

# Solución alternativa de conflictos del ejercicio de la tenencia de niños, niñas y adolescentes

Jorge Aníbal Cazarez Valdiviezo<sup>1</sup>; Juan Pablo Santamaría Velasco<sup>2</sup>

## Resumen

En Ecuador el sistema de mediación, se encuentra reconocido en la Constitución del 2008 y regulado por la Ley de Arbitraje y Mediación. Se utiliza para la solución voluntaria de conflictos. La mediación es dirigida por un tercero imparcial que ayuda a identificar los puntos de conflicto y llegar a una solución justa y legal, por medio de la cual nace la obligación de cumplir con los acuerdos voluntarios y mutuos. En cuanto a la tenencia, se reconoce el principio de corresponsabilidad parental, y las decisiones sobre la custodia deben basarse en el interés superior del niño, niña o adolescente, y se deben adaptar a sus necesidades y decisiones, garantizando su autonomía progresiva. La mediación familiar es una forma exitosa y rápida de resolver conflictos en comparación con los procesos judiciales, especialmente en temas relacionados como la tenencia de los hijos. La mediación ayuda a que las partes en conflicto se comuniquen y encuentren soluciones satisfactorias y, sobre todo, para el bienestar de los niños. La Constitución y el CONA establecen el principio del interés superior del niño como un principio rector en la toma de decisiones en casos relacionados con los niños. Los acuerdos de mediación se considera sentencia ejecutoriada y cosa juzgada. Los centros de mediación pueden tratar solo acuerdos extrajudiciales, y las juezas y jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia tienen competencia para iniciar procesos de ejecución de actas de mediación en caso incumplimiento.

**Palabras clave:** Mediación, resolución de conflictos, familia, tenencia, acuerdo extrajudicial.

## Alternative solution of conflicts of the exercise of tenancy of boys, girls and adolescents

### Abstract

In Ecuador, the mediation system is recognized in the 2008 Constitution and regulated by the Arbitration and Mediation Law. It is used for the voluntary resolution of conflicts. Mediation is conducted by an impartial third party who helps to identify the points of conflict and reach a fair and legal solution, through which the obligation to comply with voluntary and mutual agreements is born. Regarding custody, the principle of parental co-responsibility is recognized, and custody decisions must be based on the best interests of the child or adolescent, and must be adapted to his or her needs and decisions, guaranteeing his or her progressive autonomy. Family mediation is a successful and quick way to resolve conflicts compared to court proceedings, especially in related issues such as child custody. Mediation helps the parties in conflict to communicate and find satisfactory solutions and, above all, for the well-being of the children. The Constitution and CONA establish the principle of the best interest of the child as a guiding principle in decision making in cases involving children. Mediation agreements are considered enforceable judgments and res judicata. Mediation centers can only deal with extrajudicial agreements, and family, women, children and adolescents judges are competent to initiate proceedings for the execution of mediation acts in case of non-compliance.

**Keywords:** Mediation, conflict resolution, family, custody, out-of-court settlement.

**Recibido:** 15 de junio de 2023

**Aceptado:** 16 de agosto de 2023

<sup>1</sup> Abogado en libre ejercicio y Mediador, Maestrante en la Universidad Tecnológica Indoamericana, MAESTRIA EN MEDIACIÓN, ARBITRAJE Y SOLUCION DE CONFLICTOS, Correo [jorge15cazare@hotmai.com](mailto:jorge15cazare@hotmai.com).

<sup>2</sup> Abogado en libre ejercicio, Docente en la Universidad Tecnológica Indoamericana, Correo [juansantamaria@uti.edu.ec](mailto:juansantamaria@uti.edu.ec).

Autor de correspondencia: [jorge15cazare@hotmai.com](mailto:jorge15cazare@hotmai.com)

## I. INTRODUCCIÓN

La mediación es parte de un sometimiento voluntario para la resolución de conflictos, sistema que es aplicable a todas las materias que la ley considera como transigibles, se ejecuta bajo el principio de voluntariedad de las partes, por tanto, si los sujetos no llegan a una negociación voluntaria, no se puede sobrellevar los conflictos de manera rápida y oportuna. Los métodos alternativos para la solución de conflictos, son procesos en los cuales interviene una persona imparcial, la cual, tiene la función de asistir a las partes implicadas en un conflicto para ayudarles a identificar los temas en disputa, alcanzar un acuerdo mutuamente satisfactorio y económico, y llegar a un resultado rápido y equitativo.

La nueva constituyen garantiza el acceso libre y voluntario para resolver los conflictos de interés fuera de las salas de audiencias. La Constitución de la República en su Art. 190, reconoce el derecho a la mediación y a su vez se encuentra regulada por la Ley de Arbitraje y Mediación. Su objetivo es resolver un conflicto con la ayuda de un tercero imparcial, el cual se encarga de que las partes suscriban acuerdos voluntarios y mutuos. Del actuar de las partes en la mediación nace un contrato, el cual se materializa mediante la firma de un acta transaccional.

El acuerdo que nace producto de la mediación, genera una obligación para las partes, por lo que, deben someterse a la solución bajo la disposición del Art. 1453 del Código Civil (2005). Los deberes se pueden generar desde varias fuentes: un acuerdo entre dos o más personas, recibir una herencia o legado; cuando un individuo cause daño a otra persona, por ejemplo en los crímenes cometidos por menores; o por disposición legal, como los vínculos entre padres e hijos.

Las obligaciones son una serie de compromisos hechas por una persona a otra, y están reguladas en diversos contratos, convenios, sucesiones, herencias, delitos, agravios, etc., entre padres e hijos de la familia. Son parte importante de la ley porque definen los límites que existen entre los derechos y los deberes. Así, una vez que una persona se compromete a cumplir con una obligación, está obligada a hacerlo ya sea voluntariamente o mediante las sanciones previstas por la ley.

La norma que regula los Derechos de los menores de edad, asegura y garantiza que tras la separación de sus padres, exista un beneficien respecto a su contexto temporal y el lugar donde deben permanecer y sobre todo que la atención y protección de sus Derechos y necesidades primordiales sea repartida como responsabilidad de ambos progenitores. Según el contexto que se desprende del principio de corresponsabilidad paternal, el cual, indica que la gobernanza de los hijos e hijas debe ser compartido entre los progenitores. Cuando un juez de familia o el juez civil lo estime más conveniente, en relación con el desarrollo integral del hijo o hija, se podrá delegar su cuidado y crianza en uno de los padres, sin modificar el ejercicio conjunto de la patria potestad.

Las decisiones sobre la custodia no son inamovibles. Un juez puede alterarlas en cualquier momento si resulta beneficioso para el bienestar y el disfrute de los derechos de las Niñas, Niños o Adolescentes. Si el cambio afecta la tenencia, se realizará de manera que no perjudique los Derechos, el juez deberá proporcionar ayuda tanto al hijo como a sus progenitores.

Las continuas evoluciones en las necesidades de las niñas, niños y adolescentes deben ser abordadas adecuadamente para garantizar su bienestar. Debe tenerse en cuenta sus necesidades, sus decisiones y peticiones, las cuales van variando de manera progresiva. Es imperativo respetar el creciente grado de autonomía como un derecho fundamental de todos los Niños, Niñas, y Adolescentes. Autonomía que les otorga la facultad de ejercer sus derechos a medida que maduran, y al mismo tiempo asumir pertinentes responsabilidades por ello, siendo que, mientras más mayores son los niños y niñas, más amplias son sus libertades y obligaciones.

En relación a la tenencia de niños, niñas y adolescentes, el interés primordial que debe prevalecer, es el de la autonomía y los derechos progresivos, por lo que, toda decisión deberá implementarse de forma rápida. Si es requerido, se deberá llegar al punto de acceder al lugar donde se cree que se encuentran los menores de edad, sin que exista ninguna instancia jurisdiccional que impida el cumplimiento por parte de la

resolución. Cuando los progenitores deciden dar por terminado el vínculo matrimonial, el ejercicio de la patria potestad y/o la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, debe ser conferida a uno de los padres, quien se encargará de velar por los derechos de sus hijos.

Antes de emitir fallo de disolución del matrimonio, el juez establece las disposiciones acerca de los hijos menores, incluyendo el cuidado (tenencia), régimen de visitas y los alimentos. Si los padres no acuden a la justicia ordinaria para solucionar las situaciones con respecto a las obligaciones con sus hijos, los derechos de los niños pueden verse afectados. Los padres pueden optar por utilizar otras formas de solución de conflictos, con el objetivo de establecer acuerdos en relación a la custodia legal de sus hijos para así proteger sus derechos. Al firmar el acta de Mediación, el documento produce efectos de cosa juzgada, por lo que, no es susceptible de apelación.

En cuanto a la mediación en materia de niñez y adolescencia, el CONA, no tasa específicamente que actos jurídicos son susceptibles de transigir. en este sentido, se ha normado en el Art. 294 que; *“La mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y adolescencia”*. De la norma referenciada se colige que; la frase “en todas las materias transigibles” se reconoce como una norma abierta, porque no especifica las materias en las que se puede transar. Sin embargo, por ser que se encuentra objetivado en el Código de la Niñez y Adolescencia, se entendería que efectivamente la materia de Niñez y Adolescencia se reconoce como transigible.

No obstante, hay que tener en cuenta que, la disposición antes mencionada, establece una restricción para la ejecución de la mediación, al normar en su texto “siempre que no se vulnere Derechos irrenunciables de la niñez y adolescencia”. En tal sentido que, el Art. 106 y 118 del CONA, plantea ciertas reglas que se deben respetar al momento de otorgar la patria potestad y tenencia .

Por tanto, hace imperativo, que se determine los alcances, límites y los derechos que intervienen a la hora de que se llegue a un acuerdo respecto de la tenencia. De manera, que el mediador, verifique

la procedencia para llevar a cabo la convención. Inclusive, se puede incidir en una lege ferenda que contemple estas bases normativas y se pueda garantizar el interés superior del niño. El objetivo de la presente investigación, se encuadra en: Determinar los alcances, los límites y los derechos que intervienen en la solución alternativa de conflictos respecto del ejercicio de la tenencia De Niños, Niñas Y Adolescentes.

## II. DESARROLLO

Según Leonardo Zurita (2012), la familia es una entidad social conformada por ambos sexos que están unidos por un vínculo legal, el matrimonio, el cual incide en los valores morales de los miembros. Esta unión biológica y legal contribuye al desarrollo de las personas dentro de la sociedad, para comprender cómo la mediación familiar puede ayudar a resolver los desacuerdos relacionados con la custodia de los hijos o niños, se necesitan diversos principios teóricos para evaluar el fenómeno social y proponer soluciones óptimas.

