

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

La intervención de los niños, niñas y adolescentes en el proceso de mediación familiar: ¿una facultad o una obligación?

ANA CRISTINA ESPINEL RODAS

DERECHO

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

Quito, 20 de noviembre de 2020

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Ana Cristina Espinel Rodas

Código: 00125408

Cédula de identidad: 0105782510

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2020

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

LA INTERVENCIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN FAMILIAR: ¿UNA FACULTAD O UNA OBLIGACIÓN?¹

THE INVOLVEMENT OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN THE FAMILY MEDIATION PROCESS: A FACULTY OR AN OBLIGATION?

Ana Cristina Espinel Rodas²
anacristinaespinel@gmail.com

RESUMEN

Al hablar de mediación familiar, uno de los temas más importantes está relacionado a las decisiones que envuelven a los hijos y la intervención de los mismos dentro del proceso, puesto que el escucharlos es un derecho consagrado en las leyes ecuatorianas. Por lo mismo, el presente ensayo tiene como objetivo analizar si la participación de los niños, niñas y adolescentes debería ser obligatoria o facultativa. Para la realización de este trabajo se recopilieron las ideas principales y la opinión de los expertos sobre el tema. Además, se hizo un contraste entre lo que dice la teoría frente a cómo funciona en la práctica. De la investigación realizada, se encontró que la intervención de los hijos es una práctica inusual entre los mediadores y se concluyó que su participación no debe ser obligatoria, pero sí debe existir una reforma normativa o políticas públicas, para garantizar su derecho a ser escuchados.

ABSTRACT

When it comes to family mediation, one of the most important topics is related to the decisions that implicate children and their involvement in the mediation process, because listening to them is a right embodied in the Ecuadorian constitution and the laws. Therefore, the present essay aims to analyze whether the participation of children and adolescents should be mandatory or discretionary. In order to accomplish this paper, the main ideas and the opinions of the experts on the subject were compiled, but also a contrast was made between what the theory claims and how it actually works in the practice. From the executed research, it was found that the involvement of children is an unusual practice among mediators and also, it was concluded that their participation should not be mandatory. However, there must definitely be a regulatory reform or public policies, to guarantee their rights.

¹Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Jaime Vintimilla Saldana.

²©DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

PALABRAS CLAVE

Mediación familiar, interés superior del niño, derecho a ser escuchado, intervención de los niños, niñas y adolescentes, edad y madurez de los niños, niñas y adolescentes.

KEYWORDS

Family mediation, the child's best interest, the right to be heard, child's and adolescents' involvement, age and maturity of children and adolescents.

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020
Fecha de publicación: 18 de diciembre de 2020

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO TEÓRICO.- 2.1. MARCO LEGAL.- 3. ESTADO DEL ARTE.-
4. CONCEPTO DE MEDIACIÓN.- 4.1 IMPORTANCIA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.- 5. ANÁLISIS DE LA EDAD Y MADUREZ.- 5.1 MADUREZ COMO UN CONCEPTO MEDIBLE.- 6. LEGISLACIÓN COMPARADA.- 7. RECOMENDACIONES.- 8. CONCLUSIONES.-

1. Introducción

Una de las problemáticas más frecuentes en temas de familia, se encuentra relacionada a la situación que afrontan los niños, niñas y adolescentes (NNA) cuando son parte de hogares separados, ya que, en el momento en que los progenitores han decidido tomar caminos diferentes, lo primordial es tomar las decisiones adecuadas para precautelar el interés de los niños. Por lo mismo, uno de los mecanismos más utilizados es la mediación, puesto que se considera que es una de las alternativas más constructivas. En este sentido, la mediación es considerada como una mejor elección puesto que, al ser un método autocompositivo, son las partes las que llegan a la obtención de un resultado a través del diálogo y la intervención de un tercero imparcial. Además, todo lo que se diga en el proceso y los acuerdos a los que se lleguen, tienen más incidencia en los hijos que en los padres, por eso es beneficioso considerar que los NNA sean partícipes de las reuniones, pues, se puede lograr mejores resultados y más eficaces.

