ningún caso, aunque medie acuerdo de las partes se puede aceptar una pensión inferior a la regulada en la

tabla por el perjuicio al alimentario. Del mismo modo, en España, Chile y Perú se permiten acuerdos en esta materia, bajo las restricciones establecidas en cada país.

1.3 Asuntos patrimoniales vinculados a la administración de los bienes de los hijos que se deriven del ejercicio de la patria potestad, con las limitaciones establecidas en el Código Civil respecto de la enajenación, constitución de gravámenes y limitaciones que se prohíben, en algunos casos deberá requerirse autorización del Juez. A pesar de existir otros asuntos en que los padres pueden llegar a un acuerdo, al tratarse de una materia que implica un potencial perjuicio o afectación a los derechos del niño(a) o adolescente, no podría someterse a mediación asuntos de violencia intrafamiliar, violencia de género o vulneración grave de derechos. Por ejemplo, en Ecuador se entiende excluidos algunos asuntos como la autorización que dan los padres para que el hijo salga del país, por Ley solo puede otorgarse ante un Juez o Notario Público. Otro caso previsto en el CONA, la suspensión voluntaria de la patria potestad en el caso de migración motivada por razones económicas para confiar la tutela del hijo al pariente que recibió el encargo solo puede otorgarse ante el Juez, a pesar que en este caso, no hay un conflicto entre el padre o madre, no podría acordarse en un Centro de Mediación por la posible afectación de derechos. A criterio de algunos autores como Aguirre (2014) la falta de indeterminación de materias transigibles genera inseguridad jurídica e incluso podría causar la nulidad del acuerdo. Estos casos requieren una atención más prolija y especializada en protección de derechos para la designación del pariente tutor cuyo conocimiento no ostenta el mediador.

2. Un segundo aspecto son los pronunciamientos de los organismos oficiales autorizados o de control, constituye el segundo aspecto, cuya obligación es velar siempre que se garanticen y protejan los derechos de los niños(as) y adolescentes en este proceso, revisemos:

2.1. **La Defensoría Pública del Ecuador** en su página oficial https://www.defensoria.gob.ec/?epkb_post_type_1=cuales-son-las-materias-en-las-que-se-puede-realizar-una-mediacion (revisada el 21 de noviembre del 2024) exhibe un catálogo de las materias en las que se puede realizar una mediación, he de revisar el primer ítem que es parte de la investigación, este señala como materia FAMILIA, MUJER NIÑEZ Y ADOLESCENCIA indicando expresamente que las materias para mediación son: fijación de pensión alimenticia,

fijación de pensión alimenticia de Ayuda Prenatal, fijación de aumento o rebaja de pensión alimenticia, acuerdo de pago de alimentos, cambio de modalidad de pensión alimenticia, régimen de visitas y tenencia para realizar el divorcio. Todos los asuntos que ha discriminado la Defensoría Pública de Ecuador como susceptibles de mediación coinciden con aquellos asuntos que revisamos como primer aspecto, es decir, los que el CONA dispone al Juez acoger el acuerdo de los padres o parientes dentro del proceso judicial. Aunque existe una diferencia en el acuerdo de tenencia y régimen de visitas que a criterio de la Defensoría Pública solo procede cuando son secuelas del divorcio (asunto principal) que causa la mediación.

2.2. **El Consejo de la Judicatura** en su página oficial tiene un catálogo de asuntos que pueden tratarse en el Centro de Mediación del Consejo de la Judicatura de familia que involucran aspectos de niños(as) y adolescentes, entre estos, las cuestiones de alimentos sus incidentes, liquidación y cambio de modalidad de pago, régimen de visitas, tenencia como incidente de divorcio de mutuo acuerdo sin oposición, tenencia con oposición siempre que haya derivación judicial, y el caso de adolescentes infractores cuya conocimiento está reservado exclusivamente por este Centro de Mediación.

Pronunciamientos de la Función Judicial en Ecuador no han abordado explícitamente los criterios aplicables en la mediación de asuntos de familia, niñez y adolescencia, sin embargo, existe jurisprudencia de la Corte Constitucional que involucran aspectos relacionados con la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y la importancia de los acuerdos en el contexto familiar como: la sentencia de Corte Constitucional **Nro. 28-15-IN** que declaró la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, porque establecían la preferencia materna en la tenencia de niños; este pronunciamiento dio trece parámetros que los jueces deben considerar para decidir en sus sentencias a cuál de los padres se debe otorgar la tenencia de los hijos(as) sujetos a la patria potestad, destacando la necesidad de evaluar cada caso para garantizar el bienestar de los menores. Otro criterio importante consta en la **Sentencia No. 239-17-EP/22 de la Corte Constitucional**, aunque no menciona específicamente la mediación, la corte enfatiza la prevalencia de los derechos de los niños(as) y adolescentes, acoge la observación 14 del Comité de Derechos del Niño de la ONU en la que se define el interés superior como un principio tridimensional, debiendo aplicarse como derecho sustantivo, norma de procedimiento y criterio de interpretación. De esta forma se garantiza que en todo procedimiento debe velarse por el

bienestar y respeto de los derechos de los niños(as) y adolescentes.

