



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO**

La omisión de la opinión de los niños, niñas y adolescentes en la suscripción
de actas de mediación

**Trabajo de titulación para optar al título de Abogada de los Tribunales y
Juzgados de la República del Ecuador**

Autor:

Suntasig Guashca, Verónica Esthela

Tutor:

Dr. Vinicio Mejía Chávez, Ph.D.

Riobamba, Ecuador. 2023

DECLARATORIA DE AUTORÍA

Yo, Verónica Esthela Suntasig Guashca, con número de cedula 0504234139, declaro que soy autora del trabajo investigativo con el título denominado: "La omisión de la opinión de los niños, niñas y adolescentes en la suscripción de actas de mediación", previo a la obtención del título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, certifico que la producción, ideas, opiniones, criterios, análisis y conclusiones, son personales y acorde a los lineamientos y designios son de mi exclusiva responsabilidad.

Cedo a la Universidad Nacional de Chimborazo, los derechos de autoría, para su uso, comunicación pública, distribución, divulgación y/o reproducción total o parcial, por medio físico o digital. Los posibles reclamos de terceros respecto de los derechos de autor serán de mi responsabilidad.

En Riobamba, a días del mes de octubre del 2023



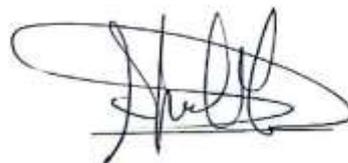
Verónica Esthela Suntasig Guashca
C.I: 0504234139

DICTAMEN FAVORABLE DEL TUTOR Y MIEMBROS DEL TRIBUNAL

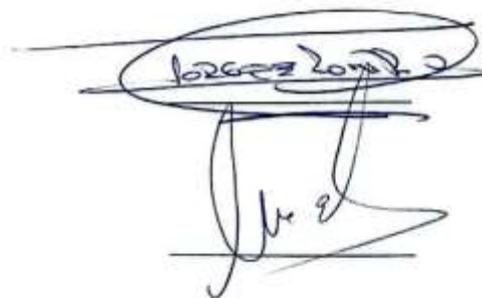
Quienes suscribimos, catedráticos designados Miembros del Tribunal de Grado del trabajo de investigación "La omisión de la opinión de los niños, niñas y adolescentes en la suscripción de actas de mediación", presentado por Verónica Esthela Suntasig Guashca, con cédula de identidad número 050423413-9, emitimos el DICTAMEN FAVORABLE, conducente a la APROBACIÓN de la titulación. Certificamos haber revisado y evaluado el trabajo de investigación y cumplida la sustentación por parte de su autor; no teniendo más nada que observar.

De conformidad a la normativa aplicable firmamos, en Riobamba, a días del mes de octubre del 2023.

Dr. Alex Duchicela
Miembro del Tribunal de Grado



Dr. Jorge Romero
Miembro del Tribunal de Grado



Dr. Vinicio Mejía Chávez
Tutor

CERTIFICACIÓN

Que, **VERÓNICA ESTHELA SUNTASIG GUASHCA** con CC: **050423413-9**, estudiante de la Carrera de **DERECHO**, Facultad de **CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS**; ha trabajado bajo mi tutoría el trabajo de investigación titulado "**LA OMISIÓN DE LA OPINIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LA SUSCRIPCIÓN DE ACTAS DE MEDIACIÓN**", que corresponde al dominio científico **DESARROLLO SOCIOECONÓMICO Y EDUCATIVO PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICO Y CIUDADANA** y alineado a la línea de investigación **DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES**, cumple con él **3%**, de acuerdo al reporte del sistema Anti plagio **URKUND**, porcentaje aceptado de acuerdo a la reglamentación institucional, por consiguiente autorizo continuar con el proceso.

Riobamba, 25 de julio de 2023



Dr. Vinicio Mejía Chávez, Ph.D.
TUTOR DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

DEDICATORIA

El trabajo de investigación para obtención del título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador y cada uno de mis logros los dedico a mis amados padres Leónidas Suntasig y Teresa Guashca, quienes a través de sus enseñanzas han sido un pilar fundamental para hacer de mí un gran ser humano, me han apoyado incondicionalmente en mi proceso de formación profesional, enseñándome a luchar y no redime pese las dificultades que se puedan presentar en el proceso, inculcando en mí y mi hermano valores de perseverancia, valentía, respeto y dedicación.

A mi hermano, a mis abuelitos, tíos y tías, primos y amigos, por los consejos y apoyo brindado durante mi primera carrera universitaria; así también, me dedico por no rendirme y confiar en mí misma pese a las dificultades presentadas.

Verónica Esthela Suntasig Guashca

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por la salud, fortaleza, sabiduría, fe y valor, para poder culminar con mi estudio universitario y poder obtener mi título profesional. Agradezco a mis amados padres por confiar en mi capacidad y por la ayuda económica que me dieron durante todo el proceso universitario.

Agradezco a mis docentes que, por sus enseñanzas y consejos, a lo largo de mi formación académica desde primaria, secundaria y universidad, han aportado con sus conocimientos para utilizarlos dentro del campo laboral y la vida.

De igual forma, a la “Universidad Nacional de Chimborazo”, por darme la oportunidad de instruirme en esta prestigiosa institución en el campo profesional del Derecho, sus métodos y guías de enseñanza aplicados por los docentes a través de su cátedra han hecho de mí un excelente profesional y ser humano.

Agradezco a mi tutor el Dr. Vinicio Mejía, quien desde el momento que ingrese a la universidad en las aulas de clase además de impartirme conocimientos para el desempeño de mi profesión en el campo laboral, también me ha enseñado a ser una persona que luche por lo justo y que, a pesar de las dificultades a lo largo de nuestra vida, nunca obremos mal en contra de nuestro prójimo y de Dios.

Finalmente agradezco, a mis amigos y personas que me han apoyado y forman parte de mi vida, como también a aquellos que ahora no se encuentran junto a mí.

Verónica Esthela Suntasig Guashca

ÍNDICE GENERAL

DECLARATORIA DE AUTORÍA	
DICTAMEN FAVORABLE DEL TUTOR Y MIEMBROS DEL TRIBUNAL	
CERTIFICADO ANTIPLAGIO	
DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTO	
RESUMEN	
ABSTRACT	
CAPÍTULO I.....	13
INTRODUCCIÓN.....	13
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	14
1.1 Problema.....	14
1.2 Justificación.....	15
1.3 Objetivos.....	16
1.3.1 Objetivo general	16
1.3.2 Objetivo específico	16
CAPÍTULO II.....	17
MARCO TEÓRICO	17
2.1 Estado del arte relacionado a la temática.....	17
2.2 Aspectos teóricos.....	19
2.2.1 UNIDAD I.....	19
LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	19
2.2.1.1 Conceptualización y características de la mediación	19
2.2.1.2 Definición, características y tipos de acta de mediación	23
2.2.1.3 Principio y fin del procedimiento para la suscepción del acta de mediación ..	26
2.2.1.4 Jurisdicción y competencia del centro de mediación y arbitraje para suscribir actas de mediación.....	30
2.2.2 UNIDAD II.....	34
EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OÍDOS.....	34
2.2.2.1 El derecho de los menores a ser oídos según la legislación nacional.....	34
2.2.2.2 El derecho de los menores a ser oídos según la legislación internacional	38
2.2.2.3 La valoración de la opinión del menor según sus años de edad	40
2.2.3 UNIDAD III	44
DETERMINACIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS ACTAS DE MEDIACIÓN SUSCRITAS EN MATERIA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	44
2.2.3.1 Alcance y efectos jurídicos del acta de mediación	44

2.2.3.2 Efectos y requisitos del acta de mediación como sentencia	46
2.2.3.3 Errores subsanables he insubsanables en el acta de mediación.....	49
2.2.3.4 Análisis de caso	54
2.3. Hipótesis	57
CAPÍTULO III	58
METODOLOGÍA.....	58
3.1. Unidad de análisis.....	58
3.2. Métodos	58
3.3. Enfoque de investigación	58
3.4. Tipo de investigación	58
3.5. Diseño de investigación.....	59
3.6. Población	59
3.7. Muestra	59
3.8. Técnicas e instrumentos de investigación	60
3.9 Técnicas para el tratamiento de información.....	60
CAPÍTULO IV	61
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	61
4.1. Resultados.....	61
4.2. Discusión de resultados	71
CAPÍTULO V	73
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	73
5.1 Conclusiones.....	73
5.2 Recomendaciones	74
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75
ANEXOS	79

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Estrato social	59
Tabla 2 Pregunta 1	61
Tabla 3 Pregunta 2	62
Tabla 4 Pregunta 3	63
Tabla 5 Pregunta 4	64
Tabla 6 Pregunta 5	65
Tabla 7 Pregunta 6	66
Tabla 8 Pregunta 7	67
Tabla 9 Pregunta 8	68
Tabla 10 Pregunta 9	69
Tabla 11 Pregunta 10	70

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1	23
Gráfico 2	24
Gráfico 3	25
Gráfico 4	61
Gráfico 5	62
Gráfico 6	63
Gráfico 7	64
Gráfico 8	65
Gráfico 9	66
Gráfico 10	67
Gráfico 11	68
Gráfico 12	69
Gráfico 13	70

RESUMEN

Esta investigación determina si los procesos extrajudiciales garantizan los derechos constitucionales de niños, niñas y adolescentes. En concreto, un tercero imparcial encamina un proceso de mediación hacia una conciliación. El proceso de mediación busca proteger los derechos constitucionales de manera efectiva a través del tercero imparcial. Es importante resaltar la aplicación del principio del interés superior de la niñez y la adolescencia en los procesos de mediación; entonces, su aplicabilidad exige competencias técnico-profesionales del mediador, quien debe conocer sus alcances y recurrencias (dictadas por la experiencia). Por lo tanto, la aplicación del principio mencionado incluye una variedad de formas efectivas de negociar y discutir sobre la mesa. La negociación debe llegar a un acuerdo satisfactorio que produzca efectos jurídicos orientados positivamente al desarrollo del menor. Esta investigación considera las normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, principalmente el Código de la Niñez y la Adolescencia, la Ley de Arbitraje y Mediación con el fin de sustentar su desarrollo y análisis en cada capítulo. Los resultados muestran que algunos derechos de niñas, niños y adolescentes han sido omitidos o vulnerados en los procesos de mediación como el derecho a ser escuchados oportunamente. En consecuencia, sus opiniones no fueron debidamente valoradas o simplemente fueron omitidas. La violación provocó inconsistencias en las actas de mediación suscritas por sus padres o representantes legales; recayendo esta acción ineficaz en la responsabilidad del mediador, como supervisor del proceso. La mediación es un procedimiento donde debe prevalecer el principio de voluntariedad, pero este acto no está previsto en la ley.

Palabras claves: acta de mediación, mediador, opinión, niñez y adolescencia.

ABSTRACT

This investigation assesses to what extent extrajudicial processes guarantee the constitutional rights of children and adolescents. Specifically, it examines how an impartial third party employs mediation to facilitate conciliation and effectively protect constitutional rights. The mediation process's significance lies in applying the child's best interest as a principle within the mediation process, demanding a mediator with the requisite technical and professional skills grounded in experience. Applying this principle encompasses various effective negotiation techniques, aiming to reach a mutually beneficial agreement that positively contributes to the minor's development. This research is framed in the context of Ecuadorian legal regulations, primarily the Code of Children and Adolescents and the Arbitration and Mediation Law, which provide the framework for its analysis in each chapter. The findings show instances where the rights of children and adolescents were either overlooked or violated during mediation processes, notably their right to be heard on time. Consequently, their perspectives were inadequately considered or, in some cases, entirely omitted from the mediation records. This breach of rights highlights the mediator's responsibility as a guardian of the process and targets the need to address this issue. Furthermore, it is essential to emphasize that mediation is fundamentally voluntary, although this aspect is not explicitly stated in the law.

Keywords: mediation record, mediator, opinion, childhood and adolescence

Abstract translation reviewed by

BLANCA NARCISA FUERTES LOPEZ

Dr. Narcisa Fuertes, PhD.

CC: 1002091161

Professor at Competencias Lingüísticas UNACH

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

El inciso final del Art. 11 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia señala que específicamente ninguna persona podría aplicar o invocar el principio de interés superior del niño, sin que previamente se haya escuchado su opinión. De lo cual se desprende que la opinión de los niños, niñas y adolescentes en cualquier tipo de proceso es fundamental para el ejercicio efectivo de sus derechos constitucionales, tales como el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, el debido proceso, el ser escuchado en el momento procesal oportuno, etc.

En este contexto, se indica que la opinión de los niños, niñas y adolescentes forma parte del derecho a ser consultados previsto en el artículo 60 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en donde se establece además que para valorar la opinión de los niños y niñas es necesario tomar en cuenta su edad. Al respecto el artículo 106 del referido código, regula las reglas para confiar la patria potestad señala que la opinión del niño o niña podrá ser valorada por el administrador de justicia cuando el menor no haya cumplido los 12 años de edad, pero en el caso de que sea mayor de los 12 años de edad la opinión del niño o niña será obligatoria para el juez.

Por otra parte, la Corte Constitucional del Ecuador en Sentencia Nro. 2691-18-EP/21 de fecha 10 de marzo de 2021 estableció que en cualquier proceso, caso o asunto en el cual se hayan tomado decisiones que afecten o puedan incidir en los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se debe escuchar su opinión, caso contrario, esa decisión carecería de validez y eficacia jurídica; estableciendo una excepción que el juez, cualquier autoridad administrativa o servidor público podrá negarse a acoger la opinión del niño, si la misma podría producir una vulneración a sus derechos.

Para el análisis y estudio de la investigación se aplicará el método inductivo, el método jurídico-analítico, el método jurídico-doctrinal, y el método jurídico descriptivo; por ser una investigación jurídica se asume un enfoque mixto; por los objetivos que se pretende alcanzar con la ejecución de la investigación será de tipo pura, documental-bibliográfica, dogmática y jurídica descriptiva; por la naturaleza y complejidad del problema a investigar es de diseño no experimental; la población involucrada está constituida por Mediadores de la Función Judicial y Mediadores debidamente autorizados por el Concejo de la Judicatura, a quienes se les aplicará un cuestionario de preguntas cerradas.

La presente investigación está estructurada conforme lo tipifica el Art 16 numeral 3 del Reglamento de Titulación Especial de la Universidad Nacional de Chimborazo, que comprende: portada; introducción; planteamiento del problema; objetivos: general y

específicos; estado del arte relacionado a la temática o marco teórico; metodología; presupuesto y cronograma del trabajo investigativo; referencias bibliográficas; anexos; y, visto bueno del tutor.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Problema

La mediación es un método alternativo de solución de conflictos previsto en el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador, mediante la cual, las partes renuncian a la jurisdicción judicial ordinaria y deciden someter un conflicto ante un centro de mediación autorizado por el Consejo de la Judicatura para que, a través de un tercero imparcial denominado como mediador, logren establecer acuerdos y de esta manera poner fin a una controversia.

En materia de la niñez y adolescencia, es común que a través de procesos de mediación los padres o los representantes legales de los menores lleguen a acuerdos relacionados con régimen de visitas, tenencia, pensiones alimenticias para evitar conflictos judiciales y de esta manera suscribir un acta de mediación la misma que tiene el efecto de sentencia y que es de obligatorio cumplimiento para las partes que la suscriben.

Por lo expuesto, se indica que el problema de la presente investigación radica en el hecho de que en las controversias en las cuales están involucrados los derechos de los niños, niñas y adolescente, como en los juicios de tenencia y regímenes de visita, entre otros, los padres o representantes legales de los niños, niñas y adolescentes suscriben actas de medicación sin que previamente se haya escuchado la opinión de los directamente involucrados o afectados que son los hijos menores de edad.

Cabe decir que en los procesos antes referidos el mediador, no escucha la opinión del niño, niña y adolescente, lo que es un requisito previo para suscribir el acta de medicación según lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia Nro. 2691-18-EP/21 de fecha 10 de marzo de 2021, es decir, dichas actas serían ineficaces y podría producir su nulidad porque se omite la opinión del niño en un acta de mediación que versa sobre sus derechos.

1.2 Justificación

Se considera de fundamental importancia realizar la presente investigación por cuanto la omisión de la opinión de los niños, niñas y adolescentes podría generar la nulidad del acta de mediación; debido a que, en los procesos de mediación que se encuentran regulados principalmente por el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y la Ley de Arbitraje y Mediación, no indican con precisión como o en qué momento se debe acoger la opinión del menor, dejando la decisión de sus derechos a los progenitores o representantes legales, debido a que es un proceso donde prima la voluntariedad de los que desean resolver sus conflictos por este mecanismo.

De tal manera, se debe tomar en cuenta que la constitución indica que se debe garantizar a las personas el acceso a la justicia, brindando protección a la tutela efectiva donde el debido proceso es primordial para no vulnerar el interés superior de niños y adolescentes, ya que el mismo cuerpo legal establece que su atención es primordial porque son considerados vulnerables. Considerando lo expuesto, en procesos de mediación el niño, niña y adolescente no es parte; sin embargo, se ha de puntualizar que son sujetos plenos de derechos, y titulares de todos los derechos inherentes a todo ser humano.

Por lo expuesto, el que no se escuche al menor previo a suscribir un acta de mediación, da lugar a que se vulneren derechos inherentes de los niños, niñas y adolescentes, que deben ser protegidos en cualquier proceso por todo ser humano, en especial por las autoridades judiciales, administrativas, servidores públicos; para lo cual, debería normarse en los respectivos cuerpos legales de forma directa que el mediador debe garantizar el derecho a ser oído, conjuntamente debiendo indicar como proceder para realizar la respectiva valoración de la opinión dada; esto debido a que las personas que voluntariamente se someten a resolver su controversia por la mediación, así como pueden también no pueden conocer del derecho, ante lo cual el mediador como veedor del proceso es el único que puede garantizar que no se vulneren los derechos discutidos del menor.

De tal manera, se evitaría que las actas suscritas en procesos de mediación tengan como efecto la declaración de nulidad, lo cual se pretende evitar a través de la ejecución de este trabajo, por cuanto sentará las bases teóricas y jurídicas para garantizar de mejor manera el derecho del niño, niña y adolescente a ser escuchado en todos los procesos que afecten sus derechos.

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo general

Realizar un estudio jurídico, a fin de establecer a través de los instrumentos de investigación, si en la suscripción de las actas de medicación se garantiza el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados.

1.3.2 Objetivo específico

- Realizar un análisis doctrinario, legal y jurisprudencial de la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos en materia de niñez y adolescencia.
- Identificar las causas y consecuencias de la omisión de oír al niño, niña o adolescente en la suscripción de las actas de medicación.
- Determinar y analizar los efectos jurídicos de omitir la opinión de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de mediación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Estado del arte relacionado a la temática

Respecto del tema “La omisión de la opinión de los niños, niñas y adolescentes en la suscripción de actas de mediación” no se han realizado trabajos investigativos iguales; sin embargo, existen algunos similares al que se pretende realizar, cuyas conclusiones más importantes son las siguientes:

Paola Susana Cherres Escudero, en el año 2015, previo a la obtención del Grado Académico de Magister en Mediación Arbitraje y Solución de Conflictos, en la Universidad Técnica de Ambato, realizó un trabajo investigativo titulado: “La aplicación de la mediación familiar en los conflictos de tenencia de los niños, niñas y adolescentes en los juzgados de la niñez y adolescencia del cantón Riobamba” (p. 1), donde llego a concluir que:

Uno de los aspectos importantes de la mediación es que es un escenario en el que se desarrolla y genera espacios de diálogo y comunicación de las partes involucradas con el apoyo de un profesional, conocido con el nombre de mediador, que debe trabajar neutral e imparcialmente, entendiendo las opiniones e interese de las partes y buscando soluciones valederas y duraderas en el tiempo. Por lo tanto, la mediación familiar constituye una medida eficaz ya que disminuye la problemática en los núcleos familiares en procesos de separación y divorcio, y favorece el bienestar de los menores que viven estas situaciones. (Cherres, 2015, pp. 42-43)

María José Granda Loayza, en el año 2018, en la Universidad Técnica de Machala, realizó un trabajo investigativo titulado: “El incumplimiento de los acuerdos de mediación sobre pensiones alimenticias en el sistema de justicia ecuatoriano” (p. 1), donde llego a concluir que:

En el artículo 295 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se expresa las reglas especiales, señalando en el último inciso aparta la participación de los menores en la resolución de conflictos, ya que con base a principios constitucionales e internacionales y en ejercicio de sus plenos derechos los niños, niñas y adolescentes pueden exponer su declaración ante el conflicto que exista. Por su parte, el Art. 296 del CONA, expresa que, para que los centros de mediación puedan sustanciar procesos relativos a menores deben “ser autorizados legalmente para poder intervenir en las materias de que trata el presente Código.” Este artículo se establece “para que se garantice un centro de mediación debe ser previamente autorizado para intervenir en la solución de conflictos”. (Granda, 2018, p. 10)

Katherine Murillo, Jennifer Banchón y Wilson Vilela, en abril del año 2020, publican en la Revista Universal y Sociedad, el artículo investigativo titulado: “El

principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano” (p. 1), donde llegaron a concluir que:

Es una norma jurídica con carácter constitucional, mediado por el concepto de niñez y adolescencia según el contexto sociocultural de que se trate. Su conceptualización es compleja, flexible y subjetiva, que debe ser evaluada según la situación y circunstancias de cada caso. Su indeterminación y carácter subjetivo deja espacio para la manipulación y hace difícil su implementación práctica en el ejercicio jurídico en la toma de decisiones y cumple con las funciones de orientación, regulación, hermenéutica, resolución de normas, directriz, prioridad y obligatoriedad. Entre los criterios para su aplicación se encuentran su relación con el principio de libertad de expresión y el derecho a ser escuchado; elementos como: el sexo, la orientación sexual, la nacionalidad, las creencias, la religión, la identidad cultural y la personalidad, y la preservación del entorno y relaciones familiares. (Murillo et al., 2020)

María Elena Indacochea Quimis, en el año 2020, previo a la obtención del grado académico de Magister en Derecho mención Derecho Procesal, en la universidad Católica de Santiago de Guayaquil, realizó un trabajo investigativo titulado: “Tutela efectiva de derechos en ejecución de actas de mediación de niñez y adolescencia” (p. 1), donde llegó a concluir que:

La investigación determinó que el ordenamiento jurídico ecuatoriano primeramente enfoca en su Constitución en brindar protección y garantía a las persona en su acceso a la justicia, a la tutela efectiva y que debe existir un debido proceso en las acciones judiciales como también proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes a través de su Interés Superior ya que merecen una atención prioritaria por su vulnerabilidad, concepción que se encuentra plasmada en disposiciones internacionales como la Convención de los Derechos del Niño y en las distintas normas de carácter orgánica y especiales como del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y Código Civil, Ley de Arbitraje y Mediación, no existiendo tela de duda de que debe primar la doctrina de protección integral de la niñez y adolescencia como se la ha reconocido históricamente. (Indacochea, 2020, p. 100)

Carola Andrea Robledo Galarce, en el año 2017, previo a la obtención del título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, en el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, realizó un trabajo investigativo titulado: “Análisis del derecho a ser oído del niño y a la participación en el nuevo derecho de familia” (p. 1), donde llegó a concluir que:

Judicialmente, el niño, niña o adolescente no es parte, pero debe oírse toda vez que las decisiones y consecuencias del juicio le afectan directamente, por ejemplo, en procesos de protección, relación directa o regular o visitas, cuidado personal o tuición, adopciones, acciones de filiación y otras. Esta posibilidad de ser escuchado

plantea interrogantes que deben considerarse para que el niño, niña o adolescente sea efectivamente escuchado siempre en consonancia con su interés superior, el cómo, dónde, por quién, cuándo y su efecto vinculante. Respecto a la edad necesaria para que el niño sea oído o para que su opinión sea considerada, no es posible establecer una edad mínima o máxima, por cuanto un niño muy pequeño, aun puede formar un juicio propio. Es más, los niños pueden tener una evolución de sus facultades muy dispar, incluso comparando niños de la misma edad, ya que, en virtud de su autonomía progresiva, esta madurez, es influenciada por múltiples factores, como son la edad formal que reciban, los padres y la estimulación que efectúen, incluso el medio social, cultural y étnico. (Robledo, 2017, pp. 106-107)

William Homer Fernández Espinoza, el 20 de agosto del 2017, en la Universidad San Martín de Porres, publicó un artículo investigativo titulado: “La Autonomía Progresiva del Niño y su Participación en el Proceso Judicial” (p. 1), donde llegó a concluir que:

La niña, niño y adolescente son sujetos plenos de derechos y titulares de todos los derechos inherentes a todas las personas; sin embargo, por razón de su edad, madurez, evolución de sus facultades e interés superior adquiere de manera progresiva la autonomía para el ejercicio de aquellos derechos. Es una garantía procesal que la niña, niño y adolescente ejerzan su derecho fundamental a ser escuchados en el proceso judicial en el que participa o se encuentran involucrados; para lo cual el juez debe garantizar las medidas necesarias para que dicha opinión sea libre, autónoma y no manipulada por sus progenitores, entorno familiar u otros que la perturben. (Fernández, 2017, p. 186)

2.2 Aspectos teóricos

2.2.1 UNIDAD I

LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

2.2.1.1 Conceptualización y características de la mediación

Los conflictos generan un problema latente en la sociedad, este fenómeno se manifiesta de distintas formas según la época y contextos en los cuales se desarrolla; al existir grupos, comunidades o entidades sociales, se encontrarán diferentes tipos de conflictos, que se llevan a cabo con el fin de lograr algo que beneficie a una de las partes involucradas, o bien, podría beneficiar a ambas partes o grupos.