La mediación familiar es una herramienta útil para restaurar la funcionalidad de la familia y mejorar la comunicación entre los involucrados en disputas. Sin embargo, la nueva modalidad de tratar los conflictos altera de manera significativa la ejecución de la justicia, por lo tanto, se deben estudiar la sencillez de los procesos y entender la dinámica de la disputa en el núcleo familiar.

De acuerdo al estudio realizado por Luz Cervantes (2013), se determino que los medios alternativos para la solución de conflictos, deben tener un programa de asesoramiento y conciliación en la ciudad de Ibarra para mejorar la calidad de la relación entre los padres y lidiar con problemas familiares tales como alimentos, propiedades, guarda y bienes. Esta ayuda profesional evitará recurrir a medidas legales, y los usuarios del centro de mediación tendrán personal capacitado para ayudar a solucionar sus problemas. La ruptura de un conflicto entre los padres de un niño produce una profunda cicatriz en la psique, sintiéndose como si hubiese perdido algo. Además de lo legalmente establecido, una separación, divorcio o disolución del matrimonio de hecho, tendrá un profundo impacto no solo para las partes afectadas, sino especialmente para él o la niña, niño o adolescente

involucrado.

Aunque la intención de la mediación no es de naturaleza terapéutica, los resultados son benéficos al variar el escenario del conflicto, modificar las normas de interacción, generar nuevas narrativas y transformar el sistema al hallar soluciones que nos ayuden a salvar el choque y conectarnos de formas distintas.

### **La mediación en la legislación ecuatoriana**

Según Leonardo Zurita (2012), la mediación es una forma alternativa de abordar problemas y conflictos para buscar soluciones a través de la comunicación con un tercero neutral. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, para llegar a un resultado deseado, las partes deben estar dispuestas a adaptar sus opiniones y encontrar puntos de vista que coincidan con el objetivo común de llegar a un compromiso. Por ende, mediante un método alternativo para solucionar los conflictos, se prevé llegar a un acuerdo aceptable para ambos involucrados. El mediador tiene como intención el promover la buena voluntad y superar las diferencias a través de un diálogo cortés, al final, el resultado debe ser un acuerdo que resulte satisfactorio para ambas partes, sin que ninguna salga perjudicada.

Existen diversas formas de mediación, así lo afirma Susana Cherres (2015); como la mediación comunitaria, laboral, de inquilinato, de educación, ambiental, privada y bancaria, es decir, consiste en una posible vía para dirimir disputas sin pasar por el engorroso proceso de un juicio, pero que genere un acuerdo satisfactorio para las partes implicadas. La Constitución de la República (2008), establece la necesidad de tener en cuenta otros modos de solución a los conflictos, estableciendo los prerequisites constitucionales que regirán los métodos para resolverlos, como por ejemplo, en el ámbito público, el procedimiento debe ser aprobado previamente por la Procuraduría General del Estado.

La Constitución del Ecuador (2008), ofrece una mención particular de mediación y arbitraje en su Art. 190, creando la manera para que se usen otros métodos alternativos, para solucionar los conflictos de la sociedad, la norma constitucional ecuatoriana no especifica exactamente qué métodos

de solución de conflictos alternativos existen, sino que estimula su uso de acuerdo con la legislación vigente, lo que, significa que además del arbitraje y la mediación generalmente mencionados, también se permite el uso de otros métodos, siempre y cuando dichos métodos sean transigibles.

Por consiguiente, existe una normativa específica llamada Ley de Arbitraje y Mediación (2006), la cual regula la mediación en el Título II, estableciendo que, los conflictos pueden ser resueltos a través de la mediación con asesoramiento de un tercero neutro, el mediador. Esta es una solución extrajudicial, voluntaria y permanente que se centra en los temas sujetos a negociación por parte de los sujetos, de forma que se llegue a un acuerdo para poner fin al conflicto.

Una vez comprendido el concepto proporcionado por la Ley, Susana Cherrrer (2015), enfatiza que, hay que averiguar si el mediador posee una autorización legal para proceder a alguna mediación. Tanto el mediador como los centros de mediación pueden desempeñar dicha función, si bien hay una prohibición legal de la participación del mismo en un disputa judicial o arbitral vinculada con la anterior mediación. Esto significa que no puede existir una actuación como abogado, testigo, asesor o árbitro al mismo tiempo que no puede llamársele para presentar un testimonio, para poder llevar a cabo una mediación es esencial que las partes tengan la capacidad de transigir, siendo aplicables estas regulaciones a tanto personas físicas como jurídicas, ya sean estas pertenecientes al terreno público o privado.

De acuerdo al Art. 52 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006), los centros de mediación deben estar registrados con el Consejo Nacional de Judicatura para realizar su actividad, y estos pueden estar conformados por entidades como gobiernos locales, cámaras industriales, asociaciones, fundaciones, instituciones sin fines de lucro y organizaciones comunitarias. Por su parte, el Consejo de Judicatura estará en capacidad de establecer centros de mediación previos al inicio de un proceso judicial y en el curso de éste. Es fundamental que los Centros de Mediación cuenten con los recursos necesarios para las reuniones, incluyendo tanto material administrativo como elementos tecnológicos.

Según el Art. 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006), existen tres escenarios que deben seguirse para proceder con la mediación, el primero es cuando hay un acuerdo por escrito entre las partes a instancia de una, otra es cuando el juez ordinario ordena la mediación en el decurso del proceso que ha sido aceptado por ambas partes. Se prevé que el acta de mediación tenga el mismo efecto de una sentencia ejecutoria y concluyente, lo que significa que se hará ejecutar igual que las sentencias dictadas en la instancia superior por procedimientos de apremio.

Se debe estar alerta de que los términos de la acta pueden establecer un acuerdo total, parcial o simplemente del hecho de no llegar a un acuerdo. En el caso de que haya acuerdo total, no hay ningún inconveniente en lo informado; en caso contrario, podrá presentarse un juicio para discutir los temas en los que no se pudo llegar a un acuerdo, si las partes no pudieron acordar, el acta firmada se presentará en el tribunal o en el árbitro, suplantando la audiencia o la reunión de mediación o conciliación prevista.

Es importante destacar que, si el acuerdo de mediación en cuestión se refiere a minoría y / o cuestiones alimentarias, se procederá a una evaluación de acuerdo con los parámetros establecidos, en particular se tendrá en cuenta el Código de Niñez y Adolescencia (2003), así como cualquier otra ley aplicable. Por otra parte, si algunas de las partes falta a la convocatoria de mediación, se convocará un nuevo encuentro y en caso de no comparecer nuevamente, se entenderá que existe una imposibilidad de llevar a cabo la mediación.

Según Benjamin Aguilar (2019), es importante remarcar que el principio básico que rige el proceso de Mediación es generalmente el de confidencialidad, sin embargo, este puede ser renunciado si ambos involucrados en el procedimiento aceptan ello, lo cual significa que, en caso de que exista una discrepancia en relación a esto, el principio de confidencialidad prevalece.

### **Mediación**

Según Violeta Badaraco (2016), manifiesta que, la mediación es una técnica moderna que busca facilitar la solución de diferencias entre dos o

más personas. Se basa en el uso de un elemento imparcial que ayuda a buscar acuerdos entre ellas. Esta estrategia se considera más flexible que la litigiosa porque permite abordar cuestiones que con un enfoque judicial serían más costosas y tardías. La mediación proporciona una plataforma para que las partes involucradas comprendan mejor su disputa y tomen decisión de forma amigable.

Con la ayuda de un tercero imparcial, la mediación es un proceso en el que las partes en disputa trabajan para encontrar una solución de mutuo acuerdo, en el caso, el mediador utiliza técnicas de persuasión y negociación para facilitar una comunicación efectiva, promoviendo la reconciliación entre las partes involucradas, lo cual, les permite alcanzar un equilibrio entre las demandas de cada uno y lograr un resultado satisfactorio para ambos. (Badaraco, 2016)

En Ecuador, el sistema judicial con respecto a la familia, la niñez y la adolescencia está excesivamente congestionado con procesos legales, lo cual dificulta la provisión de una justicia eficaz. Como consecuencia, muchos optan por la mediación como forma de facilitar la comunicación entre los contendientes y presentar una solución posible a los problemas familiares vinculados a los menores de edad, siendo los asuntos más frecuentemente tratados en mediación; alimentos, las visitas y la custodia de los menores de edad.

Según manifiesta Susana Cherres (2015), la mediación se pueden clasificar en varios tipos como; la mediación familiar para ayudar a aquellos que están divorciándose o luchan por la tenencia de sus hijos; la mediación empresarial se centra en los conflictos entre supervisores, empleados y compañeros de trabajo; la mediación escolar está diseñada para solucionar los problemas entre profesores, alumnos, tutores, entre otros; la mediación comunitaria trata de ayudar a las personas con conflictos dentro de su comunidad, distrito o municipio; la mediación penal se encarga de resolver los desacuerdos entre víctimas y victimarios, mientras que la mediación penitenciaria ofrece soluciones a los problemas entre internos y guardias de prisión, por último, la mediación intercultural se centra en conflictos que provienen de deficiencias lingüísticas o diferencias culturales.

Según Luz Cervantes (2013), es de destacar que, la mediación familiar puede ofrecer soluciones rápidas, pacíficas y conciliadoras a los conflictos. Se reconoce que, aplicando generalmente, puede reducir sustancialmente el volumen de asuntos pendientes de solución en las unidades judiciales. Además de esto, los ahorros de tiempo y dinero resultan evidentes comparado con otras alternativas jurídicas. Por otra parte, la confidencialidad en el proceso de mediación resulta atractiva para muchos.

Se aprecia que los conflictos pueden resolverse de manera rápida, pacífica y reconciliatoria a través de la mediación familiar. Según manifiesta Luz Cervantes (2013), la mediación tiene la ventaja de reducir significativamente la cantidad de casos sin solución en los ámbitos judiciales, así como provee beneficios tangibles en cuanto a tiempo y recursos, más que otras alternativas jurídicas.

Las principales características de la mediación son la participación voluntaria, la colaboración entre las partes, el control de la discusión, la confidencialidad, la neutralidad, el respeto por la equidad y la seguridad. Esto significa que las personas involucradas en un conflicto se comprometen a participar en el proceso de forma voluntaria, trabajan juntas para encontrar una solución satisfactoria entre todos, y tienen la libertad de aceptarla o no. Además, todas las conversaciones tienen el carácter de confidencialidad, mientras que el mediador permanece imparcial, respetando la equidad y proporcionando un ambiente seguro.