3. Un tercer aspecto son los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han marcado la relevancia del principio del interés superior del niño, si bien no hay sentencias específicas que planteen directamente la aplicación de la mediación en asuntos de niños y adolescentes, se pueden deducir algunas consideraciones generales sobre ¿cómo este principio se aplica en casos relacionados con la protección de los derechos de los niños(as) y adolescentes? El argumento principal radica en reconocer a este principio – derecho como inherente a la dignidad del ser humano, su consideración como sujetos de atención prioritaria es prevalente porque requieren normas especiales, atención prioritaria, y la necesidad que todas las decisiones de las autoridades deben asegurar la protección que favorezca el ejercicio de sus derechos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, p. 61)¹ y su desarrollo integral. Ciertamente el principio del interés superior debe aplicarse en todos los asuntos donde las decisiones afecten los intereses de los niños(as) y adolescentes, prioricen sus derechos y bienestar⁴. Esto implica que las decisiones deben estar motivadas y soportadas en el interés superior, considerando explícitamente las circunstancias de cada caso y cómo se deben ponderar sus derechos.

2.4 Un cuarto aspecto relevante son los pronunciamientos del Comité Consejo de Europa, en la recomendación del año 1998 el Consejo se pronuncia sobre la mediación familiar en especial para abordar conflictos que involucran a niños(as) y adolescentes en custodia, visitas y alimentos, además se descartan algunos aspectos importantes como: la exclusión de los casos de violencia intrafamiliar o que representan riesgos para los niños(as) o adolescentes, procede en conflictos derivados de divorcios o separaciones en los que siempre debe garantizar el bienestar del menor, designación de tutores *ad litem* en el proceso cuando existan conflictos de intereses entre padres e hijos. Conforme señala Marín la mediación familiar procede en asuntos de familia que sean disponibles, excluyendo a los derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir por sí mismas conforme lo dispone legislación aplicable a estos casos. (Marín, 2011) Se destaca la influencia positiva de la recomendación que a pesar de no ser vinculante ocasionó la reforma de la Ley 04/2001 de España que incorporó requisitos de formación especializada y la confidencialidad de los mediadores. Esta revisión evidencia que no existe un criterio unificado

en la implementación de la mediación en los países de Europa, a pesar de existir estándares comunes.

En definitiva, la mediación en Ecuador no constituye un requisito previo para iniciar un proceso judicial en materia de familia, niñez y adolescencia, como si es obligatorio en Chile, a pesar de carecer de una regulación unificada, falta de sentencias específicas en este contexto, y determinación de los asuntos que pueden sujetarse a este procedimiento, su uso está amparado en la Constitución de Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, Código de la Niñez y Adolescencia, Ley de Arbitraje y Mediación, y otras normas infra legales, permiten su aplicación como un método alternativo de solución de controversias. No obstante, la legislación actual requiere ser objeto de futuras reformas en especial del catálogo de asuntos que pueden transigirse mediante este mecanismo, elevar el perfil de competencia para ser mediador, garantizar el ejercicio de los derechos del niño(a) y adolescente en especial a expresar su opinión y ser escuchado, con lo cual se garantiza la seguridad jurídica y validez del acuerdo.

Desafíos en Ecuador de la mediación en familia, niñez y adolescencia

La mediación en asuntos de familia, niños y adolescentes en Ecuador enfrenta en la actualidad varios desafíos jurídicos, la doctrina conforme hemos visto se ha pronunciado sobre algunos de ellos, he de revisar estos de acuerdo a su relevancia:

Aspectos Jurídicos

1. ***La necesidad de un marco jurídico específico:***

La normativa actual en Ecuador sobre mediación es muy general, no se especifican los criterios de la mediación en asuntos de familia, niñez y adolescencia. Sin embargo, si ha establecido estándares más rigurosos para la mediación en temas de adolescentes infractores, a pesar que la Constitución dispone una administración de justicia especializada también en la protección de los derechos de este grupo de atención prioritaria. Esta generalización representa falta de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, los mediadores deben acudir a diferentes cuerpos legales dispersos para identificar e interpretar que aspectos son susceptibles de mediación, basándose en reglas generales del Código Civil, Código de la Niñez y Adolescencia, Ley de Arbitraje y Mediación y otras normas inferiores vigentes. (Lescano & Grijalva, 2023)

2. ***Aumento de la congestión en los procesos judiciales:***

El sistema judicial enfrenta dificultades, el aumento de las causas, la falta de jueces para atender los procesos dentro de los plazos, y el retraso en el despacho de los procesos, evidencian una administración de justicia deficiente y tardía, especialmente en el ámbito familiar, lo que impacta en la eficacia y oportunidad de las decisiones judiciales que perjudican a las partes. Por consiguiente, la mediación se muestra como una alternativa rápida y efectiva para resolver conflictos familiares en los que intervienen niños(as) y adolescentes, tal como lo analizamos anteriormente. (Cazares & Santamaría, 2023)

3. *Falta de requisitos para mediadores en materia de familia, niñez y adolescencia:*

Aunque en la Ley de Arbitraje y Mediación se establecen requisitos generales para los mediadores, el registro en el Consejo de la Judicatura, estar inscritos en centros de mediación o estar autorizados para ser independientes, no existen requisitos específicos que garanticen la idoneidad y probidad de los mediadores en asuntos de familia, niños y adolescentes. para la mediación familiar. (Lescano & Grijalva, 2023) Si esta situación se mantiene, continuará el incumplimiento de la atención especializada por mandato constitucional y la afectación de los derechos de los niños(as) y adolescentes con las decisiones que se tomen en los acuerdos.

Otros aspectos necesarios a considerar

1. ***La responsabilidad civil del mediador:*** La responsabilidad civil del mediador por sus actuaciones en del proceso que interviene, no ha sido establecido en el Ecuador, siendo un tema de vital importante ha sido previsto en España, el mediador debe dar una caución o seguro de responsabilidad civil con la finalidad de salvaguardar los derechos de las partes y brindar tranquilidad en el procedimiento que debe guiar el mediador.

2. ***Construcción de una Cultura de Paz:*** La mediación en el ámbito de familia, niñez y adolescencia contribuye a la construcción de una cultura de paz, la promoción del diálogo y comprensión mutua entre las partes, la necesidad de precautelar el interés superior y el ejercicio efectivo de los derechos de los niños(as) y adolescentes afectados por las decisiones que se acuerden. Fomentar la aplicación de este medio de solución de conflictos contribuye al cumplimiento del Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) número 16 que se refiere a la promoción de sociedades justas, pacíficas e inclusivas.

3. ***Reforzar el perfil profesional del mediador:*** En la investigación se ha evidenciado que otros países exigen requisitos más rigurosos para ser mediador en ámbito de familia, niñez y adolescencia; este argumento se sostiene por la necesidad de ser especialista en esta área del derecho. De tal forma, se ha destacado la importancia de un perfil profesional que garantice los conocimientos necesarios, idoneidad y probidad de los mediadores de familia, niñez y adolescencia, además de tener las destrezas y estrategias necesarias para manejar conflictos de esta naturaleza de forma efectiva.

4. ***La optimización procesal en la administración de justicia:*** La norma constitucional dispone que el “sistema procesal es un medio para la realización de la justicia” (Constituyente, 2008), reconoce a otros medios alternativos a los que pueden recurrir las personas para solucionar los conflictos, entre ellos, consta la mediación. De tal forma, la realización de la justicia para las partes en conflicto se puede obtener mediante la mediación, especialmente en asuntos de familia, niñez y adolescencia, donde el acercamiento de las partes es necesario para recomponer las relaciones y cesar la afectación de los hijos(as) menores de edad. Consecuentemente contribuye en la optimización de los principios de economía y celeridad procesal, colaborando en la descongestión del sistema judicial y garantizando a las partes en conflicto una mayor participación de en la búsqueda de soluciones pacíficas.

Referencias Bibliográficas

Constituyente, A. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi: Registro Oficial.

Guillen, C. (2020). La mediación: aspectos prácticos y jurídicos. Breve análisis del anteproyecto de la nueva ley.

Judicatura, C. d. (2014). REGLAMENTO DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS RELACIONADOS CON EL ADOLESCENTE . Quito: Suplemento Registro Oficial.