Motivo por el cual nace la necesidad de implementar mecanismos que de forma eficaz ayuden a la solución o resolución de los conflictos, que en su mayoría se crean por no tener una buena percepción de la información, la mala interpretación de las palabras o la falta de formación académica, dando lugar a la inestabilidad social; por lo tanto, se hará

una breve recopilación de información, referente a como se fue introduciendo la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Los métodos alternativos de solución de conflictos denominados MASC, se consideran como el medio sui generis que eligen las partes en conflicto y cuyas voluntades de arreglo o entendimiento se ven animada y fortalecidas por la nobleza; la efectiva inclinación a la disolución del conflicto o diatriba; la intención positiva y una acendrada creencia y fe en la paz y el mantenimiento necesario de la convivencia armónica entre los hombres (Gil, 2020, p. 3).

Los MASC en el ámbito internacional son introducidos en la segunda postguerra, la Carta fundacional de las Naciones Unidas, en su artículo 33, consagró la conciliación, junto con la negociación, la investigación, la mediación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales y otros medios pacíficos, como método para dar solución a las controversias internacionales. (Borja, 2018)

En la mayoría de los países latinoamericanos se han establecido como clases de medios alternativos de solución de conflictos más comunes, “la negociación, la mediación, el arbitraje, la conciliación y la transacción, adjudicación” (Gil, 2020, p. 4). En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, encontramos métodos que se encuentran estipulados en la legislación vigente, tales como: los jueces de paz, la conciliación, la negociación, la transacción, el arbitraje, la mediación; métodos que son propuestos por los interesados para dar solución a un conflicto.

Por el objeto y fines de la investigación, se hará énfasis únicamente al mecanismo alternativo de solución de conflicto denominado como la mediación; que se encuentra definida en la Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 43: “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”(Ley de Arbitraje y Mediación [L.A.M.], 1997, Art. 43).

El legislador introduce el método de arbitraje y mediación, en el año 1997, con la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación; se reconoce por primera vez la mencionada ley en la Constitución Política del Ecuador en el año 1998, y ha sido ratificada en la actual Constitución de la República del Ecuador en el 2008 (en adelante CRE o constitución). Estableciendo en su artículo 190 CRE, que la mediación es un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, reconociendo la importancia de fomentar una cultura de diálogo y consenso en la sociedad. (Constitución de la República del Ecuador [C.R.E.], 2008, Art. 190) En este sentido, la Constitución reconoce que las personas tienen el derecho a resolver sus conflictos de forma pacífica y a través de medios alternativos a la justicia ordinaria, siendo la mediación un proceso voluntario, confidencial, imparcial y neutral.

Así también, con respecto a la materia de niñez, se ha de tomar en cuenta lo establecido Código Orgánico de Niñez y Adolescencia (también CONA), con respecto a la mediación, aquí se faculta aplicar este mecanismo siempre y cuando sea en materia transigible y “que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y adolescencia” según lo establece el Art. 294; hay que resaltar lo señalado en el Art. 348-A, sobre la mediación penal, en casos que involucren a menores, pues establece que por medio de este mecanismo se “permitirá el intercambio de opiniones ente la víctima y el adolescente, durante el proceso, para que confronten sus puntos de vista y logren solucionar el conflicto que mantienen...” (Código Orgánico de Niñez y Adolescencia [C.O.N.A.], 2017, Arts. 294, 348-A).

Se han señalado tres formas que pongan fin a un conflicto o controversia: UNO, la autotutela o autodefensa: “es un medio de solución del conflicto directo y unilateral mediante el que una parte no acepta subordinar su interés propio al ajeno y hace uso de la fuerza” (Delgado et al., 2017). DOS, la autocomposición: “Sus manifestaciones pueden ser unilaterales o bilaterales, es una solución que proviene de la voluntad de una o ambas partes” (Vado, 2020, p. 373), sin embargo, la solución del conflicto será acordada a través de un amigable dialogo por ambas partes, con o sin la intervención de un tercero ajeno al conflicto. TRES, heterocomposición: “solución dada por un tercero ajeno al problema, no solo es requisito la presencia de un tercero, sino que dicho tercero resuelve de forma vinculativa el litigio” (Vado, 2020, p. 375).

Hay que saber diferenciar que los MASC al ser mecanismos o caminos para solucionar un conflicto, adoptan distintas formas, tales como el desistimiento, allanamiento, perdón, renuncia al derecho, etc., aludiendo que no existe una única forma de dar solución, independientemente del proceso que se lleve para solucionar la controversia. Ut supra, respecto a las tres formas de poner fin al conflicto, la mediación es un mecanismo que será resuelto mediante la forma “autocompositiva”. Luis Vado Granja (2020), señala que se entiende por mediación:

El procedimiento en el que dos partes de un conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial, que facilita la comunicación para que delimiten el conflicto y encuentren su solución, el tercero evita realizar propuestas de arreglo, y facilita la comunicación entre las partes. Debe considerarse que: la mediación comparte con la negociación y la conciliación el hecho de que las partes mantienen su poder de decisión sobre el litigio, pues ningún tercero puede imponer decisión alguna (p. 381).

Etimológicamente, la mediación proviene del latín Me-diatio, -Onís, que se refiere a la acción y efecto de mediar; a su vez, mediar se entiende por interceder o rogar por alguien; por lo tanto, es interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad, acción realizada por el tercero mediador. En el marco jurídico doctrinal, la mediación como mecanismo, es el medio, método, herramienta o camino utilizado de forma voluntaria para poner a un tercero imparcial y neutral, elemento

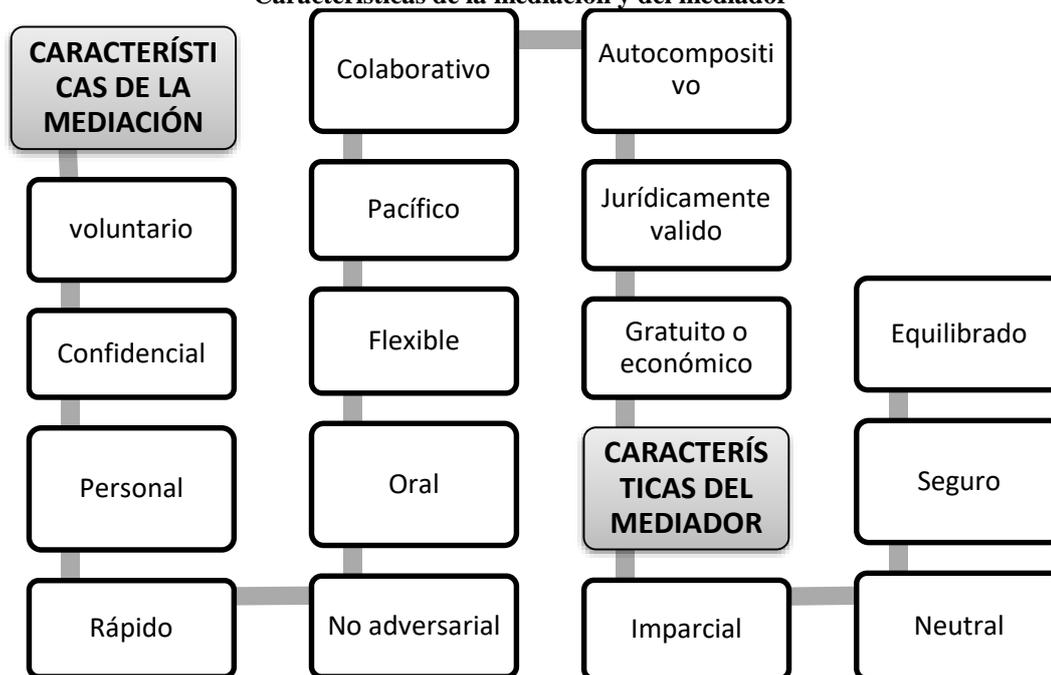
fundamental, que ayuda a dar solución o resolución a conflictos, de manera fácil, rápida y económica sin la necesidad de que las partes involucradas acudan ante una autoridad del sistema judicial, dejando el poder de decisión absoluto en manos de las personas en conflicto (Mazo , 2013). Por lo tanto, la avenencia a la que las partes hayan llegado quedara suscripta en un acta de mediación.

Los interesados eligen la mediación voluntaria quienes, pacífica, equitativa y primando el respeto mutuo, aceptan evitar la vía judicial y acogen las ventajas de la vía extrajudicial, acudiendo ante un tercero llamado mediador, que actuará imparcialmente facilitando el dialogo entre las partes porque es ajeno al conflicto y no tiene interés propio, que pueda malversar el proceso. El diccionario de la RAE (2014), define a la mediación como “la acción y efecto de mediar; por lo tanto, se considera como la actividad desarrollada por una persona de confianza de quienes sostienen intereses contrapuestos, con el fin de evitar o finalizar un litigio” (p. 1). Lo fundamental de la definición dada es la confianza que las partes tienen con un tercero, para que este facilite la comunicación.

Mazo Álvarez Héctor (2013), por su parte, al hablar de la mediación señala que: “Una de las principales características es que puede ser llevada a cabo por un servidor público o por un particular, la primera ubicada fuera de los mecanismos tradicionales de justicia, que da como resultado la descongestión del sistema judicial” (p. 105), el autor en el mismo texto señala la relación estrecha que existe entre la mediación y la reparación, debido a que toda mediación sobrelleva un proceso de reparación; por lo tanto, la relación medio y fin entre la mediación y la reparación, tiene como fin la conciliación y reparación. Entonces el objetivo de la mediación evidentemente no solo es poner fin a un conflicto, sino también, restaurar la comunicación o vínculo entre los intervinientes.

El mediador al ser quien se encarga de controlar el proceso deberá emplear tácticas adecuadas, como llevar un registro de los antecedentes de las negociaciones, verificar si los hechos alegados son verídicos, además, deberá asegurarse que el lugar, espacio o área en la que las partes se reúnen para dialogar sea confortable, esto ayudara a mejorar la relación y que se llegue a un acuerdo que beneficie a ambas partes.

Gráfico 1
Características de la mediación y del mediador



Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca
Fuente: (Pérez J. B., 2015)

El marco doctrinal como legislativo se han complementado al señalar cuales son las características dadas a la mediación, ambos campos la conceptualizan y definen con las mismas palabras o sinónimos; sin embargo, se consideran esencialmente cuatro principales, estas son: voluntario, confidencial, personal y neutral; es voluntaria debido a que las partes por sí mismas acuden en busca de ayuda, en las sesiones de mediación primara la confidencialidad debido a que no se podrá divulgar libremente la información confiada o expuesta en estos encuentros, para que sea posible un acuerdo las partes deberán estar presentes durante el proceso por ello se considera que es personal, y la neutralidad que debe existir al llegar a un acuerdo recae sobre el mediador quien orienta a las partes y vela por ambos intereses.

2.2.1.2 Definición, características y tipos de acta de mediación

Definición

Antes de definir la presente figura jurídica “acta de mediación”, es esencial que la definamos por partes; es decir, en primer lugar ¿qué es un acta?, según el diccionario de la RAE (2014) señala que: “proviene del lat. *Acta*, pl., de *actum* “acto”. Refiere a la relación escrita de lo sucedido, tratado o acordado en una junta; certificación, testimonio, asiento o constancia oficial de un hecho; a su vez, “levantar acta” extenderla, ponerla por escrito” (p. 1).

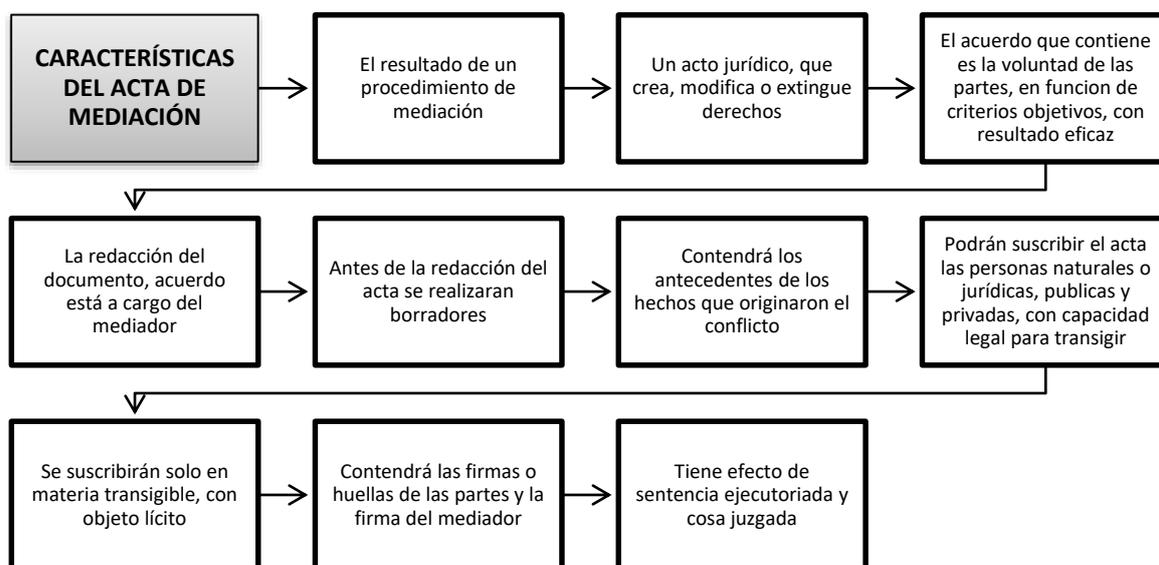
Ut supra, se entiende que un acta contiene la manifestación de lo acaecido durante un acto o lugar determinado, también como el hecho que se encuentra figurado por escrito;

en segundo lugar, por la conceptualización y definición dada en párrafos anteriores básicamente se considera a la mediación como: El mecanismo que ayuda a solucionar un conflicto siempre y cuando sea en materia transigible, con la participación de un tercero neutral llamado mediador, quien además de facilitar la comunicación redactara el “acta de mediación”.

Por lo tanto, “según sea la naturaleza del acto jurídico es la clase de acta” (Cabanellas, 2014), bajo este contexto el acta de mediación es “el resultado de la mediación, un acto jurídico por lo que puede crear, modificar o extinguir derechos. Contiene la declaración de la voluntad de su autor, la persona que expresa su voluntad debe tener capacidad jurídica para hacerlo” (Cherres, 2015, p. 27). Al ser el acta de mediación la naturaleza del acto jurídico de la mediación; se define como el documento escrito donde se consigna un hecho jurídico o en el que consta el acuerdo total, acuerdo parcial o la imposibilidad de acuerdo, al que llegan las partes que se someten libre y voluntariamente.

Características

Gráfico 2
Características del acta de mediación



Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

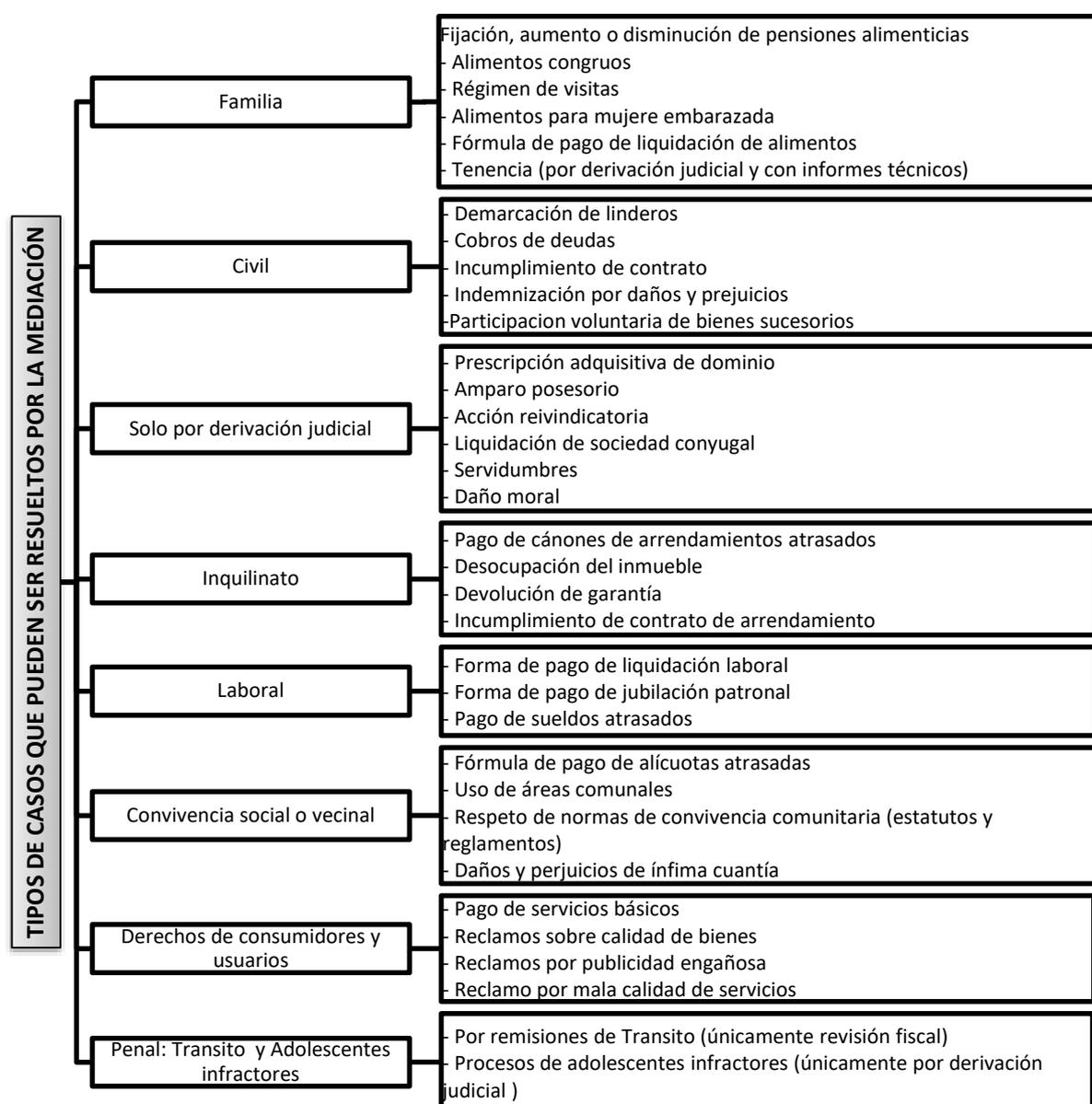
Fuente: (Cherres, 2015)

Las características señaladas se han recopilado de las definiciones dadas al acta de mediación, debido a que es parte esencial de esta y figura un acto jurídico; al referirse a las cualidades y circunstancias que son propias del documento, pues estas comprenden el conjunto de garantías convencionales y legales, del acta, que busca un acuerdo justo entre las partes manteniendo la paz.

Tipos

Los doctrinarios y el legislador, señalan que “la mediación puede ser pública o privada, extrajudicial en materias transigibles no penales y en materia penal en asuntos relacionados con el adolescente infractor” (Sistema de Justicia de Paz en Ecuador), bajo este contexto, se podrán hacer actas de mediación solo en los casos marcados en la cita realizada, por lo que, es preciso señalar cuales casos son de materia transigible que pueden ser resueltos extrajudicialmente; en la página oficial del Consejo de la Judicatura, en el área del Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial se puede observar cuales son los casos que pueden ser resueltos por la mediación, estos son:

Gráfico 3
Tipos de casos que pueden ser resueltos por la mediación



Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Fuentes: (Consejo de la Judicatura, 2020)

En este sentido, al ser todos estos casos los de materia transigible que pueden ser resueltos por la mediación, es evidente que se realizaran actas de mediación de acuerdo al tipo de caso y materia; a los casos señalados que pueden ser resueltos por la mediación también se ha de agregar “la mediación escolar”, que a pesar de no ser señalada en la página oficial del Consejo de la Judicatura, ha sido establecida por el Ministerio de Educación en concordancia con el Consejo de la Judicatura y la Fiscalía General de Estado, para hacer frente a las controversias generadas en el área escolar, donde existe la principal participación de los niños, niñas y adolescentes (Jordán et al., 2021)

Marilyn Sangoquiza Mejía, señala que existen “tres tipos de actas de mediación” (Sangoquiza , 2019, p. 39-40), deducción realizada por lo previsto en el Art. 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación, pues manifiesta que el proceso de mediación concluye con la firma de un acta donde consta el acuerdo total, parcial o imposibilidad de acuerdo; sin embargo, este artículo hace dos referencias que imposibilitan que se consideren como “tipos” de actas de mediación, en primer lugar señala que “concluye con la firma de un acta”, entonces refiriéndose a la forma de concluir el proceso de mediación, que es con la “firma de un acta”, y en segundo lugar señala que “consta un acuerdo total o parcial, o en su defecto la imposibilidad de lograrlo”, refiriéndose al “tipo de acuerdo” que contiene el acta y no a los tipos de actas de mediación.