No obstante, de lo ideal a lo real, existe un gran recorrido y por lo mismo, en el presente ensayo se plantea la necesidad de incorporar la opinión de los hijos dentro de la mediación familiar. Este trabajo iniciará con una breve introducción respecto de lo que se concibe por mediación y mediación familiar, por lo que es necesario tener en cuenta los artículos de teóricos y docentes que hablan del tema. Como segundo punto, se explicará la importancia de la mediación en materia de familia, y a su vez, se expondrán los beneficios de este método a través de la opinión de expertos. De igual manera, se hará un análisis respecto de la capacidad de los NNA, a fin de aclarar cómo se mide la madurez y determinar desde cuándo debe ser tomada en cuenta su opinión. En este apartado también se contará con un análisis psicológico, puesto que, el hablar de la madurez, exige la necesidad de un estudio que sobrepasa el mundo jurídico. En cuanto al último apartado, éste consistirá en la investigación de distintas legislaciones como Argentina, Suiza y Ecuador para comprender cómo funciona el proceso en diversas partes del mundo.

Para concluir, la metodología de este ensayo se enfocará en el método de la investigación documental, porque el trabajo se concentra en recopilar toda la información relevante del tema en cuestión, y de esta manera, se podrá hacer un análisis que permitirá entender si la participación de los NNA en las mediaciones familiares debería continuar siendo una facultad o debería ser una obligación. Además, esta metodología permitirá evaluar las mejoras que podrían hacerse en el proceso, a fin de velar por el bienestar y el interés superior del niño.

2. Marco Teórico

Este ensayo partirá desde la teoría del interés superior del niño, pues éste es un principio esencial y de aplicación inmediata en todos los procesos en que se hallen de por medio los NNA. Este principio se origina aproximadamente a inicios del siglo XX y desde entonces ha sido de gran importancia, ya que hace alusión al bienestar de los niños, pero, además, prevalece sobre cualquier otro suceso paralelo por el que se tenga que decidir, es decir que, toda decisión que involucre a un niño, se debe tomar partiendo desde lo que más le conviene en el caso concreto, esto de acuerdo a su edad y madurez³.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia mexicana, la participación de los NNA en los procesos envuelve una doble finalidad, ya que, al contemplarlos como sujetos de derecho, se consigue el efectivo ejercicio de sus derechos, pero también, se permite que el juez obtenga todos los elementos que son imprescindibles para formar su convicción respecto de un determinado asunto, lo que es primordial para una debida tutela al interés superior, y así evitar un conflicto de intereses⁴.

Continuando con la línea de la jurisprudencia, otra muy notable es de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), puesto que en la misma se determinaron una serie de aspectos que son de suma relevancia para la aplicación en concreto del interés superior del niño cuando se trate de situaciones familiares. En dicha sentencia se determinó que los criterios sean los siguientes: 1) Satisfacer las necesidades básicas o vitales del menor, incluyendo las de tipo espiritual, afectuosas y educativas 2) Atender a las aspiraciones, los sentimientos y opiniones de los hijos⁵.

Asimismo, el profesor Rony López afirma que uno de los criterios generales y principales para poder determinar los contenidos esenciales del interés superior del niño, es la expresión y deseos de los NNA. Rony menciona que la capacidad natural de actuación de los NNA se puede establecer a través de su grado de desarrollo intelectual y emocional, es así que, partiendo de esa idea, se puede establecer que los NNA con suficiente madurez pueden ejercer sus derechos y expresar sus deseos⁶.

³ Ver, Rony Eulalio López-Contreras, "Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido." *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* 13 (2015), 55.

⁴ Ver, Sergio Rea Granados, "Criterios actuales jurisprudenciales en México sobre el interés superior del niño/niñas." *Cuestiones Constitucionales* 40 (2019), 411.

⁵ Ver, *Id.*, 413.

⁶ Ver, Rony Eulalio López-Contreras, "Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido." *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* 13 (2015), 59.

Se puede evidenciar que este principio es de suma trascendencia para la redacción de este ensayo, puesto que al ser los niños parte de un proceso en el que sus derechos se ven en juego, es necesario que tanto los administradores de justicia como los progenitores estén seguros de que las decisiones a las que se lleguen sean las más favorables. Por lo mismo, el tener en cuenta la opinión de los NNA, podría marcar una diferencia en el proceso, sin embargo, respetando el mismo principio con el que se analiza este ensayo, se debe considerar que la opinión de los niños va de la mano junto con su edad y madurez.

2.1 Marco Legal

Para el estudio de este trabajo se analizarán tanto la normativa nacional como la internacional. En cuanto a la legislación ecuatoriana, se examinará la Carta Magna, ya que la misma promueve el desarrollo integral de los NNA, su derecho a ser escuchados y a expresarse teniendo en cuenta el interés superior del niño⁷. De igual manera, se revisarán algunos artículos del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, ya que también se enfocan en este principio, pues regulan los derechos y garantías de los niños con la finalidad de precautelar su bienestar⁸.