La Mediación es un camino para resolver conflictos entre dos o más personas sin involucrar la justicia, por lo tanto, un mediador imparte un intento de reconciliación para las partes en litigio con el fin de, llegar a un consenso beneficioso para todas. Esta táctica se utiliza para encontrar soluciones que sean satisfactorias para ambos individuos y evitar que cualquiera de ellos salga como vencedor.

### **Características y ventajas de la Mediación**

Según manifiesta Violeta Badaraco (2016), por una parte, la mediación tiene como principal característica la voluntariedad, es esa iniciativa de los actores involucrados, es uno de los aspectos

claves de la mediación, ya que se deben elegir libremente ese camino para abordar el conflicto. La información al respecto es vital para entender cómo ha de desarrollarse la técnica, sus beneficios y las repercusiones que se tendría al suscribir el acuerdo en el acta de mediación. Por ello, las partes en cuestión, adquirirían la responsabilidad de negociar y reformular el conflicto, según su libre voluntad y criterio.

Al emprender el proceso, una de las partes se compromete a iniciarlo, y la otra tiene la posibilidad de abandonarlo en cualquier momento sin dar explicaciones. Cuando alguna de las partes manifiesta el deseo de acabar, el proceso acaba inmediatamente, por lo tanto, es importante que los diferentes Estados examinen esta cuestión atentamente, ya que si el Estado impone la mediación, se perderían muchos de los beneficios de la misma.

Una de las características más importantes y la razón fundamental del éxito de la mediación es que las partes toman la decisión de participar de forma voluntaria. Por tanto, tendríamos que evitar el dictamen que obligue a los individuos a entrar en procesos de mediación ya que ello puede ser contraproducente. Por otra parte, como principal ventaja se tiene que, se ha conseguido la intención de reducir el número de casos que se hallan una solución extrajudicialmente, sin embargo, no se ha conseguido la utilización de la mediación como una forma alternativa de resolución de conflictos. (Badaraco, 2016)

La recurrencia a este proceso por parte de los sujetos involucrados, muchas veces es un esfuerzo para cumplir con la ley sin desarrollar una participación en todos los frentes de la negociación. Por tanto, muchas veces están predispuestas a no llegar a un acuerdo y seguir adelante con el litigio frente un tribunal. Parece que al imponer obligatoriamente la mediación, se altera el mismo sentido de tal figura jurídica; puesto que es una forma de acceso a la administración de justicia; es decir, sería un gran error exigir su uso como herramienta previa a acceder a la justicia, ya que limitaría el derecho al acceso a una justicia efectiva.

La participación de forma voluntaria en la mediación es un principio cardinal que orienta el proceso entero. Según Luz Cervantes (2013),

esto se debe, al hecho de que la autonomía de la voluntad de las partes es la base más sólida que sustenta la mediación. Esta libertad significa que una persona puede decidir libremente si quiere involucrarse en el procedimiento para solucionar sus disputas sin que ningún tercero ni el Estado la obligue a hacerlo. Es fundamental insistir que los estados tienen la responsabilidad de promover el incremento de la mediación y crear una verdadera transformación cultural en el entendimiento legal de los ciudadanos a través de campañas de difusión y educación. Esto les permitirá que en un futuro, su primera reacción frente a una disputa sea recurrir a una oficina de mediación de forma inmediata, respetando y garantizando igualmente la libertad de voluntad de los involucrados.

Por otro lado, la confidencialidad es una característica importante de la mediación, que facilita la creación de un espacio favorable para la comunicación entre las partes. De acuerdo con el Art. 50 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006), todos aquellos elementos expuestos en el transcurso del procedimiento no pueden ser usados en una instancia legal, lo cual, contribuye a que las partes aborden sus propuestas de forma sincera, permitiéndoles alcanzar un acuerdo sin la necesidad de un juicio. La confidencialidad es fundamental para erigir un ambiente de confianza, seguridad y diálogo desde el que puedan llegar a un acuerdo.

Por otra parte, la neutralidad también es otra característica que se evidencia en la mediación, donde el mediador debe prestar un servicio con neutralidad y objetividad, siendo un guía y facilitador que no favorezca ni perjudique a ninguna de las partes involucradas. Se debe respetar el principio de igualdad, de modo que ninguna de las partes tenga un trato ventajoso.

Quien lleva a cabo la mediación debe trabajar de forma neutral para guiar a las partes a un acuerdo satisfactorio sin influenciar en sus decisiones. Es una responsabilidad fundamental que el resultado depende de las partes involucradas y no del mediador. El objetivo es lograr el acuerdo entre las partes, manteniendo la imparcialidad, que involucra a aquellos participantes que voluntariamente se unen a una mediación. Este puede llevarse a cabo varias veces sin tener que seguir unas determinadas

reglas estrictas, permitiendo que cada situación se aborde adecuadamente.

Por lo tanto, es diferente al proceso legal, el cual es mucho más estricto con relación a los tiempos, los trámites y las pruebas. Las partes pueden acordar libremente sus propios términos en el proceso de mediación, respetando los principios constitucionales, prácticas y normativas relevantes, una vez firmado el acuerdo, este adquiere el carácter de sentencia firme e invalidable, sin recurso posterior posible.

### **Derechos de la familia**

La idea de una Familia convencional, formada por padre, madre e hijos, ya no se aplica totalmente a las realidades sociales modernas, existen actualmente grandes cambios, como la migración, el mestizaje, así como las luchas por obtener mayor libertad sexual, han ido modificando constantemente los roles dentro de las familias. De cualquier modo, la familia sigue siendo una unión básica en la sociedad, y esencial para el apoyo entre los miembros de ella.

Grupos de personas vinculadas por lazos de parentesco son elementos clave de todas las sociedades humanas. Estos vínculos incluyen el nombre, el domicilio y la obligación mutua de solidaridad moral y material que conecta a los miembros. Según Bossart Gustavo & Zannoni, Eduardo (2004), la familia tradicional, a menudo conocida como clan, está compuesta de decenas o incluso centenas de hogares, cada uno desempeñando una función diferente. En contrapartida, la familia actual, típicamente se reduce a un grupo más pequeño y eso es el llamado núcleo familiar compuesto por padre, madre e hijos.

El Constituyente descarta el estereotipo de la familia monógama manifestada por una sola pareja compuesta por hombre y una mujer que desean compartir su vida, sus bienes y hasta sus hijos. Se reconozca la existencia de otros modelos de familia que, luego de mucho tiempo de mantenerse fuera del mapa cultural, están comenzando a emerger como posibilidades distintas para que personas que desean vivir juntas puedan hacerlo de acuerdo a lo que expresan para su vida. El Estado se encargará de respaldar y garantizar la protección de estas

nuevas y divergentes formas familiares.

Según Bossart Gustavo & Zannoni, Eduardo (2004), la Familia necesita ser una parte importante para la saludable existencia del ser humano dentro de la sociedad, en tiempos primitivos, los orígenes de la Familia se basaban en el matriarcado, lo que implicaba un tipo de promiscuidad sexual. Con el cambio significativo en términos económicos, el matriarcado desapareció, dando paso al patriarcado. Durante la Edad Media la Familia funcionaba como una verdadera organización económica, con su propio sistema de autoabastecimiento.

Desde una perspectiva tradicional, la familia se destaca como el marco principal para abordar y administrar los peligros que afectan a los seres humanos. Además, puede afirmarse que muchas sociedades reconocen a la familia como una de sus entidades más preciadas y le otorgan un estatus de protección tanto de la parte de la comunidad con la que está enlazada como por parte de los entes estatales. Así pues, la familia es un elemento esencial de la estructura social.

Según Bossart Gustavo & Zannoni, Eduardo (2004), con su llegada al mundo, el niño o la niña reciben el legado familiar, lo que se conoce como personalidad jurídica. Esta determina su futuro de relaciones legales ante el Estado y sus relaciones sociales. La clase y la etnia con la que se identificará provienen de sus padres, por lo que sus compañeros de juego son elegidos en correspondencia a esto. La Constitución de la República del Ecuador (2008) establece las bases de esta incorporación de los niños a la sociedad.

El Art. 66 núm. 28 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), garantiza el derecho a la identidad personal y de grupo, lo que permite a las personas contar con un nombre y apellido libremente escogidos y registrados, así como conservar los atributos físicos y culturales de su identidad, entre los cuales se incluyen la nacionalidad, la familia, variedades espirituales, culturales, lingüísticas, religiosas, políticas y sociales, por otra parte el Art. 67 establece que, el Estado reconoce y protege a la familia como núcleo fundante de la sociedad. Promoverá la creación de condiciones que justifiquen la igualdad de derechos y oportunidades entre los miembros. El

matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se originará de la libre decisión de ambos, de forma que contengan los mismos derechos, deberes y habilidad legal iguales.

Los derechos de la familia están regulados por una variedad de leyes, principios y pautas del derecho privado, incluidas las estipuladas en la Constitución de la República (2008), el Código Civil (2005), el derecho patrimonial y el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia (2003). Estas disposiciones proveen no solo protección de los hijos, sino también a los padres. Igualmente los mismos garantizan los derechos de los niños, niñas y adolescentes por conservar sus relaciones familiares.

De acuerdo con el Art. 22 del CONA (2003), el derecho a conformar una familia y vivir juntos se otorga a todos los miembros de la familia. Si por alguna razón esto no puede lograrse o queda en contradicción con el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, tienen el derecho de buscar o reunirse con una nueva familia, la cual deberá ser de acuerdo a la ley.

En referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Art.16 establece que la edad núbil es el requisito previo para contraer matrimonio; y que tanto hombres como mujeres deben ejercer su derecho libremente sin restricciones por cuestiones de raza, nacionalidad o religión. También se recoge su derecho de fundar una familia y disfrutar de los mismos derechos en cuanto al matrimonio durante el matrimonio y en caso de su disolución. Por último, se afirma el derecho de la familia a ser protegida por la sociedad y el Estado.

Según Leonardo Zurita (2012), es indudable que el Derecho de Familia ha sido uno de los más marcadamente influenciados por la ética, tradiciones desarrolladas bajo el Derecho Canónico en respuesta a la Religión Católica influyeron y definieron gran parte de la organización familiar y de las principales instituciones de nuestro país y del mundo occidental, aun en el contexto de la moderna laicización del matrimonio.