Ramon Fernandez, F. (2014). La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de caracter personal. Revista para el análisis del Derecho, 1 - 28.

Badaraco (2016). Citado en Solución alternativa de conflictos del ejercicio de la tenencia de niños, niñas y adolescentes por Jorge Cazarez y Juan Pablo Santamaría, Revista Ciencia UNEMI, p. 65

Cherres Susana (2015). Citado en Solución alternativa de conflictos del ejercicio de la tenencia de niños, niñas y adolescentes por Jorge Cazarez y Juan Pablo Santamaría, Revista Ciencia UNEMI, p.64

Correa, R. (9 de Enero de 2016). Enlace ciudadano nro. 458 desde Malchingui provincia de pichincha 9/01/2016. Recuperado el 31 de Julio de 2016, de Youtube:
<https://www.youtube.com/watch?v=FuSvldufuo>

Cortez Dominguez, V. (1991). Derecho Procesal (Vol. II). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Couture, E. (1958). Fundamentos del Derecho Procesal Civil (3ª ed.). Buenos Aires, Buenos Aires: Depalma.

García Sarmiento, E., & García Olaya, J. (2005). Medidas cautelares. Colombia: Termis.

Idrobo, M. (1984). La contratación administrativa en el Ecuador. Quito, Ecuador: Editorial Época.

Lescano Galeas, N. V., & Grijalva-López, G. M. (2023). El perfil profesional en la mediación familiar. Revista de Cultura de Paz, Vol. 7, pp. 181–208. doi:
[10.58508/cultpaz.v7.1852](https://doi.org/10.58508/cultpaz.v7.1852).

Ley Orgánica Electoral, C. d. (27 de Abril de 2009). Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia

. Registro Oficial no. 578. Ecuador.

Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia. (29 de Julio de 2009). Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial no. 636. Ecuador.

Liebman, M. T. (1976). Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires.

DERECHO CRÍTICO: REVISTA JURÍDICA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

Vol. 7, Núm. 7, 2024 (1-21)

ISSN: 2953 - 6464

DOI: <https://10.53591/dcjcsp.v7i7.2573>

López Vargas, M. (2012). La correcta aplicación de medidas cautelares dentro de la competencia desleal en el sistema jurídico ecuatoriano. Recuperado el 26 de Enero de 2017, de Universidad de las Américas:

<http://dspace.udla.edu.ec/jspui/bitstream/33000/178/1/UDLA-EC-TAB-2012-77.pdf>

Martínez B. (1990). Medidas Cautelares. Buenos Aires: Ediciones Universidad.

Méndez Costa, M. J., Lorenzo de Ferrando, M. R., Cadoche de Azvalinsky, S. N., & et.al. (s.f.). Derecho de Familia (Vol. II). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Messineo, F. (1984). Derecho de Alimentos. Ediciones Jurídicas.

Montero Aroca, J. (2000). El nuevo proceso civil Ley (1/2000). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Morales P., M. (2010). El principio de Seguridad Jurídica en el marco de la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública. Recuperado el 17 de Enero de 2017, de UDLA: <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/386/1/UDLA-EC-TAB-2010-72.pdf>

ORTELLS R., M. (2000). Las medidas cautelares. España: La Ley.

ROZENBLUM, S. (1998). Mediación en la escuela. Buenos Aires: Aique

Ramón A., M. L. (2011). Extíngase la obligación que tiene el obligado principal de pasar alimentos, cuando el beneficiario ha contraído obligaciones como progenitor. Recuperado el 28 de Febrero de 2016, de Universidad Nacional de Loja: <http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/2577/1/RAM%C3%93N%20ARMIJOS%20MAIRA%20LOURDES>

Schiffirin Adriona y Gottheil Julio, La Mediación: Una transformación en la cultura, Editora Paidós, España, 1996

Serrano López, J. (2012). El proceso de ejecución forzosa y su regulación en el código procesal civil y mercantil. Recuperado el 23 de Enero de 2017, de

DERECHO CRÍTICO: REVISTA JURÍDICA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

Vol. 7, Núm. 7, 2024 (1-21)

ISSN: 2953 - 6464

DOI: <https://10.53591/dcjcsp.v7i7.2573>

[http://ri.ues.edu.sv/2035/1/El_proceso_de_ejecucion_forzosa_y_su_regulacion_en_el_codigo_p
rocesal_civil_y_mercantil.pdf](http://ri.ues.edu.sv/2035/1/El_proceso_de_ejecucion_forzosa_y_su_regulacion_en_el_codigo_p
rocesal_civil_y_mercantil.pdf)