Por lo tanto, no existen diferentes tipos de actas de mediación, más bien, hay actas de mediación que en su contenido exponen diferentes tipos de casos (alimentos, régimen de visitas, cobro de deudas, pago de liquidaciones laboral, etc.) según el área de la materia (familiar, civil, laboral, penal, etc.) al que pertenece cada caso, así también, contiene el tipo de acuerdo (total, parcial o imposibilidad de acuerdo) al que se llega y con el que se pone fin al proceso de mediación.

En efecto, se estaría hablando de un solo tipo de acta de mediación, por ejemplo, donde la controversia es el régimen de visitas, tipo de caso que corresponde al área de materia de familia, donde el acuerdo dependerá de la decisión final de las partes, pudiendo ser un acuerdo total, parcial o que no haya acuerdo; por lo tanto, se podría decir que se firmó un acta en materia familiar, donde los padres del menor acordaron que los fines de semana el niño pasara con su padre de 8:00 am a 16:00 pm, ante lo cual, se pudo llegar a un tipo de acuerdo total. El acta de mediación variara de acuerdo al tipo de caso, tipo de materia y tipo de acuerdo.

2.2.1.3 Principio y fin del procedimiento para la suscripción del acta de mediación

El procedimiento que debe llevarse a cabo para suscribir un acta de mediación, una vez que las partes o una de las partes decidan someterse a solucionar su controversia por la mediación, deberán realizar el siguiente procedimiento, mismo que deberá cumplir con una variedad de requisitos, de acuerdo a la página oficial del Consejo de la Judicatura, puede iniciarse por tres vías: mediante una solicitud directa, por la derivación judicial y por la remisión fiscal; las cuales consisten en:

La solicitud directa: presentada por los usuarios de forma individual, colectiva o en representación de un tercero. Debe presentar los documentos habilitantes (anexos 1 y 2 de la Guía de Operaciones y Gestiones de Oficinas de Mediación a Nivel Nacional) ante cualquier oficina de mediación de la Función Judicial, siempre y cuando el caso verse sobre materia transigible, conforme lo establecido en la referida guía. (Consejo de la Judicatura, 2020)

Derivación judicial: el juez de oficio o a petición de una de las partes, una vez ejecutoriada el auto de derivación el secretario por medio del correo electrónico, remite al Centro de Mediación de la Función Judicial la causa, siempre que esté relacionada con materia transigible, y cumpla con los requisitos de admisibilidad previstos en los Arts. 4,5 y 6 conforme lo establece el “Instructivo para la Derivación de Causas Judiciales a Centros de Mediación y Ejecución de Actas de Mediación”, publicado en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 885, de 05 de octubre de 2016. Así también, en materia de niñez, ha de tomarse en cuenta lo establecido en el Art. 348-B, que señala que se solicitará la mediación penal, hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción, y que cualquiera de los sujetos podrá solicitar al juzgador. (Consejo de la Judicatura, 2020)

Remisión Fiscal: el fiscal dispone el inicio de la mediación en materia de tránsito, hasta antes de la conclusión de la instrucción fiscal, con el informe de los daños y perjuicios ocasionados, y sobre la etapa en la que se encuentra el proceso, el que deberá ser ejecutado por un mediador que asume el rol de facilitador, a efectos de articular el proceso, según lo previsto en la resolución No. 327-2014 CJ. (Consejo de la Judicatura, 2020)

Cualquiera de las tres vías detalladas anteriormente que se utilicen para iniciar el proceso será ante un centro de mediación o mediadores independientes, ambos tienen que ser debidamente autorizados, la solicitud deberá contener los siguientes requisitos obligatoriamente:

- a) Un formulario de solicitud de mediación, conforme con el Art.45 LAM
- b) Copia de cedula de ciudadanía, identidad, pasaporte o DNI
- c) Original o copia certificada de los nombramientos actualizados del representante legal, inscritos en el registro mercantil, en caso de ser persona jurídica.
- d) Poder especial para transigir, de conformidad con el Art. 2350 del CC. (Consejo de la Judicatura, 2020)

Adicionalmente, dependiendo del tipo de caso y área de la materia, se deberá presentar la documentación pertinente, denominada también como “requisitos especiales”, que no son otra cosa que los documentos con los que podemos probar la obligación, hechos, del porque se da la controversia; por ejemplo: en materia de familia, por derivación

judicial, donde el conflicto es la tenencia de los menores, se adjuntara como requisitos especiales, uno, el oficio de derivación, dos, el auto de derivación del proceso, conforme el Art. 6 del instructivo para la derivación de causas judiciales a centros de mediación y ejecución de actas de mediación, tres, informe realizado por el equipo técnico de la unidad judicial que deriva la causa a mediación, (Arts. 118 al 121, 290 y 291 del CONA); otro ejemplo: en materia civil, donde la controversia sea el cobro de deudas, como requisito especial en caso de existir se presentara, uno la copia del título ejecutivo cuyo pago se pretende, el original se presentara en la audiencia y será devuelto una vez se ponga fin al proceso de mediación. (Consejo de la Judicatura, 2020)

Los requisitos obligatorios y especiales, en cualquiera de los casos transigibles, se deberá adjuntar, uno, el formulario de solicitud de audiencia de mediación, dos, la tabla de tarifas del Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial, tres, cuentas bancarias de las direcciones provinciales del Consejo de la Judicatura, en caso de los mediadores del Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial, porque no pueden recibir pagos directos por costas administrativas, deben realizarse a través de depósitos en la cuenta de BanEcuador o Banco del Pacífico del Consejo de la Judicatura de cada provincia; en casos de alimentos, la tabla de pensiones alimenticias conforme el acuerdo ministerial N 011 de 28 de enero de 2020. Estos documentos deben ser adjuntados como anexos en la solicitud de mediación, la respectiva derivación judicial o remisión del fiscal. (Consejo de la Judicatura, 2020)

Una vez que se tenga toda la documentación habilitante, la recepción de la solicitud directa, derivación o remisión, será en la oficina de mediación donde el mediador constatará la veracidad de todos los datos, documentos y anexos; para dar paso a la admisibilidad del caso, en esta fase antes de abrir el expediente, se deberá constatar que la causa sea en materia transigible, de esta manera se estaría garantizando el derecho de acceso a la justicia previsto en el artículo 75 de la CRE. Si se cumple con los requisitos de admisibilidad, el mediador registrará el caso en el sistema de registro de información del centro de mediación, para generar un número de expediente, en un término máximo de 15 días desde que se presentó la solicitud de mediación, se fijará fecha y hora para la respectiva audiencia de mediación.

Para poner en aviso que se inició un proceso, el mediador realizará una invitación de mediación, que en el caso de solicitud directa se entregará a la parte solicitante para que esta la entregue al invitado, y se haga firmar un recibido donde conste la identidad, fecha y hora; en el caso de derivación o remisión, se invitara a las partes mediante casilla judicial o correo electrónico. En esta etapa del proceso, es responsabilidad del mediador encargado del expediente analizar todos los aspectos jurídicos y legales que genera el conflicto; además, deberá contactarse con las partes para confirmar sus asistencias a la audiencia.

Se debe tomar en cuenta que en los procesos de mediación que sean en materia de niñez y adolescencia, el mediador deberá garantizar que no se vulneren los derechos del menor, y que además dependiendo de su condición u contexto del caso, se deberá tomar en

cuenta su opinión, esto de acuerdo a lo previsto en la Constitución, Código Orgánico de Niñez y Adolescencia, Ley de Arbitraje y Mediación, etc., debido a que las decisiones que se vayan a tomar deberán mantener relación directa con el principio del interés superior del menor.

La audiencia de mediación se realizará según la fecha que indica la invitación, previo a instalarla, el mediador deberá asegurarse de que se cumplan los siguientes aspectos:

- a) El mediador deberá estar pendiente de la llegada de las partes y los recibirá, para establecer un primer acercamiento cordial e incluyente.
- b) Si una de las partes se retrasa a la audiencia de mediación, el mediador, previa consulta a la otra parte, podrá posponer la instalación de la audiencia 10 minutos.
- c) El mediador invitara a los asistentes a pasar a la sala de audiencia de mediación, para dar paso a la instalación de la audiencia. (Consejo de la Judicatura, 2020)

Para instalar la audiencia, podrán ingresar solo el solicitante, el convocado y sus abogados, en los casos previstos en los Arts. 60 y 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia podrán ingresar niños, niñas y adolescentes, para lo que, se verificará la identidad de las partes, con su cedula de ciudadanía, pasaporte o DNI, si se representará el poder especial para transigir, debidamente notariado, para firmar el registro de asistencia.

Una vez instalada la audiencia, el mediador procederá a escuchar a las partes para que lleguen a un acuerdo; sin embargo, hay que tener en cuenta que no todos los mediadores son abogados, a pesar que en el Reglamento del Centro de Mediación de la Función Judicial (El Pleno del Consejo de la Judicatura , 2013) en el Art. 22 numeral 5 sobre las normas comunes al procedimiento de mediación indica, que no se requiera del patrocinio de un abogado, es verdad que no es obligatorio contar con un abogado, pero es necesario para que asesore a las partes sobre las secuelas legales de solucionar el caso por este mecanismo.

Así también, ha de tomarse en cuenta que en procesos penales de niñez, sometidos a mediación, se deberán cumplir con las reglas generales establecidas en el Art. 348-C del CONA, que está compuesto por 8 numerales, que señalan en lo principal del proceso, que la declaración realizada en la audiencia de mediación, en caso de no llegar a un acuerdo, no tendrá valor probatorio; en estos casos los mediadores deberán ser especializados, el consejo de la judicatura garantizando el interés superior, organizara centros de mediación para asuntos de adolescentes. (Código Orgánico de Niñez y Adolescencia [C.O.N.A.], 2017, Art. 348-C)

El proceso de mediación concluirá de las siguientes formas, de acuerdo al artículo 47 de la LAM, con la suscripción de un acta de mediación, esta contendrá un tipo de

acuerdo, el referido artículo menciona que será una suscripción de acta con un acuerdo total o parcial entre las partes, si no llegan a un acuerdo entonces se suscribirá un acta de imposibilidad de acuerdo; por otra parte, si una de las partes o ambas partes no llegaren a la audiencia de mediación, pese a haberlas convocado por dos veces, se extenderá una constancia de imposibilidad de audiencia de mediación; así también, el mediador podrá sentar una razón, con el fin de concluir el proceso, en casos distintos a los señalados anteriormente, por ejemplo: cuando en la remisión de causa no se cumple con los requisitos de procedibilidad de acuerdo al Art. 663 del COIP, o, en el caso de derivación si no cumple con los criterios de admisibilidad.

Una vez que se ponga fin al proceso por alguna de las formas señaladas en la ley, se procederá a cerrar y devolver el expediente, de la siguiente manera:

De acuerdo a lo establecido por el Art. 46 Inc. final de LAM, dentro del término máximo de 15 días después de haber suscrito el acta de mediación, en el caso de derivación, el mediador remitirá un ejemplar original del acta suscrita al juez que derivó el proceso, así también lo dispone el Art. 238-C del CONA numeral 8. En las materias de pensiones alimenticias, prenatales o alimentos congruos, se remitirá por oficio al juez competente y a la unidad de pagaduría, un ejemplar original de una de las formas por las que se concluyó el proceso, ya sea un tipo de acta con acuerdo total o parcial, imposibilidad de acuerdo, o la constancia de imposibilidad de mediación o razón; conforme lo establece el Art. 7 del Instructivo para la Derivación de Causas Judiciales a Centros de Mediación y Ejecución de Actas de Mediación, literal b) numeral 5.2.2.2; y, el literal a) numeral 5.2.2.3 del protocolo de Gestión de Recaudación y pagos de pensiones alimenticias. (Consejo de la Judicatura, 2020)

Finalmente, se realizará el pago final y se receptará el correspondiente comprobante de depósito, por costas administrativas, según la cuantía que corresponda; y se procederá a entregar las actas suscritas a las partes, y se cerrará y archivará el expediente. Todo el proceso y etapas llevadas para suscribir el acta de mediación son totalmente flexibles e informales.

2.2.1.4 Jurisdicción y competencia del centro de mediación y arbitraje para suscribir actas de mediación

Para que los centros de mediación puedan cumplir con su función de manera efectiva, es importante comprender la jurisdicción y la competencia que les corresponden. La jurisdicción nace como una necesidad de las sociedades humanas de resolver conflictos y disputas de manera pacífica y justa, su definición se encuentra fundada en la soberanía, según varios doctrinarios existirían dos direcciones de la soberanía, por una parte una soberanía transferida a una persona para que gobierne el poder de un pueblo (por ejemplo un rey); y, por otra, la soberanía que reside en el pueblo, teniendo la facultad de colocar a

una persona en el poder, pero también, derrocarlo por la improcedencia del ejercicio de la autoridad.

En la actualidad entendemos que la soberanía reside en el pueblo, que es la fuente de todo poder y de toda autoridad, por ende, el Estado es el encargado de velar por la tutela y garantía de los derechos de las personas. A decir del jurista Colombo Campbell, la jurisdicción "nació para el Estado como la obligación de atender a esta necesidad de solución de conflictos para lo cual dio la organización y los medios que garantizaran suficientemente a las partes la mantención de sus derechos" (Colombo, 1968). Es decir, el Estado entendido como un orden jurídico descentralizado que se funda en el derecho, debe establecer tribunales y sistemas legales para resolver disputas y hacer cumplir las leyes, en virtud de garantizar la soberanía radicada en el pueblo.

Eduardo Couture, la define como "la función pública por excelencia" (Couture, 1974), es decir, la jurisdicción es el poder que tienen los tribunales de justicia para resolver conflictos y aplicar la ley en casos concretos, ya que es a través de la jurisdicción que se garantiza la protección de los derechos y se asegura la justicia en una sociedad, siendo una función indelegable del Estado y que los jueces son los únicos que pueden ejercerla. Por lo tanto, la jurisdicción se refiere al poder y la autoridad que tiene un tribunal o una autoridad judicial para decidir sobre un asunto en particular y hacer cumplir su decisión.

En la Constitución de la República del Ecuador de 2008 la jurisdicción está establecida como una función autónoma e independiente del Estado, que se encarga de administrar justicia en nombre del pueblo y garantizar la protección de los derechos de las personas. Además, se establecen las competencias de las distintas jurisdicciones especializadas, así como los principios que deben guiar su actuación, como la independencia, la imparcialidad y la objetividad, prescrita en los artículos 168, 171, 178, 182, 188, 189, 214, 217, 218, 240, 429.

La jurisdicción en materia de mediación

Una vez analizado el origen y conceptualización de la jurisdicción, es momento de interiorizar a la jurisdicción en materia de mediación. En términos de jurisdicción de forma general, la mediación se rige por las leyes y regulaciones de cada país donde se lleva a cabo. Algunas jurisdicciones como la italiana, francesa, australiana, entre otras, requieren que las partes en disputa intenten resolver su conflicto a través de la mediación antes de acudir a un juicio, mientras que en otros lugares la mediación puede ser una opción voluntaria, como el caso mexicano, ecuatoriano, colombiano y demás.

Pero, en realidad la jurisdicción en materia de mediación acarrea un conflicto legal, pues la Constitución y demás normas secundarias como el Código Orgánico de la Función Judicial, Código Orgánico Integral Penal, Código Orgánico General de Procesos, Código Civil, determinan que esta potestad jurisdiccional la tienen los jueces y los que enmarca la ley, sin embargo, los mediadores no se encuentran dentro. Por lo tanto, hablar de

jurisdicción en la mediación se centra específicamente en la apertura de la ley, sin embargo, durante la investigación del presente trabajo, surgió la interrogante si ¿existe jurisdicción voluntaria en la mediación?, pues ciertamente, la mediación es un mecanismo que se rige bajo el principio de voluntariedad para acceder a este.

Conociendo que la jurisdicción es el poder que tiene un juzgador para conocer y resolver un asunto legal, es decir, decidir sobre la legalidad o ilegalidad de un hecho y aplicar las consecuencias legales correspondientes. Es necesario plantear, que, a lo largo del tiempo, varios doctrinarios, han clasificado a la jurisdicción en voluntaria o contenciosa.

Donde, la jurisdicción voluntaria “se ejerce frente a un solo interesado o por acuerdo de dos o más interesados, inter volentes; que ocurren al juez faltando la pugna de voluntades y, por ende, estando ausentes los elementos de un litigio” (Barbosa, 2018) y, por el contrario, la jurisdicción contenciosa “que se ejerce inter invitos, es decir, entre o sobre los que no estando de acuerdo tienen que acudir a juicio a pesar suyo o contra su voluntad” (Barbosa, 2018). Es decir, la jurisdicción contenciosa es la que se ejerce en procesos judiciales en los que las partes en conflicto tienen posiciones contrapuestas y se busca una sentencia que resuelva el conflicto. En cambio, la “jurisdicción voluntaria” se refiere a los casos en los que no hay controversia entre las partes, sino que se busca la intervención de una autoridad para que ésta lleve a cabo ciertas actuaciones.

Sin embargo, a fin de poder responder a la interrogante planteada, es importante recalcar que, la Constitución Política del Ecuador de 1998, no otorgaba a los mediadores una función jurisdiccional, pues la administración de justicia no traducía sus actuaciones, porque no juzgaba ni tenía la potestad de hacer ejecutar lo juzgado, de esta manera al acta de mediación no se le consideraba como una sentencia judicial, por lo tanto, la mediación no tenía una potestad jurisdiccional.

En la actualidad, la mediación responde a un interés más constitucional, es decir, el tipo de Estado constitucional de derechos ha permitido adoptar una serie de cambios en virtud de la potestad jurisdiccional que tiene un mediador calificado por el Consejo de la Judicatura, lo cual podemos entender en el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Sin embargo, la legislación actual tampoco atribuye de forma expresa, jurisdicción a la mediación, es decir, no existe un artículo que nos guíe a responder la interrogante de forma concreta.

Ahora bien, decir que existe una jurisdicción voluntaria en la mediación ecuatoriana se desprendería del análisis de los principios que rigen a la mediación en el país, es decir, gracias al principio de voluntariedad que tienen las partes dentro del proceso de mediación. Empero, considero que debería ampliarse el alcance de la jurisdicción, en virtud que la mediación comprende un espacio relevante en la administración de justicia, para que este análisis no sea tan forzado.

Existe una red doctrinaria que está en contra de la jurisdicción voluntaria en la mediación, a decir de los doctrinarios Pérez y Cobas, “la mediación nace para paliar los conflictos, precisamente como un método de resolución extrajudicial de éstos, encaminados en la voluntad de las partes, en cambio la jurisdicción voluntaria no tiene conflicto, no cumple con los requisitos de litigio” (Pérez & Cobas, 2013). Trayendo como único ejemplo de una jurisdicción voluntaria a la actuación notarial.

En este sentido, decir que en mediación no existe jurisdicción sería una mentira, pues la Ley de Arbitraje y Mediación establece que los mediadores deben ser certificados por el Consejo de la Judicatura para poder actuar como mediadores, siendo un requisito fehaciente de su jurisdicción, pero hay que entender a esta jurisdicción desde un punto de vista dogmático. Además, la ley establece que los acuerdos alcanzados en la mediación pueden ser homologados por un juez del lugar donde se llevó a cabo la mediación o del lugar donde se inició el proceso judicial.

La competencia en materia de mediación

Para el doctrinario Devis Echandía la competencia “es la facultad que cada juez o magistrado de una rama jurisdiccional tiene para ejercer la jurisdicción en determinados asuntos y dentro de cierto territorio” (Echandía, 2013), es decir, la capacidad de un tribunal o juez para conocer y resolver un determinado asunto, distinguiéndose a la competencia subjetiva, donde actuará un determinado juez o tribunal en función del lugar donde se ha producido el hecho objeto del litigio. También puede referirse a la competencia objetiva, que es la capacidad que tiene un juez o tribunal para conocer de un determinado tipo de asunto en función de la materia o naturaleza del mismo. La diferencia entre competencia y jurisdicción la enmarca el mismo autor, de la siguiente manera:

La jurisdicción es el género y la competencia es la especie, ya que por ésta se le otorga a cada juez el poder de conocer de determinada porción de asuntos, mientras que la jurisdicción corresponde a todos los jueces de la respectiva rama, en conjunto, y comprende todos los asuntos adscritos a ésta (civiles, penales, laborales, contencioso-administrativos, fiscales, militares, eclesiásticos, respectivamente). (Echandía, 2013)

Por otra parte, a decir del Dr. Vargas Hinostroza la competencia “es la capacidad funcional genérica derivada de la ley que otorga el Estado a una institución administradora de justicia a una persona, para que realice los actos que le permite efectuar el mandato legal dentro del marco de sus funciones” (Vargas, 2013)

Tras los autores mencionados, puedo concluir que la competencia es el conjunto de facultades y límites atribuidos a los órganos jurisdiccionales (jueces, tribunales) para conocer, juzgar y resolver sobre los distintos asuntos que se someten a su consideración. Siendo así, una garantía procesal para las partes, ya que asegura que un asunto sea juzgado por un órgano jurisdiccional que tenga las facultades y la experiencia necesarias para resolverlo adecuadamente, evitando así la arbitrariedad y garantizando el debido proceso.

En el Ecuador, la competencia en materia de mediación está regulada por la Ley de Arbitraje y Mediación, es fundamental precisar que la competencia para ejercer la mediación en nuestro Estado es exclusiva de los profesionales que hayan cumplido con los requisitos establecidos por la Ley de Arbitraje y Mediación artículo 48. Estos requisitos incluyen la obtención de una certificación como mediador, la cual se obtiene después de completar un curso de formación en mediación y la observación de casos prácticos.

De conformidad con la Resolución 208-2013 la Secretaría General del Consejo de la Judicatura es el organismo encargado de regular y supervisar el ejercicio de la mediación en Ecuador. Entre sus funciones se encuentra la de establecer los requisitos para la formación y certificación de mediadores, mantener un registro de mediadores certificados, y supervisar el ejercicio de la mediación para asegurar su calidad y eficacia. Ahora bien, tenemos los siguientes tipos de competencia en mediación:

1. Competencia normativa: La competencia normativa se refiere a la capacidad del Estado para establecer las normas y regulaciones que rigen la mediación en el país. La Secretaría General del Consejo de la Judicatura es el organismo encargado de establecer los requisitos para la formación y certificación de mediadores, supervisar el ejercicio de la mediación.
2. Competencia profesional: La competencia profesional se refiere a la capacidad de los mediadores para ejercer su labor de manera efectiva y eficiente. En Ecuador, la competencia profesional está regulada por la Ley de Arbitraje y Mediación, que establece los requisitos para la formación y certificación de mediadores.
3. Competencia territorial: La competencia territorial se refiere a la capacidad de los mediadores para ejercer su labor en diferentes regiones del país. Cabe recalcar que la ley establece que los mediadores pueden ejercer su función en todo el territorio nacional, siempre y cuando estén registrados en el Consejo de la Judicatura, y cumplan con los requisitos establecidos por la ley.