En este sentido, el comportamiento físico, social y emocional de los miembros de la familia no es aislado de los demás, sino que debe verse en el contexto de sus interacciones y sus consecuencias

que no solo repercuten entre ellos, sino en la sociedad también. Cualquier cambio en el dinamismo de la familia afecta directamente otras áreas, ya que los comportamientos y relaciones suelen ser comunes y repetitivos, ofreciendo la certeza de predecir, extraer información y llegar a conclusiones acerca de la actitud de los miembros de la misma.

Visto desde otro punto de vista, el conjunto familiar como sistema tiene ciertos límites establecidos para preservar a sus miembros, protegerlos ante amenazas externas y controlar la información que entra y sale. Los límites que tienen una función protectora y reguladora con el propósito de mantener la unidad familiar y el sistema en sí. Una cantidad excesiva puede dispersar la identidad y la cohesión, en cambio, cuando es insuficiente el sistema pierde dinamismo y comunicación.

El Código Civil (2005), en el Art. 22 en relación con la consanguinidad, el cual se refiere a la línea y grados de parentesco, lo cual, significa que hay que tener en cuenta la cadena de parentelas que surgen de un tronco común, ya sea una línea directa, colateral, transversal u oblicua. El parentesco en línea directa se produce cuando los parientes descienden uno del otro; es decir, padre e hijo, abuelo - nieto, etc. Para calcular el grado de este parentesco, solo hay que contar el número de generaciones. Por ejemplo, si el hijo se relaciona con sus padres, el grado de consanguinidad es de primer grado.

### **La patria potestad**

Según Inmaculada García (2013), la patria potestad es un concepto jurídico por el cual uno de los padres, o ambos, ejercen una autoridad paralela a la del Estado, sobre los hijos menores de edad, por lo tanto, a través tal figura jurídica, los padres gozan de ciertos derechos y obligaciones respecto a sus hijos, incluyendo el deber de proveerles una educación integral, cuidados y protección. La ley dispone, además, que los padres tienen la obligación de procurar la subsistencia de sus hijos menores, entre otras responsabilidades que recaen sobre los progenitores.

La patria potestad es necesaria para que los padres puedan prestar todos los cuidados

necesarios en la crianza de los hijos, pues son ellos los que conocen mejor esas necesidades, y lo mejor es que cuenten con el apoyo del Estado para el cumplimiento de sus responsabilidades. Según manifiesta Kevin Suin (2016), los padres pueden transferir la patria potestad en su totalidad o parcialmente a un tercero, previo acuerdo entre los interesados, el cual deberá ser autorizado por un juez competente. En caso de que los padres, o uno de ellos, falte a sus obligaciones y no cumpla con los deberes para con los hijos menores, el Estado puede adoptar medidas adecuadas para garantizar el cumplimiento de sus deberes. No puede ser suspendida involuntariamente mientras no hayan motivos suficientes para ello. Estos motivos pueden ser negligencia por parte de los padres, por ejemplo, descuido al momento de proveer los cuidados necesarios a los hijos, ausencia prolongada o abuso físico o psicológico.

Según Bossart Gustavo & Zannoni Eduardo (2004), el Derecho de Familia reconoce la patria potestad como una institución que garantiza la seguridad y el bienestar de los menores de edad no emancipados cuyas relaciones de parentesco han sido establecidas de forma legal. De esta manera, asegura los derechos y deberes de los padres hacia sus hijos, así como de los bienes de éstos. Esta institución se origina con la filiación y tiene por objetivo brindar asistencia y protección de los menores. Se considera como la responsabilidad originalmente establecida por el progenitor o progenitores para cuidar a los hijos, sin importar si fue fruto de un matrimonio o bien fueron adoptados.

Desde una óptica tutelar, la patria potestad se presenta como una institución legal pensada para garantizar y respaldar la protección de los hijos menores de edad. La Constitución (2008), impone a sus padres la responsabilidad de proveer para el sano crecimiento, educación y formación integral de los menores de edad, que al ser vulnerables debido a su corta edad tienen en el Estado la mayor salvaguarda de sus derechos humanos, conforme a lo señalado en la Convención de los Derechos del Niño (1989).

Los padres tienen la responsabilidad de custodiar el bienestar de sus descendientes, dejando al margen los suyos propios, el derecho

internacional y la legislación nacional protegen el conocimiento armónico y el ejercicio pleno de los derechos de los hijos, dándole reconocimiento a su desarrollo total. Según Inmaculada García (2013), la patria potestad, de acuerdo con el Art. 283 del Código Civil (2005), es un conjunto de facultades que los progenitores tienen hacia sus hijos no emancipados. Estos chicos de cualquier edad, no emancipados, se les denomina "hijos de familia", mientras los padres son padres de familia. El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003), amplía y completa lo establecido en el Código Civil (2005), al señalar que la patria potestad no solamente es una suma de facultades sino también un conjunto de deberes que los padres tienen con sus hijos no emancipados, tal como brindarles cuidado, educación, desarrollo integral, garantizarles la protección de sus derechos y respetar la Constitución y las leyes.

Según Inmaculada García (2013), la patria potestad es una institución jurídica que se origina en las relaciones paterno-filiales y se caracteriza por ser intransmisible, irrenunciable e imprescriptible, lo cual, significa que no se puede ceder o transferir la patria potestad a otro, ni renunciar a ella voluntariamente, ni perderla a causa del paso del tiempo. El padre sí puede delegar a un tercero algunos derechos derivados de la patria potestad u otorgar el ejercicio absoluto a otro padre, pero no hay posibilidad de renunciar a los deberes hacia el menor sin que el Estado lo verifique. Los deberes hacia los hijos no se ven afectados por el paso del tiempo, lo que significa que los derechos y obligaciones paternales son imperativos.

Los niños y adolescentes tienen el derecho a alcanzar su desarrollo total, entendido como el crecimiento y mejoramiento de sus habilidades intelectuales y objetivos, en un ambiente donde la familia, la escuela, el ámbito social y comunitario ofrezcan la defendida y los cariños necesarios para su bienestar emocional. Si entonces se proporcionan un entorno favorable, políticas y estrategias nacionales y locales adecuadas, se podrán observar las necesidades sociales, emocionales y culturales. Idealmente, estos derechos deberían ser detonados en conjunto con los padres biológicos y, aunque se encuentren separados, esto no deberá conducir a la suspensión de los derechos de los hijos para

mantener afecto con ellos.

La Constitución (2008), señala que, el Estado es responsable de garantizar y proteger los derechos de los menores de edad, así como velar por su identidad, integridad física y psicológica, alimentación, educación, salud y seguridad social, entre otros. El Art. 69 de la misma aclara que el Estado debe velar por el buen desarrollo de los niños y cumplimiento de deberes y derechos, sin embargo se destaca el rol de los padres como principales responsables de cuidar y proteger a sus hijos. La patria potestad se otorga a la madre en casos en que los padres estén separados y la evaluación se realiza de acuerdo con los mejores intereses del menor.

La Convención de los Derechos del Niño (1989), obliga a los Estados miembros a garantizar la protección de los derechos de los niños; por lo tanto, el Estado, la sociedad y la familia deben comprometerse con el cuidado, la protección y el desarrollo integral de los niños, por lo tanto Ecuador debe adoptar las consideraciones y disposiciones de la Convención, ya que la ha ratificado y forma parte de ella.

Los derechos de los niños y adolescentes son cada vez más proclamados a nivel internacional. Esto se ha hecho evidente por varios documentos como la Declaración de los Derechos del Niño (1948) y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989). Estos documentos reconocen a los niños como sujetos de derecho y firma que los Estados son los responsables de hacer cumplir los derechos de los niños, así como los obligan a respetarlos y protegerlos, tales derechos están conceptuados como inalienables e irrenunciables, por lo que ninguna condición debería llevar a vulnerar o desconocerlos.

De acuerdo al Código Civil ecuatoriano (2005), la patria potestad comprende los derechos otorgados a los progenitores sobre sus hijos no emancipados, los cuales se denominan hijos de familia. El Título Preliminar del Código reconoce la filiación, así como la paternidad y maternidad. Estos se establecen por: el hecho de haber sido concebido alguien en el matrimonio real o presunto de los padres, dentro de una unión de hecho legalmente reconocida; por el reconocimiento voluntario por el padre o madre, de no existir

un vínculo marital entre ellos; y, a través de una determinación judicial.

Por lo tanto, la patria potestad implica tanto derechos como deberes para los padres relacionados con el cuidado, la educación, el desarrollo integral, la defensa de los derechos y la garantía de los hijos conforme a la Constitución y a las leyes. Las personas responsables de dirigir y mantener un hogar, así como velar y cuidar a los hijos, son el padre y la madre en igualdad de condiciones, aunque esto no siempre suceda en la práctica. El Código de la Niñez y la Adolescencia (2003), establece reglas específicas para depositar la patria potestad en situaciones especiales, en tales casos, el Juez debe escuchar a los hijos o adolescentes, y de acuerdo con el Art. 325 del Código Civil (2005), debe observar determinadas reglas para el ejercicio de la patria potestad.

Según las disposiciones contenidas Código de la Niñez y la Adolescencia (2003), siempre que no perjudique los derechos del hijo o hija, se deberá respetar lo acordado por los padres, si no hay acuerdo entre los progenitores o si la decisión a tomar es contraria al interés superior de sus hijos o hijas, se entregará la custodia a la madre, a menos que se demuestren perjuicios. Para los menores de doce años, se buscará conferir esta potestad al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica, permitiendo proporcionar a sus hijos e hijas la atención necesaria para su desarrollo integral. En caso de encontrarse en iguales condiciones, la madre tendrá preferencia, excepto cuando sea perjudicial para el menor. Adicionalmente, esta patria potestad no se entregará a aquellos encontrados en causales de privación establecidas. Por último, si ambos progenitores se encuentran inhabilitados para ejercer la patria potestad, el juez la asignará organismo externo.

La opinión de los menores de doce años será considerada por el Juez, mientras que la de los adolescentes será obligatoria, a menos que sea contrario al desarrollo integra de éstos. De acuerdo a la ley, en el caso de que uno de los dos progenitores sea privado de la patria potestad, el otro la ejercerá a menos que haya sido inhabilitado. En su lugar, un tutor será asignado al hijo no emancipado. Si ninguno de los parientes llamados por ley se puede

encargar de esta responsabilidad, el juez u jueza declara la adaptabilidad del menor.

Según la Guía sobre el Interés Superior de la niñez (2021), emitida por el Consejo de la judicatura, la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana han hecho una distinción entre la patria potestad y la autoridad parental, distinguiendo la primera relacionada con los bienes y la segunda con la persona de los hijos. América Latina cuenta con un principio jurídico y una jurisprudencia que viene sosteniendo el tema a través de la Convención de los Derechos del Niño (1989), siendo este derecho ampliamente aceptado y aplicado por los firmantes de dicho acuerdo.