Por otro lado, también se hará uso de instrumentos internacionales que han sido ratificados por Ecuador, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989), misma que se enfoca en el desarrollo del niño y enfatiza la importancia de que éste sea escuchado en todo asunto que lo involucre⁹. Como parte de la normativa internacional, también se revisará la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que, en la misma, se consagra el derecho que tienen todas las personas a ser escuchadas y esto también incluye a los NNA¹⁰.

Finalmente, como parte de la Jurisprudencia se examinará la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso de *Atala Riffo y Niñas vs Chile* (24 de febrero de 2012). Dicha sentencia es importante, puesto que evalúa si la Corte Suprema de Justicia Chilena debía o no tomar en cuenta la opinión de las niñas menores de edad, antes de tomar una decisión sobre el proceso de custodia de las mismas¹¹.

⁷ Ver, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, Última Modificación el 12 de marzo de 2020.

⁸ Ver, Código de la Niñez y Adolescencia [CNA], R.O. Suplemento 737 de 3 de enero de 2002, Última Modificación el 29 de julio de 2019.

⁹ Ver, Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 5 de diciembre de 1989, ratificada por el Ecuador el 15 de febrero de 1990.

¹⁰ Ver, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Ecuador el 18 de julio de 1978.

¹¹ Ver, Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2020.

3. Estado del Arte

El análisis de la participación de los niños en el proceso de mediación familiar como un medio alternativo de la resolución de conflictos es un tema bastante actual, pero, a pesar de ser novedoso, ha tenido un amplio campo de investigación, no obstante, no existe una opinión que sea unánime al respecto, ya que, una parte de la doctrina se encuentra a favor, pero también hay quienes están en contra. Es así que muchos autores y catedráticos consideran relevante la mediación familiar, especialmente en temas de separaciones y visitas, puesto que es una alternativa beneficiosa cuando se trata de proteger el interés superior del niño.

La Dra. Ma. Elena Cobas menciona que, una parte de la doctrina considera importante la participación del niño ya que será él quien se verá involucrado por las decisiones que se tomen en el proceso¹². De igual manera, Silvia Hinojal menciona algunos prestigiosos mediadores alrededor del mundo, cuyas estrategias en cuanto al tema de mediaciones familiares, incluyen escuchar la voz del menor; por citar un ejemplo, habla de la mediadora argentina, Marinés Suares y dice: “SUARES, entrevista a los menores (sic) en un proceso de mediación, bien de forma individual o conjunta, adecuando lugar y duración a nivel de los participantes. En sus propias palabras ‘las entrevistas con toda la familia ayudan a construir y verificar hipótesis a partir de la observación directa de las interacciones¹³.’”

Continuando con la línea de autores que favorecen la participación de los NNA en el proceso de mediación, se encuentra el libro de Argudo *et al*, en el cual, se establece que la determinación del interés superior del niño se consigue atendiendo a sus necesidades y escuchando su opinión, deseos y aspiraciones. De igual manera, se menciona que, a fin de garantizar el derecho del niño, niña y adolescente a relacionarse con sus familiares, las entidades estatales deben tomarlos en cuenta al momento de fijar los procesos pertinentes¹⁴.

Por el contrario, existen otros teóricos que consideran que no es pertinente que el menor sea parte del proceso de mediación, específicamente tratándose de temas que lo involucren directamente, como es el caso de visitas. Citando nuevamente a María Elena Cobas, ella menciona que una parte de la doctrina entiende que los NNA no serán parte de la

¹² Ver, Ma. Elena Cobas Cobiella, “Mediación Familiar. Algunas Reflexiones sobre el tema.” *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho* 17 (2019), 46-47.

¹³ Ver, Silvia Hinojal López, *Wordpress*. Mediación y protección de menores en Derechos de Familia, 2013. <https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2013/12/mediacion-menores-por-silvia-hinojal.pdf>.

¹⁴ Ver, José Luis Argudo Períz, Ma. Angeles Júlvez León, Francisco de Asís González Campo, “Los menores en los procesos de mediación” en *Mediación y Tutela Judicial Efectiva. La Justicia del siglo XXI*, (Madrid: Reus, 2019), 229.

mediación, porque ello puede traer consecuencias negativas que afecten las decisiones tomadas dentro del proceso¹⁵.