2.2.2 UNIDAD II

EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OÍDOS

2.2.2.1 El derecho de los menores a ser oídos según la legislación nacional

Partiendo de lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador de 2008 (en adelante constitución o CRE) en el Art. 3 en lo referente a los deberes primordiales del Estado, en su numeral 1 expone que se garantizara “sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la constitución, y en los instrumentos internacionales,...”, el Art. 35 posesiona a las niñas, niños y adolescentes, como personas de grupos de atención prioritaria, por lo tanto, recibirán atención prioritaria y especializada, en ámbitos públicos como privados. (Constitución de la República del Ecuador [C.R.E.], 2008, Arts. 3, 35) El Art. 21 del Código Civil señala que los niños o

infantes son aquellos que no han cumplido 7 años; impúber, quien no cumple 14 años, y la mujer que no cumple 12 años; menor de edad quien aún no cumple 18 años, quien ya los cumplió es mayor de edad o adulto. (Código Civil [C.C.], 2019, Art. 21)

La Constitución en el Art. 44 señala que se asegurará el ejercicio pleno de sus derechos, y que su condición como sujetos de derechos, se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Al respecto el Art. 11 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia establece que:

El interés superior de niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considera la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalecerá sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. (Código Orgánico de Niñez y Adolescencia [C.O.N.A.], 2022, Art. 11)

Por lo establecido en el CONA en el marco jurídico ecuatoriano se considera al interés superior como un principio rector; así también, Katherine Paulette Murillo, se refiere a que:

Es una norma jurídica con carácter constitucional, mediado por el concepto de niñez y adolescencia según el contexto sociocultural de que se trate. Su conceptualización es compleja, flexible y subjetiva, que debe ser evaluada según la situación y circunstancias de cada caso. Su indeterminación y carácter subjetivo deja espacio para la manipulación y hace difícil su implementación práctica en el ejercicio jurídico en la toma de decisiones y cumple con las funciones de orientación, regulación, hermenéutica, resolución de normas, directriz, prioridad y obligatoriedad. Entre los criterios para su aplicación se encuentran su relación con el principio de libertad de expresión y el derecho a ser escuchado; elementos como: el sexo, la orientación sexual, la nacionalidad, las creencias, la religión, la identidad cultural y la personalidad, y la preservación del entorno y relaciones familiares. (Murillo et al., 2020)

Con lo concerniente a los derechos de protección, se señala en el Art. 75 de la CRE, que “todas las personas tienen derechos al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses...” (Constitución de la República del Ecuador [C.R.E.], 2008, Art. 75), haciendo énfasis a la tutela efectiva, es un derecho que presenta rasgos directamente procesales y de carácter constitucional, llegando a ser un

componente significativo del debido proceso, en conjunto con los principios de inmediación y celeridad, garantizando que la persona no quede en indefensión (Indacochea, 2020, p. 39), ante lo cual se garantiza a la persona el acceder a solucionar su controversia, sea cual sea el proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, por lo tanto, resaltaremos el proceso de mediación, que es considerado como una forma de servicio público de acuerdo al Art. 17 Inc. segundo del Código Orgánico de la Función Judicial.

El Art. 76 de la CRE, establece las garantías básicas del debido proceso, manteniendo el enfoque en procesos de mediación y en materia de niñez, resaltan las garantías básicas del numeral 1 y 7 letras c; el numeral uno, establece que “toda autoridad administrativa o judicial, garantiza el cumplimiento de las normas y derechos de las partes” (Constitución de la República del Ecuador [C.R.E.], 2008, Art. 76), y en mediación quien está a cargo del proceso es el mediador, por lo tanto, será quien garantice los derechos de los menores en conjunto con sus progenitores; en cuanto al numeral siete, este expone las garantías del derecho a la defensa, resaltando la letra c) “Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”, esta garantía aplicada a un proceso de mediación donde el menor expone su punto de vista con respecto del caso, no podrá ser vulnerado, el mediador deberá facilitar los medios necesarios para que se oiga al menor de forma oportuna y se pueda interpretar su opinión.

En el Código Orgánico de Niñez y Adolescencia, en el Art. 257. Con referencia a la administración de justicia en materia de niñez señala las garantías del “debido proceso”, pero haciendo referencia a todo procedimiento judicial que se sustente con arreglo al Código Orgánico General de Procesos, mencionando que las personas tendrán asegurada la inviolabilidad de la defensa, ..., el “derecho a ser oído” y las demás garantías del “debido proceso” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia [C.O.N.A.], 2022, Art. 257); sin embargo, no hace referencia a los procesos extrajudiciales como el de mediación, por lo tanto, en aplicación del interés superior del niño en procesos de mediación se podría aplicar el “derecho a ser oído” garantizado en este artículo como parte del “debido proceso” en la suscripción de actas de mediación; ya que en el mismo cuerpo legal en el Título XI, trata sobre la mediación, Arts. 294 al 297.

Y se especifica en el Art. 295 como regla especial, en su párrafo segundo que “se oirá la opinión del niño, niña o adolescente que esté en condiciones de expresarla” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia [C.O.N.A.], 2022, Art. 295), a pesar de ser considerada como regla especial no hace mención a que es parte del debido proceso, sin embargo, se podría sobre entender como tal gracias al principio de interés superior del niño ya que es flexible y su aplicación debe ser acomodada por la autoridad competente, pues este principio prevalecerá sobre los demás, de esta forma en la suscripción de actas de mediación no se estaría violentando el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, pues el menor será escuchado en el momento procesal oportuno, y se podrá tener certeza de que no se está vulnerando ninguno de sus derechos.

Tenemos claro que la constitución por medio de los derechos, principios, garantías, etc., colocan a las niñas, niños y adolescentes, como parte de los grupos de atención prioritaria, por lo tanto, al momento de llevarse a cabo un proceso ya sea administrativo, judicial o extra judicial, se les garantizara el derecho pleno a la seguridad jurídica, debiendo hacer énfasis al interés superior del menor, mismo que variara dependiendo del tipo de caso; es decir, que las autoridades que lleven un proceso velaran porque se tomen las mejores decisiones con apego al bienestar del menor, ante lo cual es evidente que este principio tiene relación con el principio de libertad de expresión y el derecho a ser oído.

Con respecto al principio de libertad de expresión enfocado al ámbito de los menores, quiere decir que el menor podrá expresar lo que siente con respecto a la situación en la que se encuentra en un determinado caso que lo inmiscuye, y “variara dependiendo de las circunstancias sociales, la edad, el sexo, orientación sexual, la religión, desarrollo psicológico, madurez, personalidad, etc.,” (Murillo, et al., 2020) transformándose en una opinión, misma que por las autoridades deberá ser evaluada dependiendo del contexto en el que se encuentre el menor, para posteriormente analizar todo lo que se ha oído al respecto y poder orientar la interpretación de las normas con las circunstancias del caso, y que se pueda tomar una decisión.

En el marco del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el saber oír e interpretar la opinión de los menores, trae consigo una serie de consideraciones y requisitos, mismo que deben ser vigilados a lo largo de un proceso ya sea administrativo, judicial o extra judicial, garantizando el debido proceso, con el fin de no violentar la integridad física y psicológica del menor, por lo tanto, en todo proceso es obligatoria la evaluación psicológica del menor, misma que estará a cargo de un profesional con apego a la rama de psicología, quien será el encargado de elaborar un informe psicológico, y puesto en consideración ante la autoridad competente dependiendo del proceso y el caso que se esté tratando.

El derecho a ser oído en materia de niños y jóvenes en Ecuador se encuentra garantizado en diversas normativas nacionales e internacionales, la Constitución en el Art. 45 párrafo segundo garantiza el derecho de los niños, niñas y adolescentes a participar en los asuntos que les afectan y a ser consultados en las decisiones que les conciernen, guardando relación con el Art. 60 del el Código Orgánico de Niñez y Adolescencia; ante lo cual, se entiende que para garantizar el derecho a ser oído se debe garantizar previamente los derechos de participación, establecidos en los Arts. 59, 60, 61, 62, 63 del referido código.

Sin embargo, entre los desafíos que persisten en relación al derecho a ser oído se encuentran la falta de acceso a información, la inexistencia de mecanismos adecuados para garantizar la participación de los niños y jóvenes, y la falta de recursos y capacitación en este ámbito por parte de las instituciones públicas y privadas. Por ello, es importante seguir trabajando en el fortalecimiento de herramientas y mecanismos que permitan garantizar la participación activa y protagónica de los niños y jóvenes en los asuntos que les afectan

2.2.2.2 El derecho de los menores a ser oídos según la legislación internacional

En el ámbito internacional, los derechos del niño son reconocidos con más relevancia en la Declaración de Ginebra, que fue aprobada en 1924 por la reconocida Liga de las Naciones, tras los fatales sucesos ocurridos en la primera guerra mundial, este cuerpo legal es el primero en reconocer derechos específicos de los menores, trata además de la responsabilidad del adulto frente a derechos que no pueden ser vulnerados y sirvió como base para la creación de la Convención de los Derechos del Niño (también CDN o Convención).

La Convención de los Derechos del Niño establece el Art. 2 que los países que llegaron a suscribir la Convención, y posesionarse como estados partes tienen el deber de garantizarla, manteniendo concordancia con lo establecido por el Estado ecuatoriano que manifiesta en el Art. 424 párrafo segundo de la CRE, que "...los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público" (Constitución de la República del Ecuador [C.R.E.], 2008, Art. 424), de esta manera se estaría reconociendo que la Convención es una norma jerárquica superior, y que tiene carácter vinculante dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En el área del proceso de suscripción del acta de mediación, quien vigilara que se garanticen los derechos establecidos en la Convención de Derechos del Niño, es el mediador especializado en la materia de niñez y adolescencia, se autoriza, ya que se considera servidor público, y, según lo señalado en el Art. 426 de la CRE, en el segundo y tercer párrafo, se interpretará así, los servidores públicos aplicarán los derechos contenidos en la Convención, aunque las partes no las invoquen expresamente. Y que serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos... (Constitución de la República del Ecuador [C.R.E.], 2008, Art. 426)

En el Art. 1 de la CDN, establece que "se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes a mayoría de edad" (UNICEF Comité Español, 1989). De Lourdes Almada Mireles (2020) señala que antes de la entrada en vigencia de la Convención Derechos del Niño de las Naciones Unidas se consideraba a las niñas, niños y adolescentes como objetos de protección y control por parte de los adultos, sin embargo, en la actualidad los Estados los consideran como sujetos de derechos, en el Estado ecuatoriano el Código Orgánico de Niñez y Adolescencia en el Art. 2 los posesiona como sujetos protegidos, y el Art. 15 expresamente los considera como sujetos de derechos y garantías.

Ante lo cual la Convención (1989) con respecto al derecho a expresar su opinión establece en el Art. 12 lo siguiente:

Los estados garantizarán al niño que pueda formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libre en todo lo que afecta, teniéndose en cuenta las opiniones del niño, según su edad y madurez. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento. (UNICEF Comité Español, 1989)

Es preciso resaltar que tanto el interés superior del niño y el derecho a opinar y ser oído, debidamente en el momento oportuno, son considerados como principios rectores, en la Convención de Derechos del Niño (Mireles, 2020, p. 81). El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) establece al derecho a ser oído como un principio de acuerdo a la Convención, considerándolo como “un componente necesario para garantizar su autonomía progresiva, su debida protección, el resguardo de su interés superior...”.

Los principios rectores son directrices o lineamientos que establecen una serie de valores, objetivos y metas que deben ser considerados y respetados por las autoridades públicas y la sociedad en general, en la mediación por los mediadores y sus padres. Estos principios tienen como objetivo orientar la actuación de los poderes públicos en el ámbito social, económico y político, estableciendo las bases para la promoción y el respeto de los derechos humanos. Por otro lado, los derechos son aquellas facultades o atributos inherentes a todo ser humano, que le permiten desarrollarse de manera plena y libre, y que deben ser protegidos por los poderes públicos y la sociedad en general. Estos derechos son exigibles, universales, inalienables, interdependientes e indivisibles, y se basan en la dignidad de la persona humana.

Los principios rectores establecen las bases de actuaciones de la Corte Constitucional, jueces, autoridades administrativas y servidores públicos, la sociedad, etc., los derechos son facultades y atribuciones que les corresponden a todo ser humano en su desarrollo y progreso. Los principios y los derechos se complementan y tienen una estrecha relación, debido a que los derechos humanos se fundamentan en los principios rectores.

Dentro del marco internacional, con respecto al Art. 13 de la CDN, los niños al ser titulares del derecho de libertad de expresión, que consiste en buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo, garantiza que el menor pueda comunicarse libremente siempre y cuando no afecte el derecho de otros o de sí mismo, podrá exponer sus opiniones oralmente, de forma escrita, mediante el arte o por cualquier otro medio, ya que en el mismo cuerpo legal Art. 14, señala que el niño posee libertad de pensamiento, conciencia y religión. (UNICEF Comité Español, 1989)

Para que los niños y niñas hagan efectivo su derecho a participar en las decisiones que los afectan, el ejercicio debe entenderse en conjunto con otros derechos incorporados en la CDN, entre ellos, la libertad de expresión; la libertad de pensamiento, conciencia y religión; libertad de asociación; y acceso a la información

(Arts. 13, 14, 15 y 17). Todos estos derechos son condiciones para que ellos puedan efectivamente expresar opiniones, hacer que se tomen serias sus perspectivas e influir en los asuntos que les conciernen. (UNICEF)

Por lo tanto, ha de considerarse que el derecho a ser oído en materia de niñez es un derecho fundamental de los niños, niño y adolescente, reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Este derecho establece que los niños tienen derecho a expresar su opinión y a que esta sea tenida en cuenta en todas las decisiones que les afecten. Además, implica que se deba garantizar la participación activa de los niños en procesos que los involucren, y que se les debe informar de manera clara y accesible sobre las cuestiones que les conciernen. El ser oído es considerado internacionalmente como un derecho humano fundamental que debe ser respetado y protegido para garantizar una infancia plena y saludable.

2.2.2.3 La valoración de la opinión del menor según sus años de edad

Para que los niños, niñas y adolescentes sean oídos, previamente debe existir una opinión, por lo tanto, surge la necesidad de saber cuál es la edad y la madurez del niño suficiente, para que se tome en cuenta su opinión. Como lo hemos indicado anteriormente, el derecho a opinar está directamente vinculado con el derecho a ser oído y quien escuche debe tomar en cuenta o valorarlo debidamente, según el contexto en el que se ejerza el derecho y así este se haga efectivo.

Los niños y adolescentes al ser reconocidos como sujetos de derechos tienen la facultad de hacer efectivo el derecho a participar en situaciones que incidan en su vida, de esta manera podrán expresar que es lo que quiere, que piensa al respecto, descartar sus inquietudes, para así ir forjando una decisión, con respecto a su situación, misma que deberá ser valorada previamente por la autoridad correspondiente antes de tomarse una decisión final. Al respecto el Código Orgánico de Niñez y Adolescencia en el artículo 60 expresa:

Art.60.- El derecho a ser consultado. - los niños 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. (Código Orgánico de Niñez y Adolescencia [C.O.N.A.], 2022, Art. 60)

El expresar una opinión propia, embarca varios ámbitos, como la capacidad para hacerlo, que dependerá de la edad y las condiciones tanto sociales, físicas y psicológicas, es decir la madurez del menor; Anabella del Moral Ferrer (2007), señala que: “existen dos criterios: la primera como objetiva (la edad) y la segunda como subjetiva (la madurez)” (p. 81).

La capacidad, de acuerdo a la ocasión, es el medio o lugar para la ejecución de algún propósito. En lo civil, la aptitud general para ser sujeto de derechos y obligaciones en la esfera del derecho privado; y, más comúnmente, en el ámbito tradicional del derecho civil, en las relaciones jurídicas familiares, reales, contractuales, obligatorias y sucesorias. En lo jurídico, la aptitud que tiene el hombre para ser sujeto o por parte, por sí o por representante legal, en las relaciones de derecho. En lo legal, la cualidad determinada por las leyes para ejercer toda clase de derechos, civiles, políticos y sociales. (Cabanellas, 2014)

Entendiéndose que se valorara la capacidad del niño o adolescente, de acuerdo a la ocasión, al lugar donde el menor ejercerá su derecho a opinar; con respecto a la capacidad civil, sabemos que el menor es considerado como sujeto de derechos y por ende tiene obligaciones; en el ámbito jurídico, se le faculta al menor la aptitud para ser sujeto por sí o por representante legal, en situaciones de derecho que le conciernen, como por ejemplo en el proceso extrajudicial de mediación, es decir el menor posee capacidad de goce y de ejercicio; en lo legal, se indica que la cualidad será determinada por la ley para que el menor pueda ejercer sus derechos.

La capacidad del menor según la capacidad legal, indica que existen parámetros de edad y es determinada por la ley, en cuanto se trate sobre el ejercicio de ciertos derechos, por ende se entiende que es limitada debido a su edad y experiencia; sin embargo, posee capacidad jurídica, que consiste en la capacidad para poseer derechos y obligaciones, y así poder ser titular de derechos indicados en la ley, como por ejemplo el de patrimonio, pudiendo ejercer actos jurídicos a través de sus representantes legales, es decir el menor puede ejercer ciertos derechos legales.

En los procesos administrativos, judiciales y extrajudiciales, la Convención de Derechos del Niño establece que cada una de las legislaciones de los estados parte, serán quienes valoren y regulen como se tomara en cuenta la opinión del menor. Al respecto en Ecuador el legislador señala en los cuerpos legales que se tomara en cuenta dependiendo de la medida de su edad y madurez, puesto que son considerados como sujetos protegidos según lo establece el Art 2 del CONA, desde la concepción hasta los 18 años; ante lo cual, el Art. 21 del Código Civil establece en el inciso primero:

Llámesse infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos. (Código Civil [C.C.], 2019, Art. 21)

Así también, en el Código Orgánico de Niñez y Adolescencia (2017), en el Art. 4 se define niño o niña a la persona que no ha cumplido doce años de edad, adolescente la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad. Para que se valore la opinión del niño, niña y adolescente, se deberá analizar la capacidad objetiva y subjetiva en

conjunto, es decir la edad y su madurez conjuntamente, pues esta variara, por ende, deberán tomarse en cuenta las siguientes generalidades establecidas y discutidas por varios autores en diferentes trabajos científicos:

Los infantes o niños de 1 a 2 años, a esta edad es imposible que expresen verbalmente sus opiniones, sin embargo, ha de tomarse en cuenta la expresión corporal que consiste en señalar, hacer gestos y sonidos para comunicar algo que les guste o les moleste.

Los infantes o niños de 3 a 5 años, edades en las que pueden expresarse verbalmente, comienzan a experimentar las habilidades de prelectura y preescritura, por ende, expondrán sus pensamientos y opiniones, pero siendo muy concretos y limitados, debido a que su opinión se basa por lo que miran y experimentan en su diario vivir y entorno, en ese momento exacto.

Los infantes o niños de 6 a 9 años, con la capacidad de tener un pensamiento más complejo y abstracto, pueden expresar opiniones más elaborada y basadas en la lógica y el razonamiento; sin embargo, su visión del mundo aun es limitada, por ende, no son capaces de entender las implicaciones que tienen sus opiniones, con respecto a su condición, jurídica, social, familiar, etc.

Los niños o impúberes de 10 años, la mujer que no ha cumplido 12 años y el varón que no ha cumplido 14 años, por sus experiencias vividas, ya poseen una capacidad más avanzada para comprender y analizar distintas circunstancias presentes en sus vidas, por ende, ya pueden expresar una opinión más compleja, relacionada con sus propias experiencias y por la información adquirida de su entorno.

Los adolescentes de entre 14 a 18 años, poseen una capacidad casi completa para formar opiniones y expresarse con claridad, debido a que su visión del mundo es amplia, siendo ya capaces de entender las implicaciones o consecuencias que podrían causar sus opiniones; sin embargo, suelen ser influenciados por opiniones de terceras personas o por el ámbito social en el que se encuentran. (Organización de los Estados Americanos [O.E.A], 2005)

Debe resaltarse que la autonomía y subjetividad del niño o adolescente, se refiere a la capacidad para tomar decisiones y ser responsable de sus acciones, teniendo en cuenta sus propios pensamientos, sentimientos y deseos; conceptos que tiene relación con el desarrollo de la identidad y la independencia, y son considerados aspectos clave del proceso de crecimiento y madures mental; llegando a ser fundamentales para su autodeterminación y realización personal, y para el fomento de su autoestima y autoimagen positiva.

Tomando en cuenta las generalidades descritas, ha de considerarse que el niño y adolescente para poder expresar su opinión primeramente debe adquirir habilidades de comprensión y comunicación; la primera, se obtiene a lo largo de las experiencias vividas, la información adquirida, etc., hasta lograr tener una compresión del lenguaje total; la segunda, se desarrolla consiente e inconscientemente, como la comunicación no verbal que es a través de las expresiones faciales (rostro feliz, triste, disgustado, etc.), ante lo cual ha

de considerarse que el ser humano no está limitado a un lenguaje hablado, podemos comunicar de forma directa (a través de las expresiones faciales, postura corporal, gestos y tonos de voz) o indirecta (a través del sistema de signos y símbolos, la escritura, partiduras musicales, pintura, señales viales, etc.). (Ember et al., 2016)

Por lo expuesto se considera que los niños desarrollan las habilidades de comprensión y comunicación desde que nacen, el niño se comunica a través de la expresión corporal mucho más antes, de desarrollar una comprensión del lenguaje, sin embargo, estas dos van a la par, ya que a partir de los 3 años comienza a expresarse verbalmente, con palabras básicas que embarcan un todo, ejemplo: el niño para expresar que tiene hambre dirá “hambre, comida, arroz, etc.” y a partir de los 5 años dirán Mami quiero comer gelatina, formulando ya una oración.

Dentro del ordenamiento jurídico Ecuatoriano, se garantiza el desarrollo integral del infante o adolescente, en acciones que han sido articuladas en diferentes cuerpos legales, es así que en los “proceso judiciales” para garantizar que la opinión del menor sea valorada debidamente, se ha incorporado la intervención de especialistas (como psicólogos, trabajadores sociales, etc.) en el área de reconocimiento de desarrollo según los años de edad y madurez, por ende analizaran la capacidad de comunicación directa o indirecta, comprensión, lenguaje, etc., y son quienes elaboraran informes detallados para ayudar al juzgador a tomar una decisión garantizando siempre el interés superior del niño.