Por consiguiente, se puede establecer que, la patria potestad es un sistema de protección obligatorio, personal e intransferible, otorgado a los padres para asegurar vigorosamente el cuidado y bienestar de los niños o adolescentes no emancipados. Esta responsabilidad protectora se realiza de forma exclusiva por los padres, siempre y cuando la ley no los haya excluido de ejercerla. La patria potestad ofrece excelentes garantías para la protección de los menores, contando con la invaluable ayuda de sus guardadores naturales.

Un elemento imprescindible de la patria potestad es la no disponibilidad. La voluntad privada no puede atribuir, modificar, regular ni extinguir su ejercicio excepto en aquellos casos en que lo permita la ley. Aquí es importante destacar que los cónyuges sí pueden acordar la guarda del hijo durante la separación legal, que es un supuesto en el que la normativa sí lo permitiría.

Según Rony López (2019), la patria potestad es innegable, y la legislación cobra prioridad en todas las cuestiones relacionadas con el estado civil y derecho de familia, las convenciones que no se contemplan en las normas de derecho tendrán invalidez. En esta situación, se establece firmemente que el principio de la voluntad no aplica en patrimonio. Además, se debe subrayar el hecho que el ejercicio de patria potestad por el padre o la madre es responsabilidad gratuita, dada su naturaleza de deber natural entre los padres.

### **Tenencia de niños, niñas y adolescentes**

Desde un punto de vista legal, la tenencia se refiere al derecho de la autoridad sobre un niño,

niña o adolescente, algo comúnmente usado en situaciones de divorcio o cuando las circunstancias parentales empeoran. En estos casos, es necesario tomar decisiones sobre la custodia. Según Benjamín Aguilar (2019), la palabra tenencia se deriva del griego y se refiere a la titularidad de un bien de forma directa. En el entorno legal relacionado a la infancia y la adolescencia, "menor" se refiere a la edad de los menores de edad. Por lo tanto, cuando nos referimos a la custodia de menores, nos referimos al cuidado que uno de los padres debe proporcionarles.

Es importante destacar que, la convivencia entre padres e hijos es lo que otorga el ejercicio de derechos y el cumplimiento de los deberes. Compartir un hogar supone la presencia de una vida común, como base para el ejercicio de la patria potestad. En ausencia de ésta, los progenitores no podrán ser los responsables del proceso educativo, legalmente representar a sus descendientes o corregirlos moderadamente. Poseer la tutela de los menores les otorga a los padres su derecho de vigilar y formar integralmente a sus hijos. Con esto, se asegura que exista un cumplimiento de deberes y derechos para una convivencia satisfactoria.

Según Sergio Peralta (2019), existen tres tipos de tenencia, la exclusiva consiste en otorgar la custodia a uno de los padres quien tendrá un régimen de visitas para garantizar el desarrollo integral de los niños, por lo cual es la opción normalmente elegida por los jueces, aunque puede alejar al otro progenitor. Sin embargo, la tenencia alterna podría ser una buena alternativa ya que ambos tendrán la custodia de sus hijos por periodos del año alternados. Mientras que en la tenencia compartida o conjunta ambos padres tienen la tenencia física y legal de los hijos, y comparten los derechos y responsabilidades relacionadas con su crianza, logrando igualdad de condiciones como en una familia intacta.

Según el CONA (2003), en el Art. 118 establece que, el bienestar de los hijos e hijas debe ser el centro de atención de todas las decisiones, por lo que el juez debe emitir una sentencia de custodia y cuidado de los menores que respete el ejercicio de la patria potestad de ambos padres. La patria potestad se trata de un conjunto de responsabilidades y derechos de cara a los hijos

no emancipados, con el objetivo de cuidar, educar, y proporcionar un desarrollo integral, junto con la defensa de sus derechos tal y como marca la Constitución y la ley.

El Código Civil (2005), establece que; la prioridad irá destinada al progenitor que cuide a los hijos impúberes, quien para ello deberá reunir una serie de cualidades que le permitan ser un buen guía para los menores, los hijos púberes tendrán el derecho de elegir a qué progenitor estar bajo su custodia y el Juez respetará esta decisión, siempre y cuando no se vean afectados los valores éticos, morales, psíquicos, sociales y culturales. Si los padres se encuentran en estado de inhabilidad, el Juez entregará el cuidado a la persona que les corresponda de acuerdo al Art. 393. Además, ante cualquier prueba contundente, el acuerdo de guarda de los menores puede ser modificado por el Juez.

Según las manifestaciones normativas, hay que tener en cuenta que, ante la ausencia de un acuerdo entre los progenitores, el Tribunal determinará lo que resulte mejor para el menor, dando preferencia para el cuidado por la madre divorciada o separada, sin importar el género. Las determinaciones relacionadas a la tenencia deben cumplirse inmediatamente, incluyendo las sanciones por su incumplimiento. Las decisiones hechas por los jueces pueden cambiarse siempre que no impliquen daños psicológicos al pequeño; sin embargo, estas no se revisarán antes de los seis meses salvo que exista alguna amenaza para el infante. En caso de que el niño esté fuera del país en incumplimiento de los mandatos legales, se tomarán las medidas necesarias para su restitución, comunicándolo a los magistrados respectivos y de acuerdo con los pactos internacionales.

De conformidad con el Art. 118 del Código de Niñez y Adolescencia (2003), tanto la crianza como el cuidado de los Niños, Niñas y Adolescentes son responsabilidad parental sin alterar el sentido de la patria potestad. Esto significa que se asigna a uno de los progenitores la tenencia o custodia de los hijos, que puede ser negociada por ambas partes o impuesta por una sentencia judicial. Cuando uno de los progenitores se niega al régimen de visitas, se requerirá judicialmente su cumplimiento y se le exigirá indemnizar los posibles daños y perjuicios

causados. Si no cumple con la orden impartida, se impondrán sanciones legales.

La Constitución (2008), garantiza el derecho a la niñez de ser escuchados de forma prioritaria y que su interés superior se tome en cuenta, por parte del Estado, la sociedad y la familia. El Art. 44 de tal documento prescribe que todos los sectores responsables deben promover el desarrollo pleno de los niños y adolescentes, y asegurar el libre ejercicio de sus derechos.

### **Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes**

El bienestar de los niños, niñas y adolescentes debe ser el eje principal en todos los procesos en los que participen. Los Derechos de la Niñez están reconocidos universalmente desde 1924 con la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños aprobada por la Sociedad de Naciones, hasta la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989. Esta Convención es el Tratado internacional con el mayor número de Estados firmantes, demostrando el gran apoyo global a la defensa de los Derechos Humanos de las niñas, niños y adolescentes.

Antes de la Convención, los derechos de los menores prácticamente eran desconocidos por el sistema jurídico, por lo general solo se tenía en cuenta dos partes, los padres. Esta situación se originó en los sistemas anglosajones, que consideran que los conflictos familiares son manejados mejor de manera privada. En 1924, la Convención de Ginebra adoptó por primera vez los derechos de los niños y niñas en el contexto internacional, estableciendo la obligación de darles lo mejor y la frase “primero los niños”.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos promulgada en 1948 supuso implícitamente los derechos de los niños como fuente de todos los derechos de la humanidad. Posteriormente, en 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró los Derechos de los niños y niñas, donde se estableció que el interés superior del niño debe orientar a los padres, tutores y responsables en cuanto a todo aquello que le sea más favorable, también otorgando al niño el pleno derecho de desarrollarse física, mental, moral,

espiritual y socialmente en condiciones de libertad y dignidad. Se enlistó también la obligación de promulgar leyes para asegurar estos derechos.

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), proclama el principio del interés superior del niño, respaldado además por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 44. El Código Nacional de Niñez y Adolescencia (2003) lo define como el principio por el cual se debe tomar en cuenta la protección de los derechos conjuntos de los niños, niñas y adolescentes. Esto garantiza un equilibrio entre los derechos y deberes de los menores de edad teniendo en cuenta la diversidad étnica y cultural. Asimismo, toda persona ajena debe escuchar la opinión de los niños y jóvenes involucrados antes de tomar cualquier decisión o acciones basadas en el principio del interés superior del niño.

La Convención sobre los Derechos de los Niños (1989), propone el principio del Interés Superior del Niño, demandando que el bienestar de los menores de edad siempre se mantenga en primer lugar cuando se evalúen cualquier medida adoptada por entidades públicas o privadas, tribunales, autoridades administrativas o órganos legislativos. Esta convención indemniza los derechos de los niños, niñas y adolescentes igual a los de los adultos, abriendo un nuevo sistema de defensa y apoyo para el desarrollo de sus derechos como prioridad en la sociedad, reemplazando la antigua consideración centrada en los adultos.

Según manifiesta Hector Ramos (2014), desde 1992 se han dado mejoras en la legislación para garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Estas leyes han progresado a partir de los Códigos de Menores y de la Niñez y la Adolescencia, así como sus respectivas modificaciones, siendo el objetivo principal colocar a dicha franja etaria en los niveles más altos de los derechos y asegurar que todas las decisiones que se tomen en su favor apunten a mejorar su desarrollo integral y bienestar.

Para salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se debe evaluar meticulosamente la situación completa en un contexto jurídico. Esta evaluación incluye los dos elementos principales de un concepto central jerárquico de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, así como

una estructura normativa propia para su aplicación. La apreciación de tal evaluación debe pasar por un conocimiento detallado de las condiciones sociales, como la determinación de edad para la niñez y la adolescencia y las prácticas legales, económicas y sociales que las acompañan. Según Murillo Katherine; Banchón Jennifer & Vilela Wilson (2020), el Principio del Interés Superior del Niño, entonces, se presenta como un reto para la jurisprudencia, ofreciendo una flexibilidad para adaptar los procedimientos legales a la situación que se presente.

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), ratifica el principio de Interés Superior del Niño como el fundamento en la vida jurídica y social de los niños, niñas y adolescentes. Tal principio es de obligación pública y privada y cumple diversas funciones como orientar, regular, interpretar normas, proporcionar directrices y establecer prioridades, con el objetivo de maximizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes con la mínima interferencia posible, tomando en cuenta la relevancia de cada uno de los mismos.