Asimismo, en palabras de Esther Souto, hay mediadores que están en contra de tener entrevistas con los NNA en las reuniones, puesto que existe el riesgo de que los niños conozcan de las divergencias y por menores de los conflictos familiares en los que nada tienen que ver. Además, se corre el riesgo de que el menor reciba información que le haga sentir que tiene que hacer una elección entre los progenitores, generando así un sentimiento de culpa. Los autores que sostienen esta postura, afirman que son los NNA quienes necesitan que sus padres tomen las decisiones difíciles y no viceversa, pues los conflictos no resueltos de los padres no deben proyectarse sobre los hijos¹⁶.

Dentro de la línea de autores en contra y en palabras de Felisa-María Corvo, ella afirma que la intervención de los NNA en la mediación familiar restaría autoridad en el poder de decisión de los padres, sin mencionar que influiría en la neutralidad e imparcialidad del mediador. De igual manera afirma que en asuntos de familia, llamar a los hijos a mediación no es la solución que ellos necesitan, ya que los padres como adultos que son, saben lo que es mejor para el bienestar de sus hijos¹⁷.

Con base a lo que han mencionado todos los autores, se puede evidenciar que no existe una postura uniforme respecto de la intervención de los niños en las mediaciones familiares, ya que hay quienes aseguran que la participación del menor enriquecerá el proceso, debido a que su intervención proveerá opiniones y elementos que no han sido considerados por los progenitores. Pero, por otro lado, quienes sostienen la postura contraria, afirman que, son los padres quienes conocen a sus hijos y por lo mismo, son ellos las personas adecuadas para tomar las decisiones que consideren apropiadas, sin mencionar que el permitir la intervención de los NNA, podría causar efectos negativos en ellos.

4. Concepto de Mediación

Los métodos alternativos a la solución de conflictos son los mecanismos adecuados para resolver disputas, y entre ellos se encuentra la mediación, cuya función consiste en

¹⁵ Ver Ma. Elena Cobas Cobiella, "Mediación Familiar. Algunas Reflexiones sobre el tema." *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho* 17 (2019), 46-47.

¹⁶ Ver Esther Souto Galván *et al*, "La relevancia del interés del menor en la mediación familiar" en *Mediación Familiar*, (Madrid: Editorial Dykinson, 2012), 248.

¹⁷ Ver Felisa-María Corvo López, *Los hijos menores ante el proceso de mediación*, (Salamanca: Arazandi S.A., 2008), 406.

fomentar una convivencia social y armónica a través del diálogo¹⁸ basado en algunos principios como la voluntad, la celeridad, la confidencialidad, la buena fe, entre otros. En este procedimiento son las partes, quienes con la ayuda de un tercero imparcial (el mediador) intentan resolver las diferencias, así pues, los problemas se resuelven cuando las partes, luego de analizar los puntos de conflicto, elaboran acuerdos que vayan conforme a sus necesidades y expectativas¹⁹.

Vale la pena mencionar que la mediación es un proceso similar a la conciliación y el arbitraje, sin embargo, difieren en algunas cosas, pues tanto en la mediación como en la conciliación son las partes las que buscan la solución a su disputa a través del diálogo, no obstante, en la mediación es el tercero imparcial quien guía a las partes para llegar a un acuerdo. De igual manera, la mediación y el arbitraje coinciden en que ambos cuentan con la intervención de un tercero, sin embargo, en el arbitraje, el tercero (conocido como árbitro) sí tiene potestad para resolver el conflicto, mientras que en la mediación no²⁰.

De la misma forma es importante mencionar que, en la mediación, al no haber un juez de por medio y en concordancia con el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador, se puede mediar solo aquello que trate sobre materia transigible²¹. Es menester aclarar que, al hablar de materia transigible, se hace referencia a aquello que es renunciable, es decir que los particulares pueden renunciar y disponer derechos legalmente reconocidos, siempre y cuando, la renuncia implique únicamente el interés individual y no esté prohibida²².

En el mismo orden de ideas, el CNA en su artículo 294 menciona que la mediación procederá en materias transigibles, siempre y cuando los derechos irrenunciables de la niños y adolescentes no se vean vulnerados²³, por tanto, cabe enfatizar que los conflictos familiares que envuelven a los NNA, son aptos de llevarse en mediación, siempre que sus derechos sean respetados. De esta manera, en materia de familia procede la mediación entre personas unidas por matrimonio, unión de hecho, parejas separadas o divorciadas, con hijos en común, parentesco por consanguineidad, por afinidad, etcétera²⁴.