Es así que la Resolución Nro. 116A-2018 del Consejo de la Judicatura, ha sido aprobada para considerar la aplicación de “técnicas de escucha especializada” a niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia, constando en el Protocolo Ecuatoriano de entrevista forense mediante escucha especializada de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual (2018). Cabe recalcar que el protocolo es aplicado en proceso judiciales más nada se ha pronunciado con respecto a los procesos extrajudiciales.

Sin embargo, considero que, en los procesos extrajudiciales como la mediación, debería implementarse este tipo de técnica de escucha especializada; debido a que las pautas y recomendaciones establecidas son para garantizar que se está valorando la opinión del niño o adolescente. Al respecto, se establece que los entrevistadores deben contar con habilidades y destrezas en el campo de la escucha activa y empática para poder establecer una relación de confianza con los niños, niñas y adolescentes, y a la vez, obtener información precisa y detallada sobre los hechos; se sugiere que los entrevistadores deben evitar preguntas sugestivas o tendenciosas que puedan influir en las respuestas, ante lo cual la forma de expresión será acorde a la edad y el desarrollo cognitivo y emocional, debiendo estar atentos a cualquier indicio de manipulación o coerción.

Otro aspecto clave de la implementación de esta técnica es la garantía de la privacidad y confidencialidad de la información proporcionada por niños, niñas y adolescentes, y la necesidad de obtener el consentimiento informado de los padres o tutores legales; además, se señala que se harán un registro detallado de las entrevistas, incluyendo

el contexto en el que se realizó, los medios utilizados para realizarla, el lenguaje y la terminología utilizada durante la entrevista y cualquier otro aspecto relevante.

Así también, ha de garantizarse que el entorno donde se escuche la opinión del niño, niña o adolescente, tiene que ser seguro y acogedor para que puedan expresarse libremente y sin temor; además, se debe permitir que sean parte activa de la mediación, promoviendo su participación y empoderamiento en el proceso.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la edad y el nivel de madurez de los menores pueden condicionar su capacidad de comprender la situación y de tomar decisiones adecuadas; por lo tanto, el mediador debe ser alguien debidamente capacitado y especializado ya que tiene que evaluar el nivel de desarrollo cognitivo y emocional para adaptar su lenguaje y metodología de trabajo a la edad del menor y asegurar que su opinión sea valorada de forma responsable y equilibrada.

Sin embargo, en procesos administrativos y extrajudiciales, no existen artículos que detallen con exactitud cómo se deberá valorar la opinión del menor con respecto al caso que se esté tratando, lo que conlleva a que se viole el interés superior del niño, el derecho a ser oído, y por ende los derechos de participación establecidos en el CONA, la opinión debe ser valorada de manera objetiva, imparcial y especializada.

2.2.3 UNIDAD III

DETERMINACIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS ACTAS DE MEDIACIÓN SUSCRITAS EN MATERIA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

2.2.3.1 Alcance y efectos jurídicos del acta de mediación

Se distingue entre el alcance de una sentencia y el alcance de un acta de mediación, una sentencia al ser una resolución dictada por el juez o tribunal, la decisión será vinculante para las partes, por lo que la resolución es definitiva y no puede modificarse sin acudir ante un recurso de revisión por parte de una instancia superior. Por otro lado, el acta de mediación al ser resuelta por las partes, su acuerdo no tiene la misma fuerza de vinculante que la sentencia, pero posee un valor legal si se presenta como prueba en un juicio.

Por lo tanto, el alcance de una sentencia puede resolver cualquier cuestión relacionada con el proceso judicial, como económicos, de propiedad, custodias, visitas, etc., mientras que un acta de mediación solo puede resolver las cuestiones específicas (transigibles según lo indica la ley) que se discutieron durante el proceso de mediación.

El alcance de un acta de mediación hace referencia a la extensión y efectos que dicha acta tiene sobre las partes involucradas, de este modo al ámbito de aplicación y a las consecuencias que se deriven del acta en cuanto a sus efectos jurídicos, por lo que su

alcance puede ser limitado o general, dependiendo de los términos del acuerdo y de las circunstancias del caso.

La mediación familiar, enfocada a derechos de niños y adolescentes, tiene un alcance transigible en derechos de alimentos (fijación, aumentos, rebajas, de pensiones alimenticias), régimen de visitas, la tenencia (derivación judicial), fórmulas de pago de liquidación de alimentos “*Revisar gráfico No 3*”. Constituyendo un acuerdo entre sus progenitores o representantes, que establecerán las condiciones y los términos de los acuerdos. Al poseer un alcance netamente legal, este dependerá del tipo de caso, del tipo de acuerdo alcanzado por las partes, que es fundamental para determinar su trascendencia y su impacto en el ámbito jurídico y social.

Por otra parte, se entiende por efectos jurídicos, a los resultados o consecuencias legales que se derivan de un hecho o acto jurídico, que incluyen derechos y obligaciones, responsabilidades legales, etc., es decir, son las consecuencias jurídicas que se producen a partir de la realización de un acto o hecho según lo establecido en la legislación y la jurisprudencia.

Ante lo cual, podemos deducir que el acta de mediación al ser un acto jurídico, este tendrá como efecto el de crear, modificar, trasladar, transferir o eliminar derechos y obligaciones; ante lo cual uno de sus efectos es el de poner fin a un conflicto, lo que implica que las partes involucradas ya no tendrán que litigar en los tribunales o resolver el conflicto de manera más costosa y larga; así también se ha considerado que tiene fuerza ejecutiva, lo que significa que ambas partes están legalmente obligadas a cumplir con los términos del acuerdo, si una de las partes las incumple, la otra parte puede acudir a los tribunales y hacer cumplir el acuerdo.

La Ley de Arbitraje y Mediación, menciona como efectos jurídicos según el caso y el acuerdo al que se haya llegado, que será de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada una vez se establezca su fin, es decir se tendrá este efecto cuando se suscriba el acta, constando esto cuando se llegue a un acuerdo total, en los casos de acuerdo parcial o imposibilidad de acuerdo, se iniciara un proceso judicial para resolver el conflicto, ante la negativa y poca colaboración de la otra parte. Ha de tomarse en cuenta el Art. 47 inciso cuarto de la LAM párrafo cuarto, que indica:

El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutara del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación. (Ley de Arbitraje y Mediación [L.A.M.], 1997, Art. 47)

Al respecto en el artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos, sobre los Títulos de ejecución, señala en el numeral tres el acta de mediación, y en el ámbito internacional en el mismo artículo el numeral cinco señala a las actas de mediación

expedidas en el extranjero, que deberán ser homologadas conforme la ley, en concordancia con lo establecido en los Arts. 102 al 106, en el Art. 103 del mismo cuerpo legal, segundo inciso indica que en materia de niñez será según las dispersiones de ley y los tratados internacionales; no indicando nada al respecto de la revisión del acta en asuntos de fondo; donde se puede verificar si la opinión del menor ha sido tomada en cuenta según los lineamientos del interés superior.

Por lo señalado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el acta de mediación tiene varios efectos jurídicos y pueden variar dependiendo el caso, entre los más generales son:

- a) El valor probatorio: el acta de mediación tiene valor probatorio como un medio de prueba en un proceso judicial. Si el acuerdo alcanzado en la mediación se plasmó en un acta, esta acta puede ser presentada al tribunal correspondiente para que tenga en cuenta el acuerdo alcanzado.
- b) Tiene efecto de acuerdo entre las partes involucradas (acuerdo vinculante): el acuerdo alcanzado en la mediación a través del acta es vinculante para las partes. Esto significa que ambas partes se comprometen a cumplir con los términos establecidos en el acuerdo, y que el incumplimiento de las obligaciones establecidas puede dar lugar a acciones legales.
- c) Cumplimiento de la obligación: si se resuelve el conflicto a través de la mediación, se puede evitar que el caso llegue a los tribunales y se reduzcan los costos y tiempos asociados a un proceso judicial.
- d) Fuerza ejecutiva (ejecución del acuerdo): lo que significa que puede ser presentado ante un juez para que se ordene su cumplimiento.
- e) Es confidencial: el acta de mediación es un documento confiable y no puede ser divulgado sin el consentimiento de ambas partes.

2.2.3.2 Efectos y requisitos del acta de mediación como sentencia

Al ser suscrita el acta de mediación, inmediatamente esta es considerada como sentencia ejecutoriada, por lo tanto puede o no puede activar su efecto de ejecución, ya que se considera como parte de los títulos de ejecución; por lo que, se entiende que debe cumplirse con los acuerdos suscritos en el acta; ante lo cual, por ser un proceso voluntario, su ejecución será realizada de forma voluntaria, es lo más lógico; sin embargo, existen casos en los que posteriormente cuando se debe dar inicio al cumplimiento del acuerdo, este no se hace, por lo cual el legislador ha establecido que ante la falta de cumplimiento se deberá iniciar un acción judicial de ejecución.

Es decir, la ejecución del acta de mediación viabilizada por medio del procedimiento de ejecución. Ahora bien, Miguel Chenás (2021) menciona que “en palabras de Agnelli y Matos el carácter inmutable y definitivo que la ley otorga a la sentencia y demás instrumentos similares, constituye la voluntad del Estado expresa en la ordenanza legal que aplica, para el caso en cuestión” (p. 45). Por lo dicho, las obligaciones contenidas en el acta de mediación no pueden ser objeto de una nueva discusión o dejadas

sin validez, por lo que corresponde su cumplimiento inmediato y voluntario. En caso de inobservar lo referido, se recurrirá a los jueces ordinarios para su cabal cumplimiento. En cuanto a la obligatoriedad del cumplimiento de los títulos de ejecución en general, Cabanellas considera que “La obligación constituye un hecho inexcusable que en términos jurídicos representa un hecho estricto que impone el cumplimiento de una acción o una omisión” (Cabanellas, 2014).

Al ser considerada como una sentencia, esta deberá cumplir con los requisitos o solemnidades de una sentencia, porque su cumplimiento es obligatorio y activa la vía judicial; sin embargo, debe considerarse que una sentencia resuelta por la vía judicial, al ser heterocompositiva, contiene motivación por parte del juez basada en las pruebas aportadas, para solucionar el conflicto; y la acta al ser autocompositiva su motivación se basa en los criterios y posturas puestas por la partes para llegar a un acuerdo, por lo que se deduce que en el ámbito de motivación estas no son iguales, y si no son iguales porque tienen el efecto de ser ejecutadas de la misma forma; es decir en materia de niñez, no se revisan cuestiones de fondo del acta, por ende no se sabe si se garantiza por medio del mediador los derechos vinculados al interés superior del niño.

Se entiende que para hacer cumplir con la obligación plasmada en el acta, esta para su ejecución será llevada ante un juzgador que no conoció del conflicto en ninguna de sus etapas, por lo que según la norma al ser un título de ejecución, le compete pronunciarse según lo establece el COGEP en su art. 372, que al ordenar un mandato de ejecución no puede pronunciarse sobre el fondo ni tiene fundamento o motivo suficiente en el texto del acta para asumir que lo que ordena ejecutar esta ajustado a la ley o vulnera derechos de los justiciables. (Agnelli & Matos de Nouel, 2020, p. 106)

Por lo expuesto se entiende que, el juez solo se limita a resolver lo contenido en la decisión final, sin poder expresarse sobre si la decisión tomada en el acta es o no legal (no verifica si se garantiza el derecho a opinar, a ser oído, etc., de los niños y adolescentes), esto le correspondía verificar al mediador.

Art. 362 del COGEP, “ejecución.- es el conjunto de actos procesales para hacer cumplir las obligaciones contenidas en el título de ejecución”, ante lo cual ha de considerarse que “Los títulos de ejecución son conocidos por ser documentos que no son susceptibles para imponerse ante ellos un nuevo fallo, o algún recurso para modificarlo o revocarlo” (Agnelli & Matos de Nouel, 2020, p. 106), por lo tanto, el acta de mediación posee un carácter de cosa juzgada, ya que resuelve cuestiones de fondo de la controversia, y el juez podrá expresarse únicamente para exigir el cumplimiento de lo acordado por las partes.

Sin embargo, es preciso analizar el silogismo planteada por Alizia Agnelli y Ibely Matos de Nouel, donde establece primero “la premisa, el acta de mediación tiene efectos de una sentencia ejecutoriada” y segunda “la premisa, la sentencia ejecutoriada puede ser recurrida por falta de motivación”, bajo estas dos premisas concluye que, “el acta de

mediación puede ser recurrida por falta de motivación” (Agnelli & Matos de Nouel, 2020, p. 109), ante lo cual el Art. 47 de LAM en el párrafo segundo establece:

En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrá las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador. Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en este son auténticos. (Ley de Arbitraje y Mediación [L.A.M.], 2015, Art. 47)

Por lo establecido en Ley de Arbitraje y Mediación, entre los requisitos del acta esta contendrá su motivación en relación a los hechos del conflicto, y por la descripción clara de las obligaciones, con el fin de surtir efectos de sentencia ejecutoriada. Ante lo cual el COGEP, en el Art. 101 expresa que los efectos de una sentencia ejecutoriada son irrevocables, por lo que no podrá seguirse un nuevo proceso, (...). “Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no solo la parte resolutive, sino también la motivación de esta”. Ante lo cual se deduce, que el acta al ser considerada como sentencia ejecutoriada y cosa juzgada es porque, ya no podría interponerse ningún recurso en su contra, y mucho menos podrá ser alterado.

Por lo tanto, la norma ha señalado que el acta en su contenido de fondo deberá contener como requisito “por lo menos una relación de los hechos..., y la descripción de las obligaciones”, para que se aprecie su alcance, ante lo cual, se deberá tener en cuenta que en esta parte del acta podría existir una interpretación errónea de los hechos, provocando que exista error en el acta, esto debido a que en su naturaleza jurídica prima la voluntariedad, y por ende no existen tantas solemnidades como en una sentencia judicial; ante lo cual se deduce que las actas serán “susceptibles del recurso de nulidad basado en las causas que suprimen el valor de los contratos” (Agnelli & Matos de Nouel, 2020, p. 112)

Ante lo cual se han señalado que las causas son: cuando el acuerdo es ilícito; cuando el objeto disputado es ilícito; cuando la causa del acuerdo es ilícita; cuando existe una falta de “fondo”. Por lo tanto, ha de considerarse que la nulidad de un acto procesal significa que dicho acto carece de validez y eficacia jurídica porque no se ha cumplido algún requisito sustancial que la ley establece. La nulidad puede ser absoluta si se trata de una violación de una norma de orden público o de una disposición imperativa, o relativa si se trata de una violación de una norma que protege solo el interés de las partes en el proceso.

Entonces, si en la parte de motivación de un acta en materia de niñez y adolescencia, donde se establecen los hechos relevantes relacionados al caso; se omite tomar en cuenta la opinión del menor, se estaría afectando el principio del interés superior del niño que está vinculado con los derechos de participación especificados en CONA Arts. 59, 60, 61, 62, 63, como también los Arts. 13, 14, 15 y 17 de la CDN, que son fundamentales para que el menor pueda hacer valer su derecho a expresarse y que se tome en cuenta su opinión.

Ut supra, el acta de mediación suscrita que es considerada como título de ejecución recaería en vicios de fondo, específicamente con el requisito de motivación, provocando que la misma carezca de validez y sea ineficaz y se pueda declarar la nulidad de la misma.

2.2.3.3 Errores subsanables he insubsanables en el acta de mediación

Es indispensable partir de la definición del error como vicio dentro de un contrato, pues el acta de mediación es un acuerdo de voluntades. El tratamiento de las problemáticas que surge de los efectos del error en una declaración contractual ha llevado, en algunos ámbitos, a formular generalizaciones infundadas sobre el alcance de cualquier efecto de una manifestación de voluntad que haya sido emitida bajo el influjo de un error, con notable demérito de las exigencias de diligencia en quien pretende alegar el error en su favor y de la tutela de la confianza de quien ha recibido la declaración errada.

El Art. 1467 del Código Civil, determina: “Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo” (Código Civil [C.C.], 2019, Art. 1467), para esta investigación, se precisará el concepto de error. Es así que, a decir de Guillermo Cabanellas el error es “vicio del consentimiento originado por un falso juicio de buena fe, que en principio anula el acto jurídico cuando versa sobre el objeto o la esencia del mismo” (Cabanellas, 2014) así también para los juristas Rabat, Mauriziano y Vicuña, el error es “falsa representación de la realidad” (Rabat et al., 2019, p. 269)

De lo mencionado se infiere que el error se refiere a una equivocación o falta de conocimiento por parte de una de las partes en el momento de celebrar el contrato. Conforme a la doctrina, la regla general es que cada individuo es responsable de sus propios actos. Por lo tanto, solo en circunstancias excepcionales se puede permitir que alguien alegue su propia equivocación como motivo para invalidar un acto jurídico. Se hace hincapié en que el derecho no protege a las personas descuidadas. (Rabat et al., 2019, p. 269)

Bajo la expuesto, para incoar la existencia del error en un determinado contrato o acto, se debe tomar en consideración los siguientes requisitos: Reconocimiento legal, esto significa que el tipo de error de vicio del consentimiento debe estar prescrito en la norma infra constitucional; excusabilidad, es decir, el error debe ser excusable, lo que significa que no debe ser atribuible a la negligencia o descuido de la parte que lo alega. Se espera que la parte haya actuado con la debida diligencia y cuidado al momento de celebrar el contrato; y, determinación, puesto que el error debe haber incidido directamente en el consentimiento de la parte que lo alega, a tal punto que de no haberse producido dicho error no se habría celebrado el contrato o ejecutado el acto. (Murillo et al., 2020) Además, se debe tener en consideración como un cuarto requisito que, el error como vicio del consentimiento debe ser sustancial, significativo y perjudicial al entendimiento o la voluntad de las partes involucradas en el contrato.

Una vez entendido el concepto y los requisitos del error como vicio del consentimiento, para conseguir el objetivo de este trabajo se requiere distinguir entre un error subsanable e insubsanable, pero esta distinción no existe en nuestro ordenamiento jurídico, sino dentro de la doctrina, del que se desprende que existen errores de fondo y de forma. Sin embargo, el Código Civil ecuatoriano tanto como la doctrina y jurisprudencia atañen los conceptos de error de hecho y de derecho. Entonces, este análisis va a centrarse en dos aristas: Error subsanable e insubsanable; Error de hecho y de derecho.

Primera arista: los errores subsanables e insubsanables se refieren a los errores que se pueden corregir y aquellos que no se pueden corregir, respectivamente, en un documento.

Error subsanable: Permite realizar las modificaciones necesarias para corregir el error y enmendar el documento. Por lo general, los errores subsanables son aquellos que no afectan de manera significativa la validez o la esencia del contenido del documento. Algunos ejemplos comunes de errores subsanables pueden incluir: Errores gramaticales o de ortografía menores; inconsistencias en los datos proporcionados; omisión de información no esencial; o, defectos formales que no afectan el propósito o la intención del documento, etc.

En estos casos, se pueden presentar correcciones o enmiendas para rectificar el error debido a que es de forma y garantizar la validez del documento. Por lo general, se requiere que se realice el proceso de subsanación dentro de un plazo determinado y se cumplan los requisitos legales o administrativos correspondientes.

Error insubsanable: Son de naturaleza más grave y pueden afectar la validez o la esencia del contenido del documento. Los errores insubsanables pueden invalidar por completo el documento o requerir una acción más drástica, como la creación de un nuevo documento. Algunos ejemplos de errores insubsanables podrían ser: Falsificación o alteración de información importante; omisión de información esencial o requerida por ley; incumplimiento de requisitos legales o administrativos sustanciales; o, errores que cambian la intención o el propósito fundamental del documento, etc.

En estos casos, el error insubsanable puede resultar en la anulación del documento y, en algunos casos, puede tener implicaciones legales o consecuencias negativas, ya que afecta a cuestiones de fondo. Es importante tener en cuenta que la clasificación de un error como subsanable o insubsanable puede depender del contexto y las regulaciones específicas asociadas con el tipo de documento en cuestión; como, por ejemplo, un acta de mediación que versa en función de la Ley de Arbitraje y Medición, y el Reglamento de la Ley de Arbitraje y Medición vigente.

Segunda arista; Por otra parte, el Código Civil ecuatoriano diferencia de forma expresa al error de hecho y error de derecho, dando un tratamiento completamente diferente. A decir de Claro Solar ‘‘El error de derecho recae, sobre una regla de derecho, es

decir, sobre el derecho objetivo; el error de hecho recae sobre hechos jurídicos, es decir, sobre las condiciones exigidas para la aplicación de una regla de derecho” (Claro, 1988). Por consiguiente, el error de derecho es un error en la comprensión o aplicación de las reglas legales que rigen el contrato o acto; y, el error de hecho es una situación en la cual una de las partes se equivoca acerca de una circunstancia material o un hecho que influye en su consentimiento para celebrar el contrato.

Sin embargo, en el Ecuador “el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento” (Código Civil [C.C.], 2019, Art. 1468), mientras que el error de hecho sí lo vicia:

Quando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra. (Código Civil [C.C.], 2019, Art. 1469)

Empero, esto no significa que el error de derecho no tenga una consecuencia jurídica, puesto que, se acepta este tipo de error en caso del pago de lo no debido por causa de error de derecho conforme el artículo 2197 del Código Civil, dado a que este tipo de pago carecería de causa lícita; es decir, un error de derecho también podría acarrear nulidad.

Entonces, el error de hecho se produce cuando hay una equivocación en la apreciación o interpretación de los hechos relevantes en un caso. Puede ocurrir que una persona involucrada en el proceso legal malinterprete o tenga una percepción errónea de los hechos que son fundamentales para tomar una decisión justa y precisa. Por ejemplo: si un testigo proporciona una declaración falsa o inexacta, y el juez basa su decisión en esa información incorrecta, se podría considerar un error de hecho; así también podría pasar en procesos de mediación, donde el mediador por los criterios expuestos por los padres deduce que el acuerdo al que hayan llegado es justo para el menor, omitiendo tomar en cuenta la opinión del niño o adolescente al respecto de la decisión tomada por sus progenitores o representantes.

Por otra parte, también se puede inferir al error como un concepto de mala fe, tal como lo dispone el artículo 721 del Código Civil, donde se presume al error de hecho de buena fe, y al error de derecho de mala fe; dado que este mismo artículo conjetura que los ciudadanos en general son conocedores de todo el ordenamiento jurídico vigente, por lo cual, la persona que alegase un error de derecho, podría probarlo, puesto que el error de derecho, se produce cuando hay una equivocación en la aplicación o interpretación del derecho aplicable al caso en cuestión. Sin embargo, este presupuesto estaría idealizando la realidad, porque ningún individuo puede llegar a conocer todo el cuerpo jurídico que rige al país, es decir, el error de derecho puede ser saneado, pero también en ciertos casos podría tener efecto de nulidad.