Según Murillo Katherine; Banchón Jennifer & Vilela Wilson (2020), el Principio de Interés Superior del Niño procura el respeto y la protección de los derechos de los niños en todos los ámbitos. Esto significa que aquellos implicados en la toma de decisiones considerarán de manera sistemática la interpretación de los derechos infantiles para que aquellos sean garantizados. Es responsabilidad de los países signatarios velar por el cumplimiento de esta normativa para asegurar que los derechos de los niños sean efectivos.

según Marco Silva (2020), en el Ecuador, la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ha contribuido grandemente a la transformación del derecho interno y ha sido aceptada por otros Estados. Estas medidas tienen como objetivo garantizar de forma progresiva los derechos de la infancia y reconocer a los niños como sujetos de derechos, evitando así considerarlos como simples objetos de derechos, como se solía hacer en el pasado.

Es imprescindible destacar que, el juez y cada autoridad que pertenece al sistema de administración de justicia ecuatoriano, deberían llevar en consideración la aplicación de los demás

principios contenidos en la Convención (1989), (sin desviarse del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes) para lograr que sus decisiones sobre casos en los que estos se vean involucrados sean tomadas con alta certeza.

Según Marco Silva (2020), los principios de derecho internacional reconocidos proporcionan una respuesta a los conflictos de derecho. En esta luz, el principio de interés superior del niño se evalúa de forma única con respecto a los derechos de los niños y sirve como orientación para interpretar otros artículos de la Convención así como en diversos instrumentos de derecho nacional. Es necesario asegurar el respeto y la aplicación de principios internacionales, ratificados por el Estado ecuatoriano, con el fin de proteger el interés superior del niño. En primer lugar, se debe especificar que el interés superior del menor de edad debe ser considerado desde una perspectiva garantista que tenga el propósito de asegurar el cumplimiento pleno de los derechos subjetivos del niño.

Según manifiesta Murillo Katherine; Banchón Jennifer & Vilela Wilson (2020), el principio del interés superior del niño no está limitado a normas o decisiones legales o judiciales, sino que también se extiende a las autoridades e instituciones públicas a través de la formulación de políticas públicas asegurando así el respeto de la familia del niño. Por lo tanto, la representación legal de los padres sobre sus hijos está limitada por los derechos de los niños bajo ese marco de principios.

Por el contrario, el interés superior del niño pautaado por la Convención de los Derechos del Niño (1989), debe ser el último recurso a tener en cuenta para dar solución a conflictos referidos a otros derechos o sujetos de derechos, pues dicho principio ofrece la mejor protección a los derechos infantiles, y su supremacía no admitiría limitaciones o restrictivas de tales derechos por encima de los intereses colectivos.

El Art. 14 del Código de la Niñez y la Adolescencia (2003), establece que se debe prestar prioridad al bienestar superior del niño, niña o adolescente, asegurando que se les dé la oportunidad de expresar su opinión. De esta manera, todos los interesados deberán tener en cuenta la opinión de la infancia, previamente a cualquier decisión que los afecte,

siempre y cuando se encuentre en condiciones de hacerlo. Esta disposición contribuye a proteger de manera activa los derechos de la infancia, asegurando que la opinión de los niños, niñas y adolescentes tenga prioridad en situaciones en las que sean partes.

### III. DISCUSIÓN

Los medios alternativos para solución de conflictos, han sido una implementación eficaz y eficiente en el sistema de justicia ecuatoriano. Sin embargo, todavía tiene vacíos sobre que tipos de materias pueden ser ejecutadas bajo los procesos de mediación. En el tema que se analiza, al hablar de niñez y adolescencia, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, establece la posibilidad de resolver los conflictos referente a los Derechos y obligaciones de los padres para con los hijos, sin embargo, no especifica cuales son los actos jurídicos que pueden ser transigibles. En este sentido, el Art. 294 establece textualmente que. *“La mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y adolescencia”*.

La frase todas las materias transigibles, resulta ser muy amplia y deja abierta la posibilidad, para que tanto el justiciable como el juzgador puedan interpretar a su arbitrio la norma, por lo que, se entiende que en materia de niñez y adolescencia las actuaciones son susceptibles de ser ejecutadas por Mediación, teniendo en cuenta la pequeña prohibición que manifiesta el articulado y es que no se vulneren los Derechos del niño. En este sentido, el Art. 106 y 118 del Código Orgánico de la Niñez y adolescencia, plantean ciertas reglas que se deben respetar al momento de confiar la patria potestad y la tenencia.

Por ende, si la norma permite que en materia de niñez se agiliten los procesos por medio de la aplicación de métodos alternativos para la solución de conflictos, las prohibiciones a estos métodos serán aquellas que establecen el alcance, límites y Derechos que deben aplicarse a la hora de acordar la tenencia y patria potestad de los menores de edad. De tal manera que, quien ejecuta la función de mediador, debe verificar si las pretensiones de los solicitantes son procedentes y se encuentran en el marco de la ley para que se llegue a un convenio.

En este sentido, es necesario determinar según la legislación ecuatoriana cuando nos encontramos frente a materias transigibles, tomando en consideración el constitucionalismo moderno que está presente en la legislación ecuatoriana, debemos asegurar que el procedimiento de mediación se lleve a cabo respetando los derechos y garantías establecidos en la Constitución, con el objetivo principal de proveer el cumplimiento del Art. 82 en cuanto a la Seguridad Jurídica.

Como es evidente, la mayor falencia que presentan los métodos alternativos para solucionar conflictos, es los vacíos normativos que aun contempla la norma que los regula, en cuanto a determinar que materias son susceptibles de tales figuras jurídicas, para lograr el fortalecimiento de la mediación a nivel nacional, la implementación de diferentes infraestructuras y el reclutamiento de talento humano es solamente el primer paso. También se requiere que se determinen y especifiquen los diferentes temas susceptibles de ser medidos al nivel nacional con el propósito de unificar el criterio acerca de la transigibilidad en las oficinas de mediación y de esta manera otorgar seguridad jurídica en relación a la prestación de este servicio.

Ahora bien, según Violeta Badaraco (2016), cuando hay disputas relacionadas con derechos privados entre partes involucradas, es la autonomía de la voluntad lo que permite que elijan libremente la forma de abordar el conflicto. Las partes tienen la opción de recurrir a diferentes sistemas para su resolución, y si el conflicto es de naturaleza indisputable, la única salida será la vía de la jurisdicción ordinaria, es decir, como bien se menciona en párrafos anteriores la mediación tiene como principal característica y principio la voluntariedad de las partes, sin aquella, la práctica de la mediación, es imposible para conseguir un acuerdo en garantía de los Derechos de los menores.

La doctrina proporciona el marco para identificar qué materias son susceptibles de solución judicial. Depende del usuario del sistema de justicia elegir el medio apropiado para resolver su disputa, pero los conflictos que involucren derechos están sujetos a la jurisdicción plena del órgano judicial, y los conflictos intrapersonales,

enfocados en las relaciones de voluntades entre particulares, pueden ser bilateralmente determinados por un acuerdo. La Constitución del Ecuador, en el Art. 190 reconoce el empleo de métodos alternativos para resolver los conflictos y afirma que estas formas se podrán aplicar para aquellos temas, en los cuales sea posible alcanzar un acuerdo. De la misma manera, el Art. 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece el concepto de mediación, mencionando que el acuerdo debe tratar sobre el tema susceptible de transacción.

Conforme la disposición de la norma, garantiza la aplicación de la figura jurídica en análisis, sin embargo, de aquí nace la interrogante de ¿qué asuntos son susceptibles de ser abordados en el marco de la normativa sobre mediación?. Esta cuestión no está claramente determinada en el contexto jurídico ecuatoriano, motivo por el cual los Centros de Mediación han quedado con la libertad de decidir qué materias y temas pueden ser negociados por medio del proceso de mediación. Esto provoca que los usuarios del sistema de mediación experimenten incertidumbre e inseguridad jurídica, puesto que unos centros pueden aceptar tratar algunos casos y otros no, en función de si son o no transigibles.

En Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación ha estado vigente durante más de 20 años, lo que ha permitido brindar estos servicios por parte de los Centros de Mediación Públicos y Privados, así como los mediadores independientes, los cuales han atendido en diferentes casos, materias y asuntos, basándose en protocolos internos adoptados por estos. No obstante, el Consejo de la Judicatura no ha verificado si las materias en las cuales fungue este medio zona adecuadas para garantizar los Derechos de los niños, niñas y adolescentes.

De acuerdo con lo que establece el Código Civil acerca de la transacción, es preciso concretizar las cláusulas referidas a la materia transaccional para determinar cuáles son los temas susceptibles de transacción, es así que, el Art. 2348 establece que la transacción es un acuerdo entre las partes para poner fin a una inconformidad existente o para prevenir un posible conflicto. Por lo tanto, según manifiesta la propia norma, no es una transacción aquel acto que sólo implica la renuncia a un derecho que no sea objeto de la disputa. Además, el

Art. 2349 señala que no se puede transigir a menos que la persona esté capacitada para disponer de los objetos que forman parte de esta transacción, por lo tanto, en este acto deberá especificarse la naturaleza de los objetos, derechos y acciones involucrados en el acuerdo de la transacción.

Es esencial acordar los límites, en cuanto al alcance de la mediación para garantizar que los Centros de Mediación trabajen dentro de los límites establecidos por la Constitución y la Ley, y de esta manera evitar crear actas de mediación que vayan en contra de ambos. Por lo tanto, hay que entender, que los derechos fundamentales garantizados bajo el Estado constitucional ecuatoriano a la hora de comprender qué materia es transigible o no. Esto se debe a que existen factores que impiden la transigibilidad de ciertos asuntos, por lo que no todos los temas son susceptibles a ser tratados a través del procedimiento de mediación. Por ello, es importante considerar la individualidad de cada caso para determinar si las materias implicadas son transigibles o no.

Por lo tanto, aunque la norma garantice el tema de la mediación como una herramienta esencial para garantizar la celeridad en la justicia, es importante tener en consideración que, la mediación no es una herramienta eficaz para todos los casos de conflicto o litigio, dado el amplio rango de derechos, obligaciones, relaciones jurídicas e incluso tipos penales, los cuales no permiten su utilización en función del ámbito marcado por derecho. Por ende, no es posible recurrir a la mediación, dado que las partes no tienen el poder pleno y exclusivo sobre esas situaciones.

Desde esta perspectiva, hay situaciones que trascienden la posibilidad de llegar a un acuerdo por medio de la mediación, en la medida que pueden requerir una intervención estatal o no pueden modificarse. Será útil dilucidar si situación incluye un contexto jurídico material con derechos que protejan la situación, de forma que éstos prevalezcan desde un enfoque constitucional, sobre las opiniones y deseos de los involucrados en una audiencia de mediación.