¹⁸ Karina Xóchil Gómez Fröde, “La Mediación en Materia Familiar. Por la Generación de una Cultura de Paz y no de Conflicto.” *Boletín Mexicano de Derecho Privado UNAM* Edición Especial (2012), 167.

¹⁹ Ver, María de Monserrat Pérez Contreras, “Mediación Familiar en el Distrito Federal. Un Acercamiento al Procedimiento y a su Regulación.” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado UNAM* 1 (2008), 937.

²⁰ Ver, *Id.*

²¹ Ver, Artículo 43, Ley de Arbitraje y Mediación. R.O. Suplemento 417 de 14 de diciembre de 2006.

²² Ver, María Nazaret Ramos Rosas, “El Daño Ambiental Per Se como Objeto de Mediación en Ecuador”, Colegio de Postgrados Universidad San Francisco de Quito, (2017), 31.

²³ Ver, Artículo 294, Código de la Niñez y Adolescencia [CNA], R.O. Suplemento 737 de 3 de enero de 2002, Última Modificación el 29 de julio de 2019.

²⁴ Ver, Karina Xóchil Gómez Fröde, La Mediación en Materia Familiar. “Por la Generación de una Cultura de Paz y no de Conflicto.” *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM* (2008), 167.

Ahora bien, muchos teóricos y académicos han intentado darle una definición concreta a la mediación familiar, no obstante, no existe un concepto que sea universal, de uno de los tantos conceptos que existen, se encuentra el de el Tribunal de Montreal, que dice:

[...] una intervención en un conflicto o una negociación por parte de una tercera persona aceptable a las partes, imparcial y neutral sin ningún poder de decisión y que pretende ayudarles a que ellos mismos desarrollen un acuerdo viable, satisfactorio y capaz de responder a las necesidades de todos los miembros de una familia, en particular las de los hijos e hijas²⁵.

De igual manera, se encuentra el concepto propuesto por la legislación española, mismo que lo define como:

Procedimiento de carácter voluntario dirigido a facilitar la comunicación entre los miembros de la familia, a fin de que gestionen por sí mismos una solución a los conflictos que les afecten con la intervención de una persona mediadora, quien actuará de forma neutral, imparcial y confidencial²⁶.

Finalmente, hay quienes la definen como aquella intervención de un tercero calificado, imparcial y sin poder de decisión, en un proceso de separación, dicho proceso se hace a petición de las partes y con el objetivo de que sean las mismas partes las que lleguen conjuntamente a una solución que tenga en cuenta a todo el grupo familiar²⁷.

Como se puede evidenciar no existe un concepto unánime, por el contrario, existe un cúmulo de nociones de lo que se entiende por mediación familiar, aun así, la mayoría de ellos parten desde una definición genérica, es decir, desde lo que se entiende por mediación y después le agregan un elemento adicional, que es el elemento “familia”. Igualmente, como lo menciona Esther Souto, existen una serie de elementos que se repiten en las definiciones como la voluntariedad, la intervención de un tercero, imparcialidad del mediador, flexibilidad en el proceso, confidencialidad, neutralidad del mediador, entre otros²⁸.

4.1 La Importancia de la Mediación Familiar

En palabras de María Elena Cobas, la mediación se trataría de un sistema moderno a la solución de conflictos suscitados en la familia, tales como una separación, el derecho de

²⁵ Esther Souto Galván *et al*, “La relevancia del interés del menor en la mediación familiar” *Mediación Familiar*, (Madrid: Editorial Dykinson, 2012), 30

²⁶ *Id.*, 32.

²⁷ *Ver, Id.*, 30.

²⁸ *Ver, Id.*, 31.

alimentos, visitas, etc. y lo que se busca a través de este proceso, es evitar a las parejas, en la medida de lo posible, las dificultades que conllevan las separaciones y divorcios, sin mencionar los perjuicios que se generan para los hijos. Es indudable que la situación familiar, económica, afectiva y personal cambia para todos los miembros, y por lo mismo, el objetivo de la mediación familiar es evitar la insatisfacción que el resultado final de los procesos contenciosos genera²⁹.

De igual manera, al momento de iniciar con el proceso de mediación que tiene de por medio a un niño, su interés será el criterio prevalente, es así que, mediante la vía judicial no siempre se obtienen los resultados esperados, pues pocos son los esfuerzos para restablecer el fondo de la armonía familiar. Sin embargo, se debe aclarar que a través de la mediación tampoco se obtienen siempre las mejores resoluciones, aun así, se considera que la mediación familiar puede ser un primer paso para guiar la toma de decisiones, ya que el mediador puede facilitar el proceso y conseguir que las partes adopten las soluciones más convenientes para la protección de los hijos³⁰.