Por consiguiente, se infiere que el error de hecho y el error de derecho pueden llegar a ser subsanables e insubsanables; la alegación del error dependerá exclusivamente del cumplimiento de los requisitos dispuestos para su incoación (previstos en párrafos anteriores). Se recomienda, analizar de forma detallada los hechos que engloban al caso en particular y así poder inferir el escenario del error que vicie al consentimiento de las partes.

Finalmente, al ventilar un proceso donde se alega un tipo de error que vicia al consentimiento de un acto o contrato, este puede llegar a tener el efecto jurídico de nulidad. Conforme el artículo 9 del Código Civil, se infiere que la nulidad se traduce a la invalidación y carencia de efectos jurídicos sobre un acto o contrato. La nulidad puede ser total, lo que significa que el contrato se considera completamente inválido desde su celebración, o parcial, lo que implica que solo ciertas disposiciones o cláusulas del contrato son nulas.

Sobre el acta de mediación

Una vez entendido, el alcance del error como vicio del consentimiento, es vital analizar al acta de mediación y si este vicio del consentimiento tiene un alcance jurídico. En este punto, los mediadores deben ser conscientes que únicamente podrán llevar a cabo una mediación cuando se trate de derechos disponibles, puesto que, si se realiza lo contrario, aquí precisamente estaríamos frente a un error de derecho, lo cual acarrearía una nulidad del acta de mediación; siendo este el alcance jurídico el “efecto de nulidad”.

Por consiguiente, el acta de mediación solo puede ser susceptible de una acción de nulidad basada en las causas que suprimen el valor de los contratos, es decir, si existiese un error de hecho del acta de mediación; entendiéndose también, como un vicio de fondo, debido a que existe incumplimiento, irregularidad o inobservancia de las disposiciones sustanciales, afectando la validez de la esencia y naturaleza del acto jurídico.

Por otra parte, existen ciertas causas de nulidad del acta de mediación que en palabras de Álvarez y Mauricio son:

Exceder el límite de autonomía de la voluntad, o sea, cuando lo que se pacta sea en oposición o realce la comisión de algún ilícito; la redacción o inobservancia en el acta de acuerdo sobre el objeto por el que se sirvió de la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos; la falta de fundamentación básica y exigida por la ley. (Ramírez, 2022)

A dichas causas, habría que añadir aquellas que afectan al consentimiento otorgado por las partes que muestren actos de mala fe o violencia, intimidación y dolo. De esta manera, se entiende que el acta de mediación puede acarrear nulidad cuando tenga errores de hecho y derecho. De derecho cuando se incumple la disposición legal, refiriéndonos al tema de investigación, cuando no se cumple con la garantía de interés superior, que como

lo señalamos en capítulos anteriores, cuando se omite escuchar la opinión del niño o adolescente, a pesar de que la norma indica que se lo deberá realizar en todo proceso donde se trate sobre sus derechos.

Es decir, en el caso de que el acta adolezca de vicios del consentimiento se activará la acción de nulidad, el acta de mediación efectivamente puede adolecer de errores subsanables e insubsanables. Como se explicó en párrafos anteriores, el acta de mediación podría conllevar errores de hecho y/o errores de derecho, analizar si estos son subsanables o insubsanables depende de la particularidad del caso.

Es importante hablar a cerca de ¿si es posible reutilizar las excepciones previas (subsanales e insubsanales) dentro del procediendo de ejecución? en este sentido, el acta de mediación, a decir de Tama Viteri “goza de los efectos de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, y se entiende que su ejecución será similar a una sentencia de última instancia” (Tama, 2012, pág. 420), es decir, que no se iniciaría un proceso de conocimiento en el que se discute el derecho sustancial, sino lo contrario, simplemente se va a ejecutar aquello que ya se estipuló en el convenio de mediación. Por ende, no se reutilizarán las excepciones previas en los procedimientos de ejecución; ante lo cual se deduce que tampoco se podrá realizar una revisión del acta de mediación en cuestiones de fondo o forma, lo que hace imposible saber si se garantizó en el acta el derecho a ser oído del menor.

Lo expuesto evidencia, que no se podrían plantear excepciones previas en un procedimiento de ejecución, pues este procedimiento es autónomo e independiente con respecto al proceso de conocimiento. Por consiguiente, los errores presentados en el acta de mediación acarrearían nulidad del acta, según el caso.

Bajo lo expuesto, se evidencia que los errores presentados en el acta de mediación deberán ser presentados dentro de una “acción de nulidad”, aduciendo que se trata de errores de derecho o errores de hecho. La nulidad del acta de mediación se conceptualiza como un error insubsanable de la misma, debido a la sustancialidad del error en el acta; por otra parte, la resolución donde el juez ordene la aclaración o ampliación del acta se trata de un error subsanable, en consecuencia, de un error no sustancial que no afecta de forma directa a la esencia del acuerdo plasmada en el acta de mediación.

Con respecto al tema principal de la investigación; si se incumple con la disposición legal que indica que en todo proceso donde se trate de derechos de niños y adolescentes, se debe oír al menor y que su opinión debe ser valorada debidamente, para así garantizar su interés superior, las partes podrían corregir este hecho mediante una “acción de nulidad”.

Por lo expuesto anteriormente, el menor por sí mismo, si cumple con la edad permitida según los lineamientos de ley o por medio de un representante legal, pueda activar esta vía, basándose principalmente en la vulneración del principio del interés

superior, a no ser escuchado en procesos donde se tomen decisiones sobre sus derechos, como también el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, entre otros dependiendo el tipo de acuerdo suscrito en el acta de mediación.

2.2.3.4 Análisis de caso

Antecedente

Primer antecedente: Por otra parte la jurisprudencia indica en la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador Nro. 2691-18-EP/21 de fecha 10 de marzo del 2021 del caso No. 2697-18-EP, en la que se disputa si se vulneraron derechos del menor, en las sentencias de acción de protección de primera y segunda instancia, donde se disputa el cambio de apellido del menor que estaba reconocido por sus abuelos maternos, y que después de once años la madre mediante un juicio de impugnación y declaratoria de maternidad, obtuvo sentencia favorable como madre biológica y se ordena al registro civil la modificación del apellido, y este procede a realizarlo; ante lo cual la abuela del menor inicia un juicio para la suspensión de la patria potestad y gana, sin embargo, cuando impugna la madre del menor se le acepta y revoca el primer fallo, manteniendo la madre la patria potestad. (El Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, Nro. 2691-18-EP 2021)

Segundo antecedente: la abuela presenta en el Registro Civil del cantón Machala, una solicitud de posesión notoria de apellido materno a favor de su nieto, bajo el argumento de que su nieto había usado dicho apellido por 11 años. Por lo que, la directora general del Registro civil mediante resolución No. DIGERCIC-CZ7.OT07-2028-AG4-11-2028, negó el trámite, exponiendo que la madre biológica es la representante legal del niño por tener la patria potestad, por lo que la abuela no puede representarle no posee la legitimación activa para representar al nieto.

Por lo que la abuela del menor procede a presentar ante la Unidad Judicial Civil del cantón Machala, una acción de protección en contra del Registro Civil del Ecuador, impugnando la resolución administrativa. Obteniendo como resolución la negativa de la acción. Procediendo a interponer un recurso de apelación ante los jueces del Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de El Oro, resolviendo rechazar la apelación porque los derechos mencionados como vulnerados como problema jurídico, no deben ser resueltos en la vía constitucional sino por la vía de administración de justicia ordinaria. Por lo que, se procede a interponer recurso de ampliación y aclaración, siendo también negado.

Tercer antecedente: la abuela presenta una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional, en contra de la resolución dictada por la Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de El Oro; el tribunal admite a trámite la acción, por lo que podría existir una vulneración a los derechos de identidad de un niño.

Mención de los derechos afectados planteados por el accionante

La abuela del menor indica que existen vulneraciones a los derechos constitucionales del niño a la identidad, a ser escuchado en los procesos que afecten sus derechos, al principio del interés superior del niño, al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, al debido proceso por la falta de motivación y a ser escuchado en el momento oportuno. (El Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, Nro. 2691-18-EP, 2021)

Análisis realizado por la Corte Constitucional para fundamentar su decisión

De los derechos mencionados como vulnerados, la corte constitucional identifica tres alegaciones:

1. Que se ha violentado el derecho del niño a ser escuchado en los asuntos que lo afecten y consecuentemente su derecho a la identidad, a escoger libremente sus nombres y el de autodeterminación personal.
2. Que se ha violado el derecho a la defensa en la garantía de ser escuchada, al haberse privado la posibilidad de argumentar en audiencia.
3. Que la sentencia impugnada carece de motivación.

Ante lo cual se plantean dos problemas jurídicos a resolver:

1. Si la sentencia emitida por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de El Oro vulnera el principio del interés del niño y el derecho del niño a ser escuchado en los asuntos que lo afecten.
2. Si la sentencia emitida por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de El Oro vulnera el derecho a la accionante a la defensa en garantía de recibir decisiones judiciales motivadas y de ser escuchado en el momento oportuno.

Primer análisis: los niños al poseer una especial protección constitucional, sus derechos prevalecerán sobre derechos de los demás, así lo disponen los tratados internacionales como la convención americana sobre derechos humanos, la convención sobre los derechos del niño, por lo que, el menor gozará de los derechos comunes del ser humano y son titulares de derechos específicos derivados de su condición.

Al respecto del interés superior del niño, reconocido por la constitución en el Art. 11 y en el que la Corte Constitucional del Ecuador refiere en sentencia No. 207-11-JH/20, que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de niños, niñas y adolescentes, impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Refiriéndose también, que el principio es flexible y adaptable, por lo que su contenido debe modularse caso por caso, según el análisis de situación de vida y el contexto del caso al momento de decidir. (El Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, Nro. 2691-18-EP, 2021)

Al respecto del derecho a ser escuchado en los asuntos que lo afecten, la Corte IDH, establece que las condiciones en las que participa un menor de edad en un proceso no son iguales a las de un adulto, por ellos es indispensable la diferencia de trato con respecto a la situación de quienes participan en un proceso. Ante lo cual, se ha de considerar que la participación del niño, niña y adolescente variara dependiendo el estado físico e intelectual, debiendo analizarse el alcance de la capacidad de participación, para la protección efectiva de su interés superior, bajo las dimensiones como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y como norma de procedimiento. (El Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, Nro. 2691-18-EP, 2021)

Con respecto al caso, la importancia de ser escuchado en los procesos que les afecte y consecuentemente en repercusión que dicha opinión pudiese tener en la protección y el goce efectivo del resto de los derechos. Ante lo cual, en los procesos se analizará muy bien las condiciones de participación según la edad e intelecto, con diligencia y celeridad excepcional por parte de la autoridad respectiva. En el caso en particular el menor llevaba alrededor de 11 años con los apellidos de sus abuelos y por medio de una impugnación de maternidad se le cambio el apellido, sin antes preguntarle su opinión con respecto del cambio de apellido o si lo quería llevar. Hecho planteado en la acción de protección en contra del registro civil.

Ante lo cual, la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de El Oro, vulnero los derechos constitucionales del menor, porque en el procedimiento donde se decidió sobre sus derechos en ningún momento se escuchó al menor, pese a que ya tenía 12 años, y que obligadamente debía ser escuchado en función de su madurez y desarrollo evolutivo, siendo imposible contar con el respectivo análisis de las posibles repercusiones que tendría el menor, existiendo desde aquí error, que acarrea la nulidad de la sentencia porque existe una equivocación en la apreciación o interpretación de los hechos relevantes del caso, violentando el principio de interés superior, que está vinculado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Segundo análisis: de la vulneración de las garantías de recibir decisiones judiciales motivadas; la CRE en art. 76 numeral 7 literal l) al respecto de la motivación, establece que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. (Constitución de la República del Ecuador [C.R.E.], 2008, Art. 76)

Referente al caso la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de El Oro, emitió una resolución judicial que carecía de motivación, puesto que no anuncio las normas o principios jurídicos en que se fundamenta y no se explicó la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho; estableciendo únicamente que la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, en la que se basaron para la acción de protección se encontraba derogada, y su aplicación en el caso no era procedente, así también, se limitan a

señalan que no procedía por lo establecido en el Art. 42 numeral 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (El Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, Nro. 2691-18-EP, 2021)

No pronunciando nada al respecto de la vulneración de los derechos constitucionales a la seguridad jurídica, la motivación, la identidad y autodeterminación personal del menor, que se encontraban vulnerados en la Resolución Administrativa No. DIGERCIC-CZ7.OT07-2028-AG4-11-2028; ente lo cual se entiende que la accionante no impugna una providencia judicial, sino un acto administrativo. Así también, mencionan que la vulneración de la accionante a ser escuchada en el momento oportuno no ha sido vulnerada; sin embargo, si el derecho de ser escuchado en el momento oportuno del menor.

Para la reparación integral. Se ha dejado sin efecto la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Oro. Y se ordena que otros jueces conozcan y resuelvan el recurso de apelación, debiendo escuchar al menor quien será quien decida si ejerce o no este derecho, siendo su opinión obligatoria, garantizándole que tome una decisión no coaccionada e informada, para lo cual deberán auxiliarse del departamento técnico, con el fin del que el adolescente cuente con todo el apoyo profesional adecuado, como psicólogo, trabajador social. Por lo que hasta finalizar el proceso el tribunal presentara informes mensuales informando del proceso a la Corte Constitucional.

Este caso es relevante en el estudio de esta investigación debido a que se discute sobre la opción del menor que fue vulnerada, vinculándola con la violación al interés superior del niño, que se dio en los juzgados de primera y segunda instancia, así como también al momento de inscribir otro apellido en el registro civil acción realizada por la autoridad administrativa, que igualmente omite tomar en cuenta la opinión del menor. Este caso vinculado con la suscripción de actas en materia de niñez transigibles a mediación, indican que también se está omitiendo tomar en cuenta la opinión del menor previamente a suscribir el acta, recayendo en la vulneración del principio de interés superior del niño, vinculado con los derechos de participación, provocando que el acta sea ineficaz y por ende nula.

2.3 Hipótesis

Las actas de mediación en las que se ha omitido la opinión de los niños, niñas y adolescentes, violentan el principio de interés superior del niño.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Unidad de análisis. - Se da a conocer el lugar y el objeto de estudio.

La presente investigación se ubica en la ciudad de Riobamba, donde por medio de la aplicación de los instrumentos de investigación a los mediadores de la Función Judicial y mediadores debidamente autorizados por el Concejo de la Judicatura del cantón Riobamba, se analizará si en la suscripción de las actas de mediación en materia de niñez y adolescencia se garantiza el ejercicio efectivo los derechos y principios aplicados en beneficio de los niños, niñas y adolescentes.

3.2. Métodos

- **Método inductivo:** permitirá ejecutar el proyecto investigativo a partir de la práctica del pensamiento o razonamiento inductivo, caracterizado por ser ampliativo, esto, a partir de una evidencia singular que sugiere la posibilidad de una conclusión universal.
- **Método jurídico-analítico:** facilita la correcta comprensión del alcance y sentido de las normas jurídicas sobre el tema a investigarse y su estudio en función del contexto político, económico y social y en el que se expidieron.
- **Método jurídico-doctrinal:** permitirá analizar las posiciones legales sobre el tema objeto de investigación para arribar a conclusiones científicamente válidas.
- **Método jurídico descriptivo:** permite al investigador decidir el camino para entender lógicamente las características y cualidades del objeto de estudio, ayudando a describir las particularidades del problema de investigación, con base en la observación, recopilación de la información, análisis y comparación de la información de datos y conclusiones.

3.3. Enfoque de investigación

Enfoque Mixto: por las características de la investigación, se asumirá un enfoque mixto, ya que se basará en los resultados obtenidos mediante la aplicación del instrumento de investigación, aplicado al mediador, permitiéndonos obtener información para describirla y analizar los resultados junto con lo obtenido en la investigación bibliográfica.

3.4. Tipo de investigación

- **Investigación pura,** tiene como objetivo en investigación ampliar el conocimiento científico a través del descubrimiento y construcción de nuevos conceptos, teorías y doctrinas sobre la omisión de oír al menor en procesos de mediación.

- **Investigación documental-bibliográfica**, se utilizará porque una de las bases de la investigación es la búsqueda bibliográfica, basada en documentos físicos y virtuales (paginas científicas, expedientes de casos, libros, etc.), con el objetivo de obtener, copilar, interpretar, detallar, analizar información, etc., acorde a la omisión de la opinión de niños, niñas y adolescentes en procesos de mediación.
- **Investigación dogmática**, se encarga del estudio lógico de la estructura del Derecho positivo (normas jurídicas, jurisprudencia, doctrinas, precedentes, etc.), para llegar a determinar la validez del ordenamiento jurídico en un contexto determinado, en este caso en materia de niñez y adolescencia en procesos de mediación.
- **Investigación jurídica descriptiva**, se encarga de describir las cualidades y características de la omisión de la opinión del menor en procesos de mediación, mediante la investigación documental bibliográfica, en armonía con lo establecido por el legislador.

3.5. Diseño de investigación

Por la complejidad, tipo y naturaleza de la investigación jurídica, así como por los objetivos que se pretende alcanzar y los métodos que se van a emplear en el estudio del problema jurídico, el diseño es no experimental.

3.6. Población

En la investigación jurídica la población está constituida por:

Tabla 1 Estrato social

Población	Número
Mediadores de la Función Judicial y mediadores debidamente autorizados por el Concejo de la Judicatura del cantón Riobamba.	10
Total	10

Elaborado por: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Fuente: Fuente propia

3.7. Muestra

Por la Naturaleza de la investigación y conforme a que la población involucrada no es extensa, no existe una muestra.

3.8. Técnicas e instrumentos de investigación

La técnica que se utilizará en la investigación jurídica es la encuesta, permitirá que a través del instrumento de investigación que es el cuestionario se pueda recabar información acorde al problema jurídico, que será aplicado a la población involucrada.

3.9 Técnicas para el tratamiento de información

Para analizarla, se elaboró el instrumento denominado encuesta, aplicado correctamente a la población a la que se dirigió, y para procesar la información, se empleó tablas y gráficos estadísticos, en los que se basamos para interpretar y analizar los resultados.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Resultados

Se ha obtenido como resultados de las encuestas aplicadas en la presente investigación, que han sido dirigidas a mediadores y mediadoras del Centro de Mediación y Arbitraje de la Función Judicial y de los Centros de Mediación y Arbitraje debidamente acreditados por el Concejo de la Judicatura, lo siguiente:

Pregunta 1 *¿Considera que la suscripción de actas de mediación es una vía eficaz para la solución de conflictos en materia de niñez y adolescencia?*

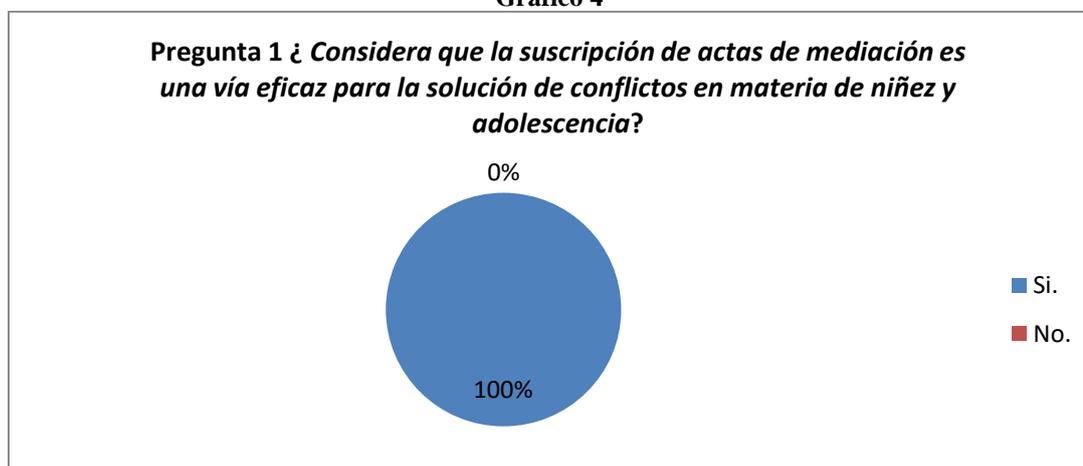
Tabla 2 Pregunta 1

<i>¿Considera que la suscripción de actas de mediación es una vía eficaz para la solución de conflictos en materia de niñez y adolescencia?</i>		
Ítem	Frecuencia	Porcentaje
Sí	10	100%
No	0	0%
Total	10	100%

Fuente: Tabla de datos obtenidos en la encuesta dirigida y aplicada a mediadores y mediadoras de la Función Judicial y los debidamente autorizados por el Concejo de la Judicatura en el cantón Riobamba.

Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Gráfico 4



Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Interpretación: En la primera pregunta realizada a los Mediadores y Mediadoras de la Función Judicial y los debidamente autorizados por el Concejo de la Judicatura en el cantón Riobamba, el 100 % de los encuestados consideran que la suscripción de actas de mediación si es una vía eficaz para la solución de conflictos en materia de niñez y adolescencia, debido a que se agiliza la rapidez de la solución de conflictos ayudando a descongestionar la carga procesal de los juzgados.

Pregunta 2 ¿A usted como mediador/a, los intervinientes (padres o representantes legales) en la suscripción de actas de mediación en materia de niñez y adolescencia, le han solicitado que se tome en cuenta la opinión del menor de edad?

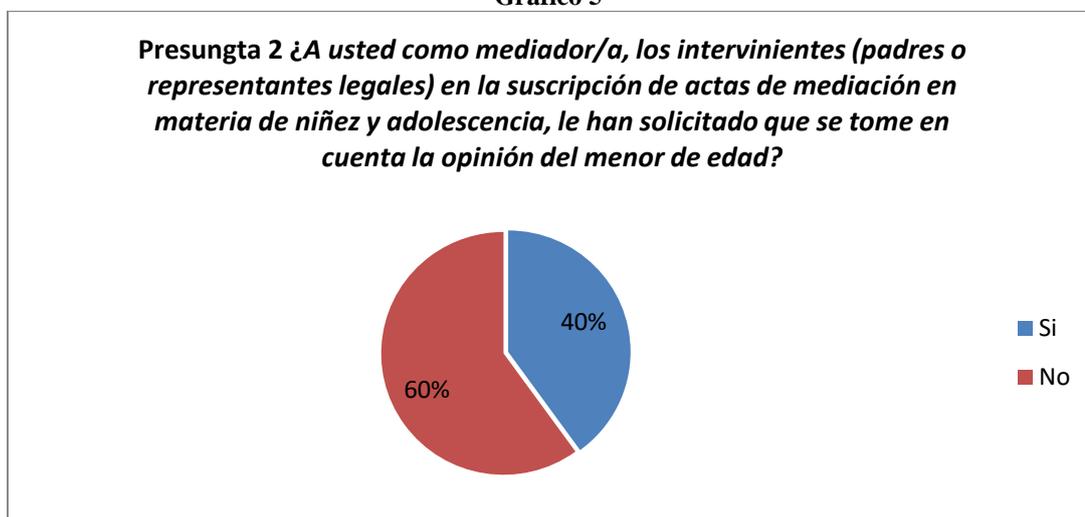
Tabla 3 Pregunta 2

¿A usted como mediador/a, los intervinientes (padres o representantes legales) en la suscripción de actas de mediación en materia de niñez y adolescencia, le han solicitado que se tome en cuenta la opinión del menor de edad?		
Ítem	Frecuencia	Porcentaje
Sí	4	40%
No	6	60%
Total	10	100%

Fuente: Tabla de datos obtenidos en la encuesta dirigida y aplicada a mediadores y mediadoras de la Función Judicial y los debidamente autorizados por el Concejo de la Judicatura en el cantón Riobamba.

Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Gráfico 5



Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Interpretación: Referente a la pregunta en la que se les consulta si como mediador/a, los intervinientes (padres o representantes legales) en la suscripción de actas de mediación en materia de niñez y adolescencia, le han solicitado que se tome en cuenta la opinión del menor de edad; el 40 % de los mediadores manifestó que sí, pero en ciertos casos y cuando se cumple con la edad necesaria para ser escuchado, valorando ciertos parámetros, para así garantizar el interés superior del menor; mientras que, el 60% indicó que no, debido a que el menor no tiene la capacidad legal para intervenir en estos procesos, y porque la mayoría de los padres ya han llegado a un acuerdo entre ellos, por lo que el mediador solo debe verificar la legalidad del proceso.

Pregunta 3 ¿Usted como mediador/a, en materia de niñez y adolescencia, permitiría que los intervinientes (padres o representantes legales) suscriban el acta de mediación, omitiendo la opinión del menos de edad?

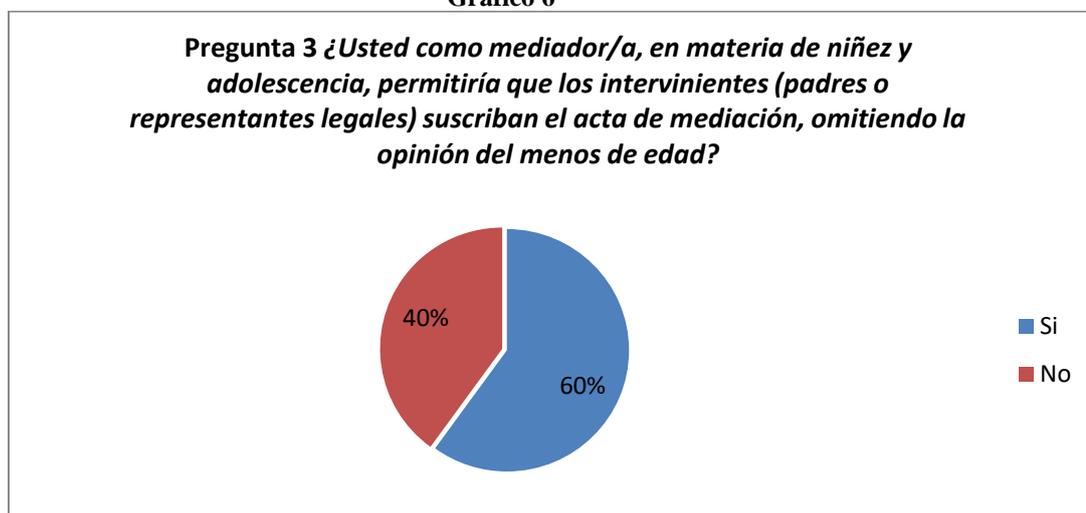
Tabla 4 Pregunta 3

<i>¿Usted como mediador/a, en materia de niñez y adolescencia, permitiría que los intervinientes (padres o representantes legales) suscriban el acta de mediación, omitiendo la opinión del menos de edad?</i>		
Ítem	Frecuencia	Porcentaje
Sí	6	60%
No	4	40%
Total	10	100%

Fuente: Tabla de datos obtenidos en la encuesta dirigida y aplicada a mediadores y mediadoras de la Función Judicial y los debidamente autorizados por el Concejo de la Judicatura en el cantón Riobamba.

Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Gráfico 6



Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Interpretación: Cuando se les consulto a los mediador/a, si en materia de niñez y adolescencia, permitirían que los intervinientes (padres o representantes legales) suscriban el acta de mediación, omitiendo la opinión del menos de edad; el 60 % manifestó que sí, debido a la falta de capacidad legal del menor, o cuando su tutor lo autorice, pues el menor no tiene que intervenir en los procesos de mediación, salvo los casos expresos y por excepción; por otra parte, el 40% expreso que no, debido a que prima el interés superior del niño, y se podría estar vulnerando derechos, por lo que se deberá tomar en cuenta la decisión del menor primando su beneficio.

Pregunta 4 ¿Cree que, al omitirse la opinión del menor de edad en la suscripción del acta de mediación en materia de niñez y adolescencia, se estarían vulnerando derechos constitucionales?

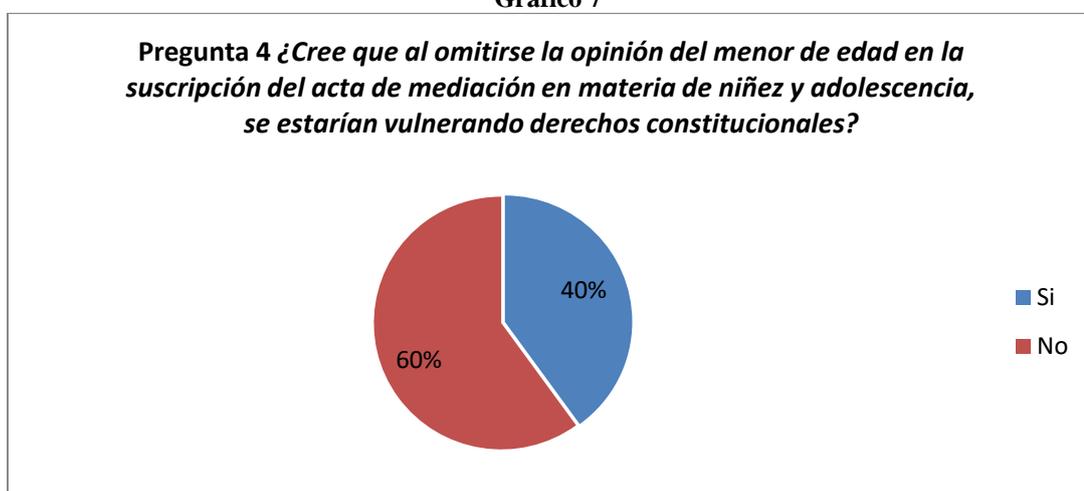
Tabla 5 Pregunta 4

<i>¿Cree que, al omitirse la opinión del menor de edad en la suscripción del acta de mediación en materia de niñez y adolescencia, se estarían vulnerando derechos constitucionales?</i>		
Ítem	Frecuencia	Porcentaje
Sí	4	40%
No	6	60%
Total	10	100%

Fuente: Tabla de datos obtenidos en la encuesta dirigida y aplicada a mediadores y mediadoras de la Función Judicial y los debidamente autorizados por el Concejo de la Judicatura en el cantón Riobamba.

Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Gráfico 7



Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Interpretación: En cuanto a la pregunta de si al omitirse la opinión del menor de edad en la suscripción del acta de mediación en materia de niñez y adolescencia, se estarían vulnerando derechos constitucionales; el 40% señalan que sí, debido a que la constitución garantiza que se tome en cuenta la opinión del menor, y su interés; mientras que el 60% ha dicho que no, porque la mayoría de casos son de menores de 12 años por lo cual la constitución ampara a la madre, ya que tiene la tenencia de sus hijos, y que la opinión del menor solo será tomada en cuenta en casos expresos por la ley, pues no es obligatoria.

Pregunta 5 ¿Usted ha evidenciado casos en los que se han suscrito actas de mediación en materia de niñez y adolescencia, donde el menor de edad en el proceso no acuda a manifestar su opinión?

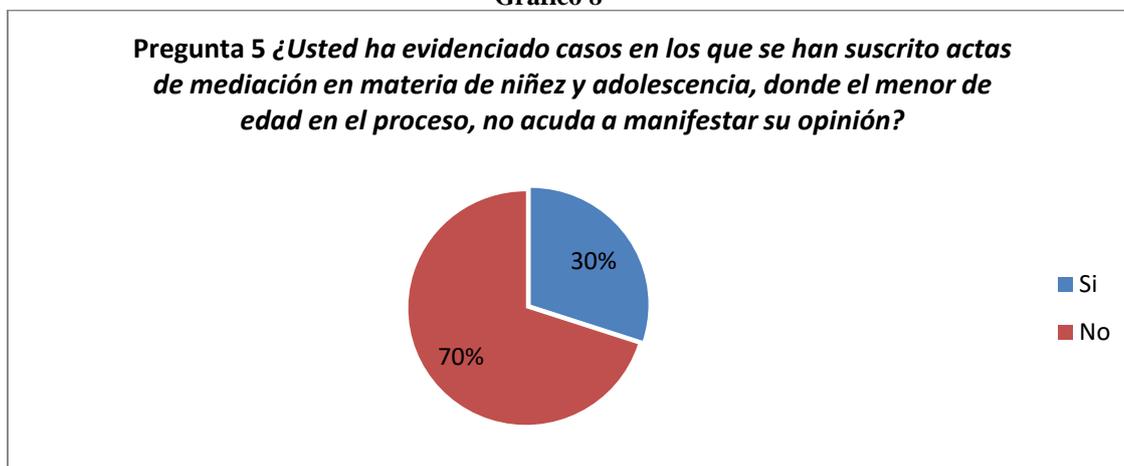
Tabla 6 Pregunta 5

<i>¿Usted ha evidenciado casos en los que se han suscrito actas de mediación en materia de niñez y adolescencia, donde el menor de edad en el proceso no acuda a manifestar su opinión?</i>		
Ítem	Frecuencia	Porcentaje
Sí	3	30%
No	7	70%
Total	10	100%

Fuente: Tabla de datos obtenidos en la encuesta dirigida y aplicada a los mediadores y mediadoras de la Función Judicial y los debidamente autorizados por el Concejo de la Judicatura en el cantón Riobamba.

Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Gráfico 8



Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Interpretación: Del 100% de los encuestados, ante la pregunta de si se ha evidenciado casos en los que se han suscrito actas de mediación en materia de niñez y adolescencia, donde el menor de edad en el proceso, no acuda a manifestar su opinión; el 30% dicen que sí, debido a que no ha sido notificado por ser representado por los padres, que están al cuidado y protección del niño, y cuando su opinión no es necesaria por la edad; mientras que el 70% dicen que no, porque no se han visto esos casos.

Pregunta 6 *¿Considera que las actas suscriptas de mediación que versen sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, donde se haya omitido tomar en cuenta la opinión o no se haya valorado debidamente, deben ser consideradas como ineficaces y se produzca su nulidad?*

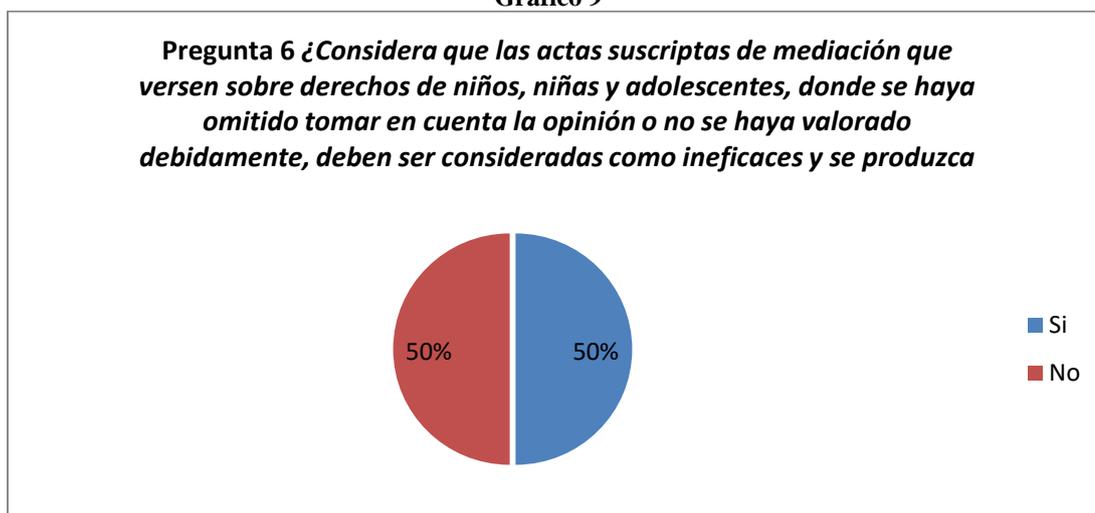
Tabla 7 Pregunta 6

<i>¿Considera que las actas suscriptas de mediación que versen sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, donde se haya omitido tomar en cuenta la opinión o no se haya valorado debidamente, deben ser consideradas como ineficaces y se produzca su nulidad?</i>		
Ítem	Frecuencia	Porcentaje
Sí	5	50%
No	5	50%
Total	10	100%

Fuente: Tabla de datos obtenidos en la encuesta dirigida y aplicada a mediadores y mediadoras de la Función Judicial y los debidamente autorizados por el Concejo de la Judicatura en el cantón Riobamba.

Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Gráfico 9



Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Interpretación: Referente a la pregunta de si las actas suscriptas de mediación que versen sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, donde se haya omitido tomar en cuenta la opinión o no se haya valorado debidamente, deben ser consideradas como ineficaces y se produzca su nulidad; del 100% de los encuestados, el 50 % manifiesta que sí, debido a que el mediador a pesar de no valorar la opinión del menor como lo hace un juez, este con base a la opinión debe recomendar a sus padres lo mejor para el menor, para que así lleguen a un acuerdo; y el 50% indican que no, debido a que los padres elijen lo mejor para sus hijos, por ende son totalmente legales.

Pregunta 7 ¿Usted como mediador/a, conoce cuál es la única excepción donde el juzgador, autoridad administrativa, servidor público, puede negarse a acoger la opinión del menor de edad, para que su decisión no carezca de validez y eficacia jurídica?

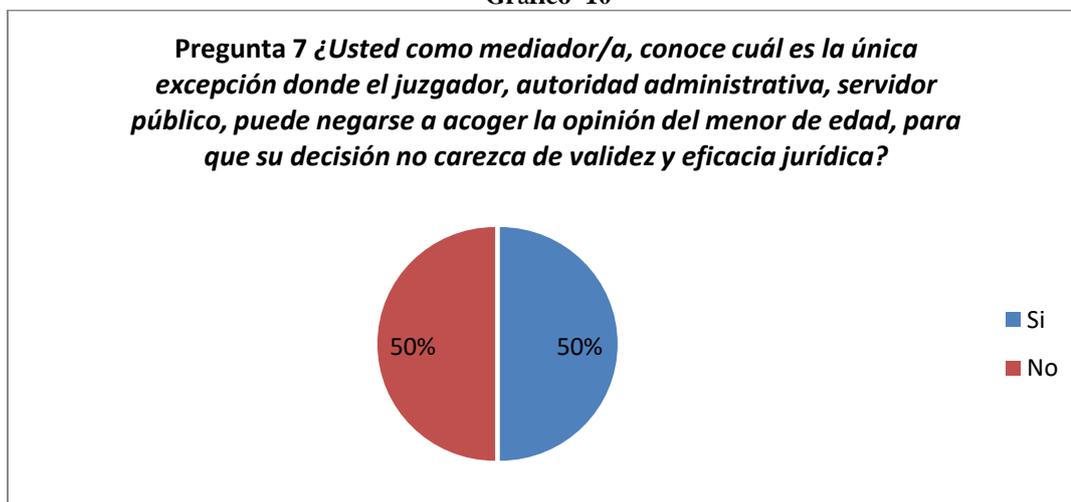
Tabla 8 Pregunta 7

<i>¿Usted como mediador/a, conoce cuál es la única excepción donde el juzgador, autoridad administrativa, servidor público, puede negarse a acoger la opinión del menor de edad, para que su decisión no carezca de validez y eficacia jurídica?</i>		
Ítem	Frecuencia	Porcentaje
Sí	5	50%
No	5	50%
Total	10	100%

Fuente: Tabla de datos obtenidos en la encuesta dirigida y aplicada a los mediadores y mediadoras de la Función Judicial y los debidamente autorizados por el Concejo de la Judicatura en el cantón Riobamba.

Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Gráfico 10



Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Interpretación: Referente a la pregunta en la cual se les consulta ¿Usted como mediador/a, conoce cuál es la única excepción donde el juzgador, autoridad administrativa, servidor público, puede negarse a acoger la opinión del menor de edad, para que su decisión no carezca de validez y eficacia jurídica?; del 100% de encuestados, el 50% indica que sí, es cuando su opinión vulnera la integridad o derechos del menor; mientras que el otro 50% indica que no, por lo que evitan responder al ¿Por qué? de la interrogante.

Pregunta 8 ¿Considera usted que para suscribir un acta de mediación en materia de niñez y adolescencia se debe valorar la opinión del menor de edad, dependiendo de su capacidad objetiva (edad) y subjetiva (madurez)?

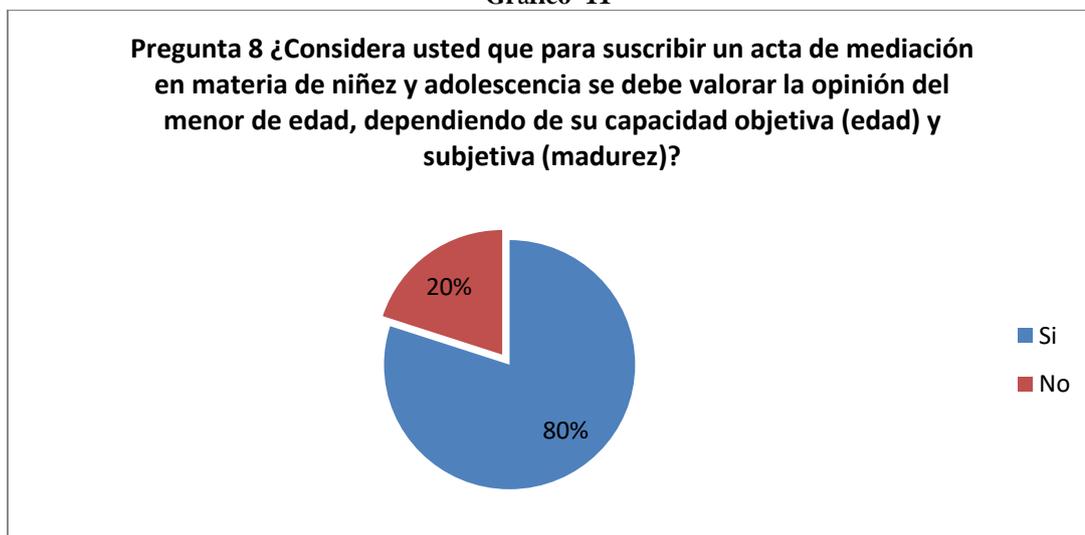
Tabla 9 Pregunta 8

¿Considera usted que para suscribir un acta de mediación en materia de niñez y adolescencia se debe valorar la opinión del menor de edad, dependiendo de su capacidad objetiva (edad) y subjetiva (madurez)?		
Ítem	Frecuencia	Porcentaje
Sí	8	80%
No	2	20%
Total	10	100%

Fuente: Tabla de datos obtenidos en la encuesta dirigida y aplicada a mediadores y mediadoras de la Función Judicial y los debidamente autorizados por el Concejo de la Judicatura en el cantón Riobamba.

Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Gráfico 11



Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Interpretación: El encuestado cuando se le pregunto si para suscribir un acta de mediación en materia de niñez y adolescencia se debe valorar la opinión del menor de edad, dependiendo de su capacidad objetiva (edad) y subjetiva (madurez), el 80% de los mediadores respondieron que sí, que la opinión por la edad y madurez debe ser valorada por profesionales expertos; mientras que el 20% indico que no, debido a que no es necesario y porque ya está expreso en la ley.

Pregunta 9 *¿En los procesos de mediación, que tipo de métodos o técnicas aplican para valorar la opinión del niño, niña, o adolescente, en casos que requieren de su intervención?*

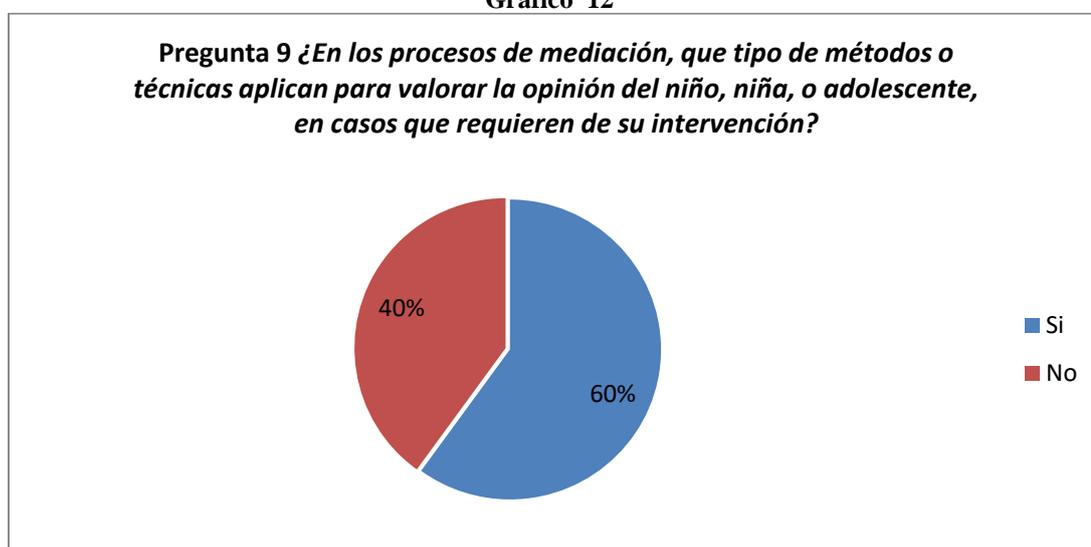
Tabla 10 Pregunta 9

<i>¿En los procesos de mediación, que tipo de métodos o técnicas aplican para valorar la opinión del niño, niña, o adolescente, en casos que requieren de su intervención?</i>		
Ítem	Frecuencia	Porcentaje
Sí	6	60%
No	4	40%
Total	10	100%

Fuente: Tabla de datos obtenidos en la encuesta dirigida y aplicada a mediadores y mediadoras de la Función Judicial y los debidamente autorizados por el Concejo de la Judicatura en el cantón Riobamba.

Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Gráfico 12



Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Interpretación: Cuando se les pregunto a los mediadores sobre qué tipo de métodos o técnicas aplican para valorar la opinión del niño, niña, o adolescente, en casos que requieren de su intervención; del 100%, el 60% señalan que sí, y mencionan que aplican la comunicación con el menor directamente en las audiencias, y dependiendo del caso se acudirá ante el equipo técnico experto; mientras que el 40% indican que no, porque existen muy pocos casos y como mediadores no pueden realizar una valoración de la opinión.