Por ejemplo, en el caso de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar, no es posible acordar ni transigir los casos de violencia dentro de la familia, salvo cuando se permita por uno de los

lados implicados, y se trate únicamente de temas colaterales derivados de ésta violencia, como por ejemplo derecho patrimoniales y la situación de los hijos, según establece el Art. 11 del Reglamento de la Ley de Violencia contra la Mujer y la Familia. Es la misma norma que establece tal prohibición de transigir, por lo cual se asegura la Seguridad Jurídica en el ámbito de violencia.

Por el contrario, de acuerdo con el Código de la Niñez y Adolescencia, la protección del interés superior del niño es un criterio indispensable de interpretación cuando se toman decisiones y acciones que le afectan, lo cual, implica el compromiso obligatorio de todas las autoridades administrativas, judiciales, las instituciones públicas y privadas de mantener un equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, de tal manera que promueva la realización de sus derechos y garantías fundamentales, siempre escuchando la opinión de tales niños, niñas y adolescentes que se encuentren en condiciones de emitirla.

El Art.106 del Código de la Niñez y Adolescencia establece seis normas para conceder la patria potestad, el Art. 325 del Código Civil dice que el consentimiento de la adopción resulta en la pérdida de la patria potestad. Por otra parte, el Art. 118 del mismo cuerpo legal dispone que cuando exista un conflicto de intereses respecto de la tenencia, el juez determinará el cuidado y crianza del niño, niña o adolescente considerando criterios de desarrollo integral apropiados para el sujeto de protección, lo que previamente requiere la presentación de una controversia por parte del interesado/a para la exigencia total de la tenencia.

Por otra parte, la Ley de Arbitraje y Mediación establece que la mediación es un procedimiento orientado para llegar a un acuerdo entre las partes involucradas, a través de la asistencia de un tercero neutral. Se llega a un acuerdo que se firma en forma de acta, que puede ser parcial o total, o en el caso de que no sea posible, dicha imposibilidad, por lo tanto, los centros de mediación públicos como privados deben contar con un lugar apropiado equipado de los elementos necesarios para llevar a cabo las audiencias.

Con relación a cuestiones relacionadas a menores y alimentos, son susceptibles de acuerdos

en mediación, la Corte Nacional de Justicia en una absolució de consulta en materia de niñez y adolescencia (2021), estableció que, un acuerdo de mediación, una vez que se ha suscrito el acta de mediación, tendrá la fuerza de una sentencia sin que el juez de la ejecución pueda aceptar excepciones. Si el acuerdo no se cumple, serán las juezas y jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia los encargados de pronunciarse de acuerdo a lo establecido por los artículos 363 y 364 del Código Orgánico General de Procesos.

De la misma absolució de consulta, nace las recomendaciones que la Corte Nacional, realiza a los centros de mediación, sugiriendo que los centros de mediación tanto públicos como privados estarán capacitados y obligados a lidiar con acuerdos existentes y extrajudiciales entre los progenitores concernientes al cuidado de niños y adolescentes, según lo estipulado por el art. 106, n° 1 del Código de la Niñez y Adolescencia. Aún así, de no cumplirse con los acuerdos, equipos técnicos estarán presentes para escuchar la opinión de los niños, niñas y adolescentes, siendo a partir de allí la responsabilidad de la Juezas y Jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia activar un proceso judicial para la ejecución de estos acuerdos, tal como sugiere el COGEP según su Art. 363.

Por lo tanto, la norma garantiza que la mediación se pueda aplicar en los procesos de tenencia, con el fin de mejorar la celeridad en los procesos y sobre todo disminuir la carga procesal de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, altera la seguridad jurídica, causando incertidumbre y duda respecto de que materias o en que casos se puede transar los conflictos referentes a la tenencia de los menores, es menester recordar, que cada causa es diferente y viene compuesta por cuestiones que le hacen mas complicadas de resolver.

La mediación es considerada como una manera de resolver conflictos, y como un servicio que se utiliza para mantener los derechos enumerados en la Constitución y otros acuerdos internacionales, es una alternativa para ganar acceso a la justicia. No obstante, hay una ley que, aunque generalizada, no determina o explica exactamente cuáles materias pueden ser sometidas a este procedimiento, generando una cierta inseguridad jurídica entre los usuarios de este servicio público. Al mismo

tiempo, la materia transigible es discrecional para cada Centro de Mediación en el país.

La Corte Constitucional en la (Sentencia No. 067-14-SEP-CC, 2014), establece que, la Constitución de Ecuador asegura una adecuada seguridad jurídica a todas las personas al establecer los procedimientos jurídicos necesarios para garantizar su derecho a un trato armonizado con la ley, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Constitución. Esto proporciona a la ciudadanía la certeza de que, tanto por condiciones positivas o por omisiones, no estarán expuestos a sanciones incompatibles con dichas normas, siendo fuente de confianza para todos los Ecuatorianos.

Por otra parte, en la (Sentencia No. 045-15-SEP-CC, 2015), la Corte Constitucional señaló que, el ejercicio de interpretación del texto constitucional evidenció que el derecho a la seguridad jurídica es el fundamento del respeto que merecen las autoridades públicas para con los usuarios. Esta seguridad consiste en el respeto estricto por la ley y la Constitución, la cual debe ser respetada en todo momento de forma que no exista el peligro de que personas, pueblos o colectivos sufran por el incumplimiento de las mismas. Además, el reconocimiento de este derecho garantiza el acceso a la justicia, permitiéndole al titular de este derecho exigir una reparación adecuada cuando este haya sido vulnerado.

Por lo tanto, la seguridad jurídica asegurar la dignidad de los miembros de una comunidad, requiere la implementación de los derechos humanos básicos, pero también la aplicación de los procedimientos adecuados que permitan que la gente conozca estos derechos y los utilice plenamente, de este modo se alcanzará la justicia y la equidad social. En este aspecto, el Estado es fundamental, ya que da a la población todos los recursos necesarios para disfrutar de los derechos fundamentales y reforzar su confianza en la estructura del gobierno, especialmente en la entidad de la justicia.

Tomando la palabras de Jorge Zabala (2010), manifiesta que la seguridad jurídica implica dos aspectos principales: uno estructural y objetivo que se refiere al sistema legal, sus normas y sus instituciones; y una faceta subjetiva, que involucra a los individuos obligados por el sistema jurídico, lo

que les permite obtener una comprensión clara de las posibles consecuencias de sus propias acciones y las de otros, junto con la comprobación de lo que está permitido o prohibido por el orden jurídico.

Desde esta óptica, la mediación como un servicio al público se esfuerza por brindar seguridad a las personas, generando un ambiente de confianza al momento de solicitar el servicio, garantizando sus derechos otorgados por la Constitución y estableciendo que las decisiones reflejadas en las actas de mediación se llevarán cumplimiento en caso que sea necesario. Es fundamental que no solo se fortalezca el servicio de mediación a nivel nacional dotándolo de una estructura física y humana sino que también es necesario que se identifiquen los asuntos que estarán sujetos a esta modalidad en todas las oficinas de Mediación del Sistema Judicial. Se debe establecer un criterio único en todo el país con el fin de que estos servicios se presten con seguridad jurídica.

El presupuesto de seguridad con un enfoque sistémico está destinado a garantizar y proteger los derechos humanos y las libertades, por ende, en un Estado de derechos y justicia, la seguridad no debe ser considerada solo una forma de protección ante la delincuencia, sino también un modo de proporcionar un entorno para la convivencia armoniosa de aquellos que habitan la sociedad y viven en condiciones de igualdad y justicia. El principio por el que rigen los medios alternativos de solución de conflictos converge al de lograr una mejora en el funcionamiento del sistema judicial, a través de la creación de confianza en las instituciones, garantizando así los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El ideal que se plantea con la nueva constituyente, es el acceso equitativo a la justicia, la protección y garantía de los Derechos es el principal objetivo del Estado, razón por la cual el órgano regulador decide implementar nuevos métodos para el acceso a la justicia pronta y rápida, sin embargo, el legislador no llenó todas las exigencias del caso que eran necesarias para asegurar que la norma sea completa y regule con calidad los procesos de mediación, por lo que, la existencia de un vacío normativo vulnera la Seguridad jurídica al existir oscuridad en la norma, ya que, una de las características de la seguridad jurídica, es que

la norma sea clara, si la norma deja a la mano una interpretación judicial puede tornarse mas complicada la resolución de conflictos.

La norma es susceptible de interpretación y existen normas complementarias como el ejemplo que se dio en un principio sobre la prohibición de mediar los conflictos de violencia de mujer y miembros del núcleo familiar, de igual manera el COIP establece tal prohibición ante la pérdida del Derecho a la vida de un sujeto de Derechos, sin embargo, el Código de la Niñez y la Adolescencia se rige por los presupuestos del Código Civil en cuanto a que la transacción

Del Art. 2348, pero deslinda la necesidad de establecer los casos, prohibiciones y limitaciones con respecto a la tenencia y su susceptibilidad de mediar.

El Estado debe propiciar un pleno efectivo acceso a la justicia no solamente tratándose del ámbito de la justicia ordinaria, sino también de la justicia indígena y métodos alternativos para la solución de conflictos, porque todos los sistemas de justicia que garantiza el sistema judicial ecuatoriano, tienen el mismo objetivo en cuanto a la garantía y protección de Derechos, por lo tanto, debería permitir que los ciudadanos puedan llegar al sistema judicial sin obstáculos, garantizar un servicio de justicia ágil, permitiendo que los pronunciamientos judiciales sean equitativos sin demoras y asegurar que los ciudadanos sepan cómo ejercer y exigir sus derechos con conocimiento de causa, entendiendo el acceso a la justicia como un derecho con la responsabilidad que implica para el Estado garantizarlo.

Es evidente que la mediación es un camino hacia la justicia, por lo que el Estado debe garantizar la aplicación de todas las herramientas indispensables para que el acceso a la justicia sea efectivo, lo cual, exige que todos los obstáculos sean removidos, como la incertidumbre ante los temas transigibles susceptibles al proceso de mediación. Con esta base, se deberá asegurar que el acceso a la justicia a través de la mediación sea efectivo, estableciendo en detalle los temas que pueden ser transigibles y, por lo tanto, objeto del procedimiento de mediación., permitiendo además la uniformización del servicio dentro de las normas jurídicas ecuatorianas.