En este sentido y como advierte la doctrina, la mediación familiar es un procedimiento en el que en cierta medida se desjudicializan los conflictos, se dice que se desjudicializan, puesto que el trabajo de llegar a una solución que sea beneficiosa para todos, especialmente para los hijos, corresponde a las partes del conflicto, además, no se puede dejar de lado al mediador, quien es el encargado de guiar a los mismos en el camino, no obstante, lo que se decida será completamente la decisión de las partes³¹.

Por otro lado, Margarita Tomé menciona que el propósito de la mediación no es determinar cuál de los progenitores tiene la razón, por el contrario, lo que se busca es llegar a la fuente del problema para poder gestionarlo de manera positiva y sin que nadie decida por las partes. La finalidad de este proceso es llegar a una solución y que se puedan adoptar medidas en común y que sean ventajosas para todos los miembros de familia³². Igualmente, afirma que, con la intervención del mediador, se verán las ventajas e inconvenientes que se pueden presentar en las propuestas de las partes, ya que, de alguna manera, el mediador es el garante de que las mismas no se vean perjudicadas, especialmente si hay hijos menores de

²⁹ Ver, Ma. Elena Cobas Cobiella, "Mediación Familiar. Algunas Reflexiones sobre el tema." *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho* 17 (2019), 45.

³⁰ Ver, *Id.*, 49.

³¹ Ver, *Id.*, 45-46.

³² Ver, Margarita García Tomé, "La mediación familiar en los conflictos de pareja." *Documentación Social* 148 (2008), 54.

edad, además, menciona que son los hijos los que necesitan de estabilidad, pero más que nada información en el proceso de separación de sus padres³³.

Por último, María Monserrat Pérez menciona que el considerar en el marco jurídico la figura de la mediación familiar es una de las maneras en las que el Estado da una solución y cumple con lo establecido en la Constitución respecto a la garantía de protección a la familia, también menciona que la mediación sirve como una medida de apoyo familiar, ya que busca evitar en la medida de lo posible, la disputa judicial³⁴. En definitiva y como se ha mencionado, lo que se busca con la mediación familiar, es que los miembros de la misma, puedan llegar a soluciones por cuenta propia, sin la necesidad de la intervención del poder judicial y así, obtener resultados de una manera más integral y que produzcan efectos positivos a largo plazo.

5. Análisis de la Edad y Madurez

Mucho se ha cuestionado sobre si la participación de los NNA debería ser tomada en cuenta al momento de realizar la mediación familiar y este cuestionamiento está estrechamente ligado a la idea tanto de la edad como de la madurez, como se ha mencionado antes, existen quienes están en contra de que los hijos sean partícipes de la mediación, porque al involucrar a los hijos, podrían conocer de las diferencias que tienen los padres. De igual manera, existe la idea errónea de que la madurez y la edad van siempre de la mano, por tanto, los NNA al ser muy jóvenes, no tienen un juicio completamente formado, por lo mismo, podrían no tomar las decisiones adecuadas para su bienestar.

Ahora bien, tanto la legislación nacional como la internacional contienen normas que regulan la participación de los NNA, para que la misma sea tomada en cuenta en los asuntos en los que se vea involucrado su bienestar, pero sobre todo el interés superior. En primer lugar, en la legislación nacional se encuentra la Constitución con su artículo 44, mismo en el que se menciona que: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes [...] se atenderá el principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las mismas personas³⁵.” De igual manera, el artículo 45 establece que los NNA gozarán de todos los derechos comunes del ser humano,

³³ *Ver, Id.*

³⁴ *Ver, María de Monserrat Pérez Contreras, “Mediación Familiar en el Distrito Federal. Un Acercamiento al Procedimiento y a su Regulación.” Boletín Mexicano de Derecho Comparado UNAM 1 (2008), 933.*

³⁵ Artículo 44, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, Última Modificación el 12 de marzo de 2020.

(además de los que son específicos a su edad), y que tienen derecho a ser consultados en las cuestiones que les afecten³⁶.