Pregunta 10 ¿Usted como mediador/a, se encuentra capacitado para analizar la opinión del menor de edad al momento de suscribir un acta de mediación, donde se traten derechos de niños, niñas y adolescentes?

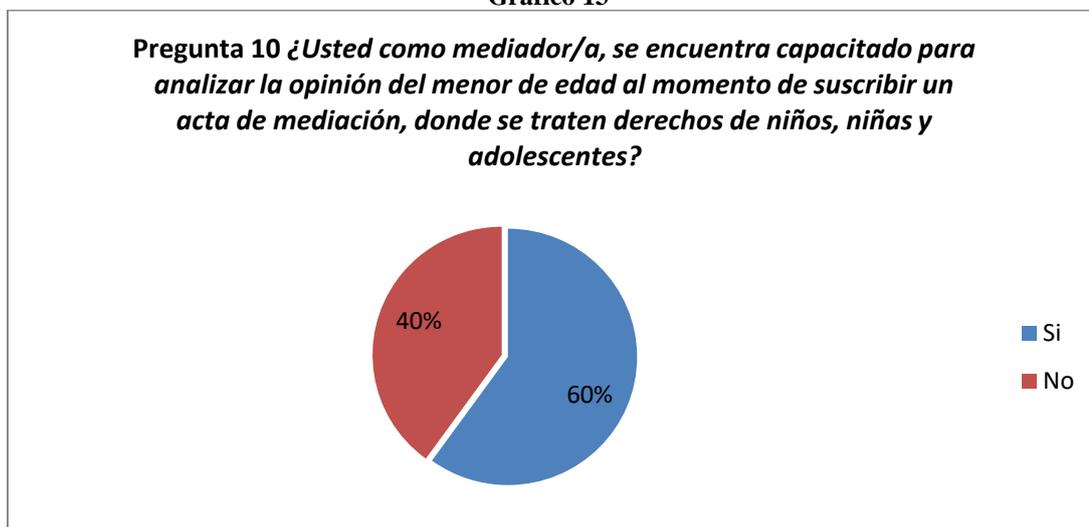
Tabla 11 Pregunta 10

<i>¿Usted como mediador/a, se encuentra capacitado para analizar la opinión del menor de edad al momento de suscribir un acta de mediación, donde se traten derechos de niños, niñas y adolescentes?</i>		
Ítem	Frecuencia	Porcentaje
Sí	6	60%
No	4	40%
Total	10	100%

Fuente: Tabla de datos obtenidos en la encuesta dirigida y aplicada a mediadores y mediadoras de la Función Judicial y los debidamente autorizados por el Concejo de la Judicatura en el cantón Riobamba.

Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Gráfico 13



Autor: Verónica Esthela Suntasig Guashca

Interpretación: Con respecto a la pregunta planteada donde se le pregunto al mediador/a, si se encuentra capacitado para analizar la opinión del menor de edad al momento de suscribir un acta de mediación, donde se traten derechos de niños, niñas y adolescentes; del 100%, el 60% manifiestan que sí, porque la función judicial realiza capacitaciones frecuentemente, además el mediador a pesar de no poder resolver puede exponer a las partes opiniones y orientarlos a tomar las mejores decisiones; por otra parte el 40% han manifestado que no, debido a que no se necesita valorar su opinión o porque ese es el trabajo de especialistas como psicólogos, trabajadores sociales, etc.

4.2. Discusión de resultados

En los resultados de la investigación de titulación denominado con el tema: La omisión de la opinión de los niños, niñas, y adolescentes en la suscripción de actas de mediación; se ha dado la necesidad de realizar un análisis doctrinario, normativo y jurisprudencial, sobre las controversias que involucran derechos de los menores de edad y que son resueltas mediante un proceso de mediación, en el que de acuerdo a lo enfatizado en el planteamiento del problema, el mediador, los padres o representantes legales suscriben actas de mediación omitiendo previamente que se escuche la opinión del directamente afectado que es el menor de edad; ante lo cual se puede apreciar que por regla general nuestro ordenamiento jurídico garantiza que se debe escuchar al niño, niña y adolescente, así lo indica principalmente el Código de Niñez y Adolescencia, Constitución de la República, y por ser estados parte la Convención de los Derechos del Niño.

Por lo expuesto, ha de considerarse que para valorar la opinión del menor esta debe ser realizada por el departamento profesional experto en el área, donde a través de técnicas, métodos y dependiendo de la edad y capacidad física, intelectual, psicológica del menor, podrá emitir informes para que posteriormente el mediador pueda analizar la opinión del menor y pueda orientar a la toma de una decisión justa y equitativa entre las partes. Así también lo señala Anabella del Moral Ferrer (2007), exponiendo que “existen dos criterios con relación a la edad dominada como objetiva y la segunda de acuerdo a la madurez como subjetiva” (p. 81). Por lo tanto, el menor al ser un sujeto de derechos tiene capacidad dependiendo de la ocasión, lugar (capacidad civil, legal y en lo jurídico) para intervenir en procesos que involucren sus derechos.

Sin embargo, en la Ley de Arbitraje y Mediación, no se especifica con claridad que debe realizarse por regla general u obligatoriamente este acto en el proceso de mediación que verse sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, previamente a suscribirse un acta; ante lo cual, los mediadores justifican la omisión de oír y tomar en cuenta la opinión del menor, cuando se están tratando cuestiones que involucran sus derechos, por lo tanto se estaría violentando el principio de interés superior del niño que se encuentra relacionado con el principio de libertad de expresión y el derecho a ser oído.

Así también, es considerado por los servidores públicos encuestados es decir los mediadores, reconocen que el proceso de mediación es eficiente y descongestiona la carga procesal de los juzgados de niñez y adolescencia; sin embargo, la mayoría expresan que el menor de edad no tiene capacidad legal para intervenir en el proceso por ende no es necesario o importante que opine, por lo que los padres son los que llegan a un acuerdo, por lo tanto no se les escucha y no realizan análisis o valoraciones en cuanto a la opinión del menor, pero deben verificar la legalidad del proceso.

Entonces se entiende que el mediador, los padres o representantes legales, no solicitan escuchar al menor y si permiten firmar el acta omitiendo este derecho garantizado en la constitución y reconocido en los tratados internacionales como la Convención de

derechos del niño; sin embargo, se disputa entre mitad y mitad de mediadores, que el omitir la opinión y su valoración cuando se oiga al menor, traería como consecuencia la ineficacia del acta de mediación y por ende se produzca la nulidad de la misma, ante este hecho la otra parte indica que el no oír al menor no vicia el proceso; así como también desconocen en que caso se debe negarse el acoger la opinión expresada, ante lo cual la norma, doctrina y jurisprudencia, indican que será cuando la opinión produzca una vulneración a sus propios derechos.

Bajo el mismo contexto, se determina que no saben de técnicas, derechos y principios que se vulneran; sin embargo, en la ley vigente específicamente en el Art. 11 del CONA último inciso señala que para hacer valer el interés superior del niño como principio de interpretación para la ley. “Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla” (Código Orgánico de Niñez y Adolescencia [C.O.N.A.], 2022, Art. 11); y por lo manifestado por varios doctrinarios, han señalado que, el opinar está vinculado con los derechos de participación y con el principio de libertad de expresión, por lo que el saber oír al menor en todo proceso es sumamente importante ya que su opinión “variara dependiendo de las circunstancias sociales, la edad, el sexo, orientación sexual, la religión, desarrollo psicológico, madurez, personalidad, etc.,” (Murillo, et al., 2020).

Finalmente ha de considerarse que el valorar la opinión del niño, niña o adolescente, no vulnera el principio de voluntariedad, que es aplicado a los procesos de mediación, puesto que el mediador como tercero imparcial al analizar la opinión y no omitirla, podría orientar a los padres para que elijan el mejor acuerdo, garantizando que no se violenten derechos del menor, y por ende las actas suscritas no carecerán de validez jurídica y no sean nulas.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

- La aplicación del mecanismo de mediación en materia de familia, niños, niñas y adolescentes, en el sistema procesal, es un proceso que está respaldado por el ordenamiento jurídico, su ejecución o materialización es parte esencial de la seguridad jurídica; esto se refiere, a como dependiendo del tipo de caso en materia transigible de familia, específicamente en los casos que implican a los niños, niñas y adolescentes, los sitúan como sujetos de derecho, que se encuentran inmersos en un conflicto, y para que su situación jurídica cambie, se puede emplear el procedimiento extrajudicial denominado como mediación para garantizar sus derechos.
- La mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos genera como resultado del proceso un acta de mediación, en la cual consta un acuerdo total, parcial o la imposibilidad de acuerdo, dando lugar a un acto jurídico donde se crea, modifica o extingue derechos, y que por el objeto de estudio es en el marco de la materia de niñez y adolescencia; por lo que, el caso donde se disputan los derechos del menor son resueltos en los centros de mediación debidamente acreditados por el consejo de la judicatura.
- Se ha vulnerado el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos en procesos de mediación, porque existe una falta de conocimiento y conciencia por parte de los progenitores o representantes legales, de lo importante que es oír y dar voz a los niños y adolescentes; y la falta de recursos en los centros de mediación, han hecho que no se proporcionen los canales de participación para que el menor participe activamente en la toma de decisiones. Las decisiones tomadas son perjudiciales, porque no se observan debidamente las perspectivas de los niños y adolescentes según su edad y desarrollo, conllevando a decisiones que no se ajustan a sus derechos y circunstancias reales; por lo que, se ha violentado el principio de interés superior con los derechos de participación.
- La omisión de la opinión del niño, niña y adolescente tiene como efecto en el acta suscrita, que se declare como nula, debido a que es un requisito fundamental el oír y valorar debidamente la opinión del menor en todos los procesos administrativos, judiciales o extra judiciales; de no hacerlo, el acta de mediación acarrea un error insubsanable, afectando la validez o el contenido de fondo del documento, por lo tanto, es imposible que se pueda seguir con el proceso, debido a que la naturaleza del error es grave y afecta la validez, provocando su nulidad.

5.2 Recomendaciones

- Se recomienda tener en cuenta que en los procesos de mediación, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el legislador considera que la mediación no posee un carácter procesalista, basándose en que la Ley de Arbitraje y Mediación señalan que es un proceso extra judicial, y no un proceso judicial, dándole el efecto de ser un procesos puramente independiente; sin embargo, se debe garantizar obligatoriamente el cumplimiento de derechos fundamentales e inherentes de los niños, niñas y adolescentes, en cumplimiento del interés superior del niño.
- Se recomienda que el Consejo de la Judicatura considere que los centros de mediación deben contar con mediadores con experiencia o especialistas en niñez y adolescencia, y también deben capacitarlos constantemente, para garantizar el efectivo goce de los derechos inherentes a niños, niñas y adolescentes.
- Se recomienda que los centros de mediación mediante mediadores como veedores del proceso proporcionen los recursos y oportunidades para promover un enfoque participativo y centrado, para que los niños y adolescentes se expresen y participen activamente en los asuntos que les conciernen y en la toma de decisiones, garantizando que sus voces se escuchen y consideren significativamente, para contribuir con su desarrollo y bienestar.
- Se recomienda un seguimiento adecuado de las actas de mediación suscritas y emitidas por centros de mediación y arbitraje para comprobar si se garantiza una tutela judicial efectiva respetando los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agnelli, A., & Matos de Nouel, I. (2020). *Formalidades necesarias del acta de mediación como instrumento de la cultura de paz, aplicando lógica del razonamiento deductivo*. CES Derecho, 105- 116.
- Barbosa, A. (2018). *Qué distingue a la jurisdicción voluntaria de la contenciosa*. <https://idconline.mx/corporativo/2018/11/06/que-distingue-a-la-jurisdiccion-voluntaria-de-la-contenciosa>
- Borja, R. (2018). *Conciliación*. Derecho Ecuador. <https://derechoecuador.com/conciliacion/#:~:text=Es%20un%20medio%20pol%C3%ADtico%20y,o%20de%20un%20laudo%20arbitral>.
- Cabanellas, G. (2014). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta S.R.I.
- Chenás, M. (2021). *Problemas para la ejecución del acta de mediación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*. Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8514/1/T3712-MDP-Chenas-Problemas.pdf>
- Cherres, P. S. (2015). *La aplicación de la mediación familiar en los conflictos de tenencia de los niños, niñas y adolescentes en los juzgados de la niñez y adolescencia del cantón Riobamba*. Ambato: UTA.
- Claro, L. (1988). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Colombo, C. (1968). *La Jurisdicción en el Derecho chileno*. Análisis de la Facultad de Derecho Cuarta Época - Vol. VIII- Año 1968 - N° 8. http://web.uchile.cl/vignette/analesderecho/CDA/an_der_completa/0,1363,SCID%253D2554%2526ISID%253D210,00.h
- Consejo de la Judicatura. (22 de junio de 2020). *Solicitud de Audiencia de Mediación*. Gob.ec. <https://www.gob.ec/cj/tramites/solicitud-audiencia-mediacion>
- Couture, E. (1974). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Depalma. <https://www.iberlibro.com/servlet/SearchEntry?tn=Fundamentos+del+derecho+procesal+civil>
- Del Moral Ferrer, A. J. (2007). El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño. *Cuestiones Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, 10.
- Delgado , J., Palomo , D., & Delgado, G. (Diciembre de 2017). *AUTOTUTELA, SOLUCIÓN ADECUADA DEL CONFLICTO Y REPOSSESSION: REVISIÓN Y PROPUESTA*. Revista de derecho (Coquimbo), SciELO: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532017000200265#:~:text=La%20autodefensa%2C%20autotutela%20o%20autoayuda,significar%C3%ADa%20la%20aceptaci%C3%B3n%20de%20un
- Echandía, D. (2013). *Teoría General del Proceso, 3ra Ed.*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.
- El Pleno del Consejo de la Judicatura . (2013 de diciembre de 2013). *Resolucion 209-2013*. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/images/documentos/209-2013%20reglamento.pdf>

- El Pleno del Consejo de la Judicatura. (2018). *Resolución Nro. 116A-2018*.
<https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/2018/116A-2018.pdf>
- Ember, C. R., Ember, M., & Peregrine, P. (2016). Comunicación y lenguaje. En *Antropología* (10 ed., págs. 297-316). Madrid, España: Pearson Educación.
- Fernández, W. (20 de agosto de 2017). *LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DEL NIÑO Y SU PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO JUDICIAL*. VOX JURIS, Universidad de San Martín de Porres.
<https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1082/864#>
- Gil, C. L. (03 de septiembre de 2020). *Los medios alternativos para la solución de conflictos*. CEJA-Centro de Estudios de Justicia de las Américas :
<https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/3gilmauricio.pdf>
- Granda, M. J. (09 de julio de 2018). *El incumplimiento de los acuerdos de mediación sobre pensiones alimenticias en el sistema de justicia Ecuatoriano*.
<http://repositorio.utmachala.edu.ec/bitstream/48000/13074/1/ECUACS-2018-JUR-DE00051.pdf>
- Indacochea, M. E. (30 de agosto de 2020). *Tutela efectiva de derechos en ejecución de actas de mediación de niñez y adolescencia*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/15675/1/T-UCSG-POS-MDDP-62.pdf>
- Jordán, J. E., Jiménez, Á., & López, M. (06 de febrero de 2021). *Violencia y mediación escolar en adolescentes ecuatorianos*. SciELO.
https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S2007-78902021000200033&script=sci_arttext
- Mazo, H. M. (22 de marzo de 2013). *La mediación como herramienta de la justicia restaurativa*. Redalyc.org. <https://www.redalyc.org/pdf/945/94528404007.pdf>
- Mireles, L. (2020). La mediación familiar y el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados. *UACJ. Revista Especializada en Investigación Jurídica*, 80.
- Murillo, K. P., Banchón, J. K., & Vilela, W. E. (2020). *El principio de interés superior del niño en el marco jurídico Ecuatoriano*. Revista Universidad y Sociedad.
http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202020000200385
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (2005). *Etapas del Desarrollo Infantil*. Obtenido de Organización de los Estados Americanos:
<http://www.oas.org/udse/dit2/que-es/etapas.aspx>
- Pérez, G. M., & Cobas, M. E. (2013). *Mediación y jurisdicción voluntaria en el marco de la modernización de la justicia: Una aproximación a la legislación española*. Boletín mexicano de derecho comparado, 46(137), 647-677.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000200007&lng=es&tlng=es
- Pérez, J. B. (enero-junio de 2015). *CULTURA DE PAZ Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: LA IMPORTANCIA DE LA MEDIACIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN ESTADO DE PAZ*. Redalyc.org.
<https://www.redalyc.org/pdf/461/46139401006.pdf>
- Rabat, F. J., Mauriziano, F., & Ignacia, V. (Julio de 2019). The vices of consent. *Actualidad Jurídica*(40), 267-294.

- RAE. (2014). *Acta*. Real Academia Española (23.^a ed.). <https://dle.rae.es/hacer>
- RAE. (2014). *Mediación*. Real Academia Española (23.^a ed.).
<https://dle.rae.es/mediaci%C3%B3n>
- Ramírez, J. (10 de Abril de 2022). *Nulidad de las Actas de Mediación*. IN SOLIDUM Abogados. <https://insolidumabogados.com/nulidad-de-las-actas-de-mediacion/>
- Robledo, C. A. (2017). *ANÁLISIS DEL DERECHO A SER OÍDO DEL NIÑO Y A LA PARTICIPACIÓN EN EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA*. REPOSITORIO ACADEMICO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE.
<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/145209/An%c3%a1lisis-del-derecho-a-ser-o%c3%addo-del-ni%c3%bl-o-y-a-la-participaci%c3%b3n-en-el-nuevo-derecho-de-familia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Sangoquiza, M. D. (2019). *La ejecución de actas de mediación dentro del COGEP*. Quito : Universidad Central del Ecuador .
- Sistema de Justicia de Paz en Ecuador*. (s.f.). Portal de Resolución Alternativa de Disputas en Latinoamérica.
<https://www.maparegional.gob.ar/accesoJusticia/public/verDetallePais.html?codigoPais=ec#:~:text=La%20mediaci%C3%B3n%20puede%20ser%20p%C3%ABlica,relacionados%20con%20el%20adolescente%20infractor.>
- UNICEF. (s.f.). *El derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos* . UNICEF para cada infancia.
<https://www.unicef.org/chile/media/6581/file/derecho%20a%20ser%20oido.pdf>
- UNICEF Comité Español. (20 de noviembre de 1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. UNICEF. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Vado, L. O. (07 de septiembre de 2020). *Medios alternativos de resolución de conflictos*. CEJA - Centro de Estudios de Justicia de las Américas: <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/7nuevo.pdf>
- Vargas, L. (2013). *Competencia y Jurisdicción Notarial*.

LEGISLACIÓN

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2015). *Ley de Arbitraje y Mediación*. [Ley 145 de 1997] Quito: Lexis.
<https://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediacion%20de%201997.pdf>
- Código Civil [C.C.]. (2019). Quito: Lexis.
- Constitución de la Republica del Ecuador [C.R.E.]. (2008). Quito: Lexis.
https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia [C.O.N.A.]. (2022). Defensoría Pública del Ecuador - Biblioteca digital.
<https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/3365/1/C%c3%b3digo%20de%20la%20Ni%c3%bllez%20y%20Adolescencia%202817-01-2022%29.pdf>
- Código Orgánico General de Procesos [C.O.G.P.]. (2019). Quito. Lexis.
<https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/2734/1/C%c3%93DIGO%20ORGANICO%20GENERAL%20DE%20PROCESOS%20COGEP.pdf>

JURISPRUDENCIA

El Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador. (10 de marzo de 2021). Sentencia 2691-18-EP [M.P: Nuques, T.]. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUhLCBldWlkOicxYWYyNmZjNi02MDU4LTQ0ODEtYThjZC1iOGY0YWFiZjhlYzkucGRmJ30=

ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS CARRERA DE DERECHO

CUESTIONARIO

Destinatario: Guía de encuesta aplicada a los Mediadores de la Función Judicial y Mediadores debidamente autorizados por el Concejo de la Judicatura del cantón Riobamba

Objetivo: Recabar información fundamental, referente a la suscripción de actas de mediación en materia de niñez y adolescencia, fundamental para la realización del proyecto de investigación.

Introducción: La presente encuesta tiene por objeto recabar información para la realización del proyecto de investigación titulado “**La omisión de la opinión de los niños, niñas y adolescentes en la suscripción de actas de mediación**” la misma que tendrá fines eminentemente académicos.

Cuestionario:

Preguntas:

1.- ¿Considera que la suscripción de actas de mediación es una vía eficaz para la solución de conflictos en materia de niñez y adolescencia?

SÍ () NO ()

¿Por qué?

2.- ¿A usted como mediador/a, los intervinientes (padres o representantes legales) en la suscripción de actas de mediación en materia de niñez y adolescencia, le han solicitado que se tome en cuenta la opinión del menor de edad?

SÍ () NO ()

¿Por qué?

3.- ¿Usted como mediador/a, en materia de niñez y adolescencia, permitiría que los intervinientes (padres o representantes legales) suscriban el acta de mediación, omitiendo la opinión del menor de edad?

SÍ () NO ()

¿Por qué?

4.- ¿Cree que al omitirse la opinión del menor de edad en la suscripción del acta de mediación en materia de niñez y adolescencia, se estarían vulnerando derechos constitucionales?

SÍ () NO ()

¿Por qué?

5.- ¿Usted ha evidenciado casos en los que se han suscrito actas de mediación en materia de niñez y adolescencia, donde el menor de edad en el proceso, no acuda a manifestar su opinión?

SÍ () NO ()

¿Por qué?

6.- ¿Considera que las actas suscriptas de mediación que versen sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, donde se haya omitido tomar en cuenta la opinión o no se haya valorado debidamente, deben ser consideradas como ineficaces y se produzca su nulidad?

SÍ () NO ()

¿Por qué?

7.- ¿Usted como mediador/a, conoce cuál es la única excepción donde el juzgador, autoridad administrativa, servidor público, puede negarse a acoger la opinión del menor de edad, para que su decisión no carezca de validez y eficacia jurídica?

SÍ () NO ()

¿Por qué?

8.- ¿Considera usted que para suscribir un acta de mediación en materia de niñez y adolescencia se debe valorar la opinión del menor de edad, dependiendo de su capacidad objetiva (edad) y subjetiva (madurez)?

SÍ () NO ()

¿Por qué?

9.- ¿En los procesos de mediación, que tipo de métodos o técnicas aplican para valorar la opinión del niño, niña, o adolescente, en casos que requieren de su intervención?

SÍ () NO ()

¿Por qué?

10.- ¿Usted como mediador/a, se encuentra capacitado para analizar la opinión del menor de edad al momento de suscribir un acta de mediación, donde se traten derechos de niños, niñas y adolescentes?

SÍ () NO ()

¿Por qué?

Gracias por su colaboración.