De esta manera, todos los ciudadanos que deseen aplicar a este mecanismo tendrán una idea clara y segura de cuáles conflictos deben ser llevados a juicio y cuáles se pueden resolver por la vía extrajudicial. Es importante distinguir entre lo que se puede hacer dentro del contexto de garantía de los derechos, tanto en el ámbito público como en el privado. Esto se debe a los límites de autonomía de voluntad y libertad de disposición que determinan qué temas son discutibles, por lo tanto, se constituye como un requisito indispensable para establecer las materias que se pueden tratar.

En el contexto del constitucionalismo moderno, la mediación ya no puede recurrir únicamente a la ley, la autonomía de la voluntad y la libertad de disponer, ya que la Constitución requiere la aceptación de un nuevo modelo basado en el respeto y la preservación de los derechos. El principio constitucional de la Seguridad Jurídica, se contrapone al vacío legal existente en la Ley de Arbitraje y Mediación. Por ello, es preciso crear un título únicamente dirigido al proceso de mediación familiar, que contemple situaciones de conflicto que bien podrían ser resueltas con la ayuda de un tercero neutral. Estas situaciones incluyen (pero no se limitan a) disputas por la percepción de alimentos por parte de los cónyuges, cuestiones patrimoniales subsiguientes a un divorcio, daños y perjuicios originados por la relación entre los distintos miembros de una misma familia, problemática surgida entre cuidadores de menores, afectados por enfermedad terminal o con discapacidad, etc.

#### IV. CONCLUSIONES

En el sistema de justicia los métodos alternos de resolución de conflictos han cobrado una expresión sumamente importante, más aún la mediación. De esta forma es posible optar por una solución más rápida evitando en gran medida que las personas tengan que sucumbir a disputas procesales. La mediación familiar está diseñada para suministrar un diálogo conciliador entre las partes involucradas, lo que ayudará a redefinir y resolver los problemas de índole familiar.

La mediación es una de las formas de resolución de conflictos más exitosas en las sociedades actuales debido a que no solo resuelve los conflictos

satisfactoriamente, sino que además tiene la importante característica de que es una forma más rápida de resolver controversias, con esta figura jurídica se obtienen soluciones en un plazo muy corto de tiempo y con un costo menor para el usuario. En materia familiar son en su mayoría gratuitas y cumple con el objetivo de llegar a un acuerdo que satisfaga a las partes involucradas.

De la investigación se infiere que, la tenencia claramente es un aspecto que al ser resuelto por mediación significa muchas ventajas para las Niñas, Niños o Adolescentes en conflicto debido a que se evita la incomodidad del litigio y se busca siempre una solución partiendo del común acuerdo de los padres con la intención de garantizar ante todo su bienestar. Es importante comprender el papel del mediador en la mediación familiar. Se requiere la guía de un tercero imparcial para proponer y alcanzar una solución satisfactoria, saber responder de la manera más idónea y pacífica ya que está fuera del ámbito del conflicto y puede orientar la mediación familiar de manera justa.

La mediación es una herramienta jurídica reconocida mundialmente gracias a sus características únicas de confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, flexibilidad y, en esencia, la voluntariedad. Esta última significa que las partes voluntariamente deciden someter su conflicto al proceso de mediación sin ninguna coacción del Estado o influencia de terceros. En un Estado donde la justicia y los derechos son fundamentales, no todos los conflictos pueden ser abordados a través de mediación, debido a que los derechos constitucionales restringen la posibilidad de transigir. Cada caso debe ser tratado de forma única y diferenciada, entendiendo si se trata de un caso en el que hay implicados derechos o bien si se trata de un asunto exclusivamente privado basado en la libertad de acordar entre las partes.

Por lo tanto, de la investigación se extrae que existe un vacío y falta de certeza en la norma que regula la mediación en temas de tenencia y patria potestad, ya que, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia garantiza la aplicación de los métodos alternativos para solucionar conflictos, sin embargo, unciamente establece que se proceda con aquellos que sean transigibles y es ahí donde se genera la duda tanto para el justiciable como para

el juzgador y el mediador, porque no se entiende con exactitud que casos son transigibles y es por ello que se analiza la complementariedad de las disposiciones normadas en el Código Civil en cuanto a la transacción, entendiendo que esta decisión es un contrato que se rigue por la voluntariedad de las partes unciamente cuando no se afecten los Derechos de ambos.

En este sentido, se concluye que la norma al no ser clara, vulnera el Derecho a la Seguridad Jurídica, porque deja abierta la posibilidad a varias interpretaciones que en su momento pueden causar perjuicio a los Derechos de los niños, niñas y adolescentes, si la norma no es clara no se le brinda certeza al justiciable sobre la garantía y protección de sus Derechos, por lo que sea indispensable que se tome en cuenta las investigaciones para la creación de presentendes que completen el tema de la mediación en el ámbito de la materia de niñez y adolescencia.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, E. (2017). *El interés superior del niño y la custodia compartida*. Ambato: Repositorio de la Universidad Técnica de Ambato. Retrieved from <https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/24712/1/FJCS-DE-991.pdf>
- Aguilar, B. (2019). La Tenencia como atributo de la Patria Potestad y la Tenencia Compartida. *Derecho y Sociedad*, 191-197. Retrieved from <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17425>
- Aguirre, R. (s.f). *Tenencia de menores en el Ecuador*. Quito: Gráficas Cárdenas. Retrieved from <https://biblioteca.uazuay.edu.ec/buscar/item/57764>
- Asamblea General de la ONU. (1948, Diciembre 10). Declaración Universal de Derechos Humanos, resolución 217 A (III).
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008, octubre 20). Constitución de la República del Ecuador. *Decreto Legislativo o. Registro Oficial 449. Última modificación: 25-ene.-2021.*

- Montecristi, Ecuador. Retrieved from [https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador\\_act\\_ene-2021.pdf](https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf)
- Asamblea Nacional de Ecuador . (2005). *Código Civil*. Quito: (Codificación No. 2005-010. Retrieved from [https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/05/Codificacion\\_del\\_Codigo\\_Civil.pdf](https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/05/Codificacion_del_Codigo_Civil.pdf)
- Asamblea Nacional del Ecuador . (2006). *Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador*. Quito: Registro oficial 417.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2003, enero 3). Código de la niñez y adolescencia. Quito: Registro Oficial 737. Retrieved from [https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/05/Codigo\\_de\\_la\\_Ninez\\_y\\_Adolescencia.pdf](https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/05/Codigo_de_la_Ninez_y_Adolescencia.pdf)
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2015, 5 22). Código Orgánico General de Procesos. *Registro oficial Suplemento 506*. Quito, Pichincha, Ecuador. Retrieved from <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2017/01/CODIGO-ORGANICO-GENERAL-PROCESOS.pdf>
- Badaraco, V. (2016). *La Mediación en el Régimen de Visitas*. Guayaquil: Biblioteca Jurídica.
- Bossart, G., & Zannoni, E. (2004). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea. Retrieved from <https://fundacion-rama.com/wp-content/uploads/2022/04/2514.-Manual-de-derecho-de-familia-Bossart-y-Zannoni.pdf>
- Cervantes, L. (2013). *La mediación familiar en los casos de divorcio en el cantón Ibarra*. Ibarra: Repositorio de la Universidad Técnica del Norte. Retrieved from <http://repositorio.uta.edu.ec/handle/123456789/2175>
- Cherres, S. (2015). *Mediación en casos de conflicto de tenencia en niños, niñas y adolescentes*. Quito: Repositorio de la Universidad Técnica de Ambato. Retrieved from <https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/9405/1/FJCS-POSG-055.pdf>
- Consejo de la Judicatura. (2021). Guía sobre el Interés Superior de la niñez. Quito, Ecuador: Consejo de la Judicatura. Retrieved from <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Gu%C3%ADA%20inter%C3%A9s%20superior%20del%20ni%C3%B1o%202021.pdf>
- Corporación de Estudios y Publicaciones. (2005). *Código Civil*. Quito: Talleres de la corporación de Estudios y Publicaciones. Retrieved from [https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/05/Codificacion\\_del\\_Codigo\\_Civil.pdf](https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/05/Codificacion_del_Codigo_Civil.pdf)
- Corte Nacional de Justicia . (2021). *Absolución de consulta* . Quito : 33-2021-P-CPJP-YG.
- Egas, J. Z. (2010). Teoría de la seguridad jurídica. *Iuris Dictio*, 14. doi:<https://doi.org/10.18272/iu.v12i14.709>
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (20 de noviembre de 1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York: UNICEF COMITÉ ESPAÑOL. Obtenido de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- García, I. (2013). *La patria potestad*. Madrid: Dykinson. Retrieved from <https://www.dykinson.com/libros/la-patria-potestad/9788490316047/>
- López, R. (2019). Interés Superior de los Niños y Niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 51-70. doi:<https://doi.org/10.11600/1692715x.1311210213>
- Murillo, K., Banchón, J., & Vilela, W. (2020). El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano. *Universidad y Sociedad*, 385-392. Retrieved from [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2218-](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-)

- 36202020000200385&lng=es&nrm=iso>
- Peralta, S. (2019). *Análisis de la Tenencia Compartida a la luz de los Enfoques Interdisciplinarios en el Proyecto de Reforma de la Ley al Código ORgánico de la Niñez y Adolescencia [tesis de Maestría]*. Quito: Repositorio PUCE. Retrieved from <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/18453/TESIS%20PERALTA%20ARMAS%20SERGIO%20XAVIER%20%28F%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ramos, H. (2014). *Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres*. Quito: Repositorio de la Universidad Central del Ecuador. Retrieved from <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/4143/1/T-UCE-0013-Ab-275.pdf>
- Saldaña, J. (2017). *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 251-269. Retrieved from <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3835/16.pdf>
- Sentencia No. 045-15-SEP-CC, EP - Acción Extraordinaria de Protección (Corte Constitucional 25 de febrero de 2015).
- Sentencia No. 067-14-SEP-CC, EP - Acción Extraordinaria de Protección (Corte Constitucional 9 de Abril de 2014).
- Silva, M. (2020). *El desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes y la tenencia compartida en Tunguragua*. Ambato: Repositorio de la Universidad Tecnica de Ambato. Retrieved from <https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/31335/1/FJCS-POSG-199.pdf>
- Suin, K. (2016). *La Tenencia Compartida: Solución o Conflicto [Tesis de Maestría]*. Cuenca: Repositorio de la Universidad de Cuenca. Retrieved from <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/23668/1/tesis.pdf>
- Zurita, L. (2012). *La Mediación Familiar En El Ecuador*. Quito: Repositorio de la Universidad internacional SEK del Ecuador. Retrieved from <https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/86/1/La%20mediaci%C3%B3n%20familiar.pdf>