En la misma línea, se encuentra el Código de la Niñez y Adolescencia (CNA), donde se determina que los NNA tienen derecho a expresarse libremente y también a difundir y recibir informaciones, salvo las restricciones impuestas por la ley, el orden público, la salud pública, etcétera³⁷. Asimismo, se menciona que todos los NNA tienen derecho a ser informados en aquellos asuntos que les afecten y que su opinión será tomada en cuenta en la medida de la edad y madurez que tengan³⁸. Finalmente, menciona en sus artículos 294 y 295 que, la mediación tomará lugar en todas las materias que sean transigibles y que no quebranten los derechos de la niñez y adolescencia; y, que la opinión del niño, niña o adolescente que esté en condiciones de expresarla, será escuchada³⁹.

Como se puede evidenciar, en la Carta Magna se establece que los derechos de los NNA sean respetados y tengan atención prioritaria, además, señala que la persona menor de edad será escuchada en todo aquello que sea de su interés y que lo involucre, esto con la finalidad de no violentar sus derechos y que todas las decisiones que se tomen sean siempre teniendo en cuenta el bienestar de los niños, por lo mismo, es necesario saber qué y cómo se siente. De igual manera, lo establece el CNA en el artículo 60, pero añade un elemento más, y es que la opinión de los NNA será tomada en cuenta, en la medida en que se considere que tienen la edad y madurez suficiente.

Por otro lado, está la legislación internacional, misma que también se encarga de regular la participación de los NNA, para empezar, se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la cual ha sido ratificada por el Ecuador. En su artículo 3 numeral primero, la Convención afirma que, en toda medida que tomen instituciones públicas, privadas, órganos legislativos, entre otros y que involucre a los niños, se tendrá como prioridad el interés superior del niño⁴⁰. Del mismo modo, menciona que los Estados Partes garantizarán a los niños en condiciones de formarse un juicio de manera autónoma, el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que los afecten, teniendo en cuenta siempre la opinión en función a su edad y madurez. Al mismo tiempo, garantiza que la opinión de los NNA sea

³⁶ Ver, Artículo 45, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

³⁷ Ver, Artículo 59, Código de la Niñez y Adolescencia [CNA], R.O. Suplemento 737 de 3 de enero de 2002, última modificación el 29 de julio de 2019.

³⁸ Ver, Artículo 60, CNA.

³⁹ Ver, Artículos 294 - 295, CNA.

⁴⁰ Ver, Artículo 3 numeral primero, Convención sobre los Derecho del Niño, Nueva York, 5 de diciembre de 1989, ratificada por el Ecuador el 15 de febrero de 1990.

escuchada en todo procedimiento que les afecte, ya sea de manera directa o mediante un órgano adecuado⁴¹.

De la misma forma, el artículo 8 de la Convención de Derechos Humanos afirma que es una garantía el que toda persona sea escuchada dentro de un plazo prudente; ya sea en la sustanciación de cualquier acusación penal, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter⁴². En este apartado si bien no se hace mención específicamente a los niños y adolescentes, se habla de personas, por lo mismo, es evidente que los NNA también forman parte importante de este artículo.

Finalmente, en la línea de la jurisprudencia, se encuentra la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en el Caso de Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. El caso inicia en 2002 cuando la señora Karen Atala Riffo termina su matrimonio con Ricardo López y en el divorcio se establece que, la tuición y el cuidado de las hijas las tenga Karen. No obstante, a finales de ese año la nueva pareja sentimental de Atala comienza a convivir con ella y sus hijas, y es en el año 2003, que el padre de las niñas interpone una demanda por su custodia, ya que no estaba contento, pues la novia de la señora Atala estaba conviviendo con sus hijas⁴³.

Dentro de la sentencia, se encuentra todo un análisis de la CorteIDH sobre el derecho que tenían las niñas de ser escuchadas y de que su opinión sea tomada en cuenta, ya que, la Corte Suprema de Justicia Chilena dejó pasar de lado la misma. En este sentido, la Corte Chilena alegó que las niñas sí fueron escuchadas por los tribunales inferiores y la Corte tuvo presente dichas declaraciones antes de tomar su decisión, aun así, se alegó que en ningún momento se puede dejar la responsabilidad sobre su destino a las niñas, mucho menos cuando entra en colisión con el interés superior⁴⁴.

Por otro lado, la CorteIDH realizó algunas especificaciones antes de evaluar si tenían o no que ser escuchadas las niñas y se determinó que:

[...] i) “no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones” [...] iii) “el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado” [...] v) “la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”, y vi) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica, por lo que la madurez de los

⁴¹ Ver, Artículo 12, Convención sobre los Derecho del Niño.

⁴² Ver, Artículo 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Ecuador el 18 de julio de 1978.

⁴³ Ver, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2020, párr.3.

⁴⁴ Ver, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr. 193.

niños o niñas debe medirse a partir de la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente⁴⁵.”

De igual manera, la Corte manifestó que no basta con oír al niño, pues debe considerarse si el niño puede o no formarse un juicio propio y con base en ese análisis determinar si tiene una opinión desarrollada. Si el niño tiene un juicio propio y puede tomar decisiones, entonces su opinión debe ser tomada en cuenta como factor destacado, asimismo, en el contexto de decisiones judiciales sobre custodia, separación y divorcio se tiene que incluir el derecho del niño a ser escuchado por quienes están tomando las decisiones⁴⁶.

Para concluir, la Corte Suprema de Chile manifestó que en el recurso de queja no existe oportunidad procesal para volver a tomar las declaraciones de las niñas y ante esto, la CorteIDH declaró que, si bien no se tiene que volver a tomar el testimonio de las niñas, no los libera de la obligación de tener estos testimonios en cuenta y valorar las opiniones de ellas. También mencionó que si decidieron no tomar en cuenta dichas opiniones, debían argumentar el motivo que los llevó a no hacerlo⁴⁷, finalmente cabe mencionar que la CorteIDH cuestionó el que las niñas no hayan sido escuchadas por la Corte Suprema de Chile, ya que en su caso particular, las niñas si tenían el juicio suficiente y por lo mismo, su opinión tenía que ser tomada en cuenta antes de llegar a una decisión.

Como se puede evidenciar, tanto la legislación nacional como la internacional están de acuerdo en que la opinión de los NNA es muy importante a la hora de tomar decisiones en las que se vean involucrados. No obstante, su opinión no siempre será el factor decisorio para llegar al resultado final, pues mucho tiene que ver la edad, pero sobre todo la madurez. En este sentido, la opinión de una persona que apenas está formando su criterio no debería tener tanta resonancia, puesto que lo más seguro es que los padres sepan mejor lo que le conviene a su hijo. Por el contrario, y partiendo de la premisa que el niño tiene un criterio formado y quiere ser escuchado en el proceso, el no hacerlo, podría causar un resultado desfavorable para él.

5.1 Madurez como un concepto medible

Mucho se habla en la ley sobre la participación de los niños en temas en los que se vean involucrados, pero también se dice que su opinión deberá tomarse en cuenta según su edad y

⁴⁵ Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr. 198.

⁴⁶ Ver, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr. 200.

⁴⁷ Ver, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr. 206.

madurez, así, por ejemplo, lo establece el artículo 60 del CNA. Es por lo mismo, que muchos expertos insisten en que la voz de los hijos menores sea escuchada en las mediaciones familiares, siempre y cuando tengan el juicio suficiente para hacerlo. No obstante, la pregunta es, ¿cómo se mide la madurez? Al ser un concepto bastante vago, es difícil establecer un parámetro para saber si el niño tiene el juicio suficiente para tomar decisiones o no. Además, vale destacar que el nivel de madurez de una persona no es relativo a su edad biológica, pues existen algunos factores que deben tomarse en cuenta como el entorno familiar, influencias socioculturales, entre otros.

Cuando se habla de madurez psicológica, se hace referencia a la capacidad que tienen las personas para poder contraer obligaciones, pero también, tomar decisiones de manera responsable, teniendo en cuenta las particularidades que posee, las necesidades personales que experimenta y responsabilizándose de las secuelas que sus propias acciones generan. Adicionalmente, tiene que ver también con la aptitud para someter los impulsos, deseos y emociones a la ordenación de la razón, de lo contrario, no sería posible que una persona pueda gobernarse con un buen juicio⁴⁸. Por esta razón, Greenberger y Sorensen afirman que la madurez está constituida por cualidades mensurables y destrezas en el crecimiento personal y social y es así que señalan que una manera para evaluar el nivel de madurez de una persona es teniendo en cuenta las siguientes características: 1. La adecuación individual, que es la aptitud para trabajar eficientemente sobre uno mismo. 2. La adecuación interpersonal, esta se refiere a la capacidad para actuar recíprocamente con otros. 3. La adecuación social, que tiene que ver con la capacidad para contribuir a la cohesión social⁴⁹.

Por otro lado, también se puede hacer una valoración respecto al juicio de una persona a través del análisis a la orientación al trabajo, la autonomía y la identidad⁵⁰. En primer lugar, la orientación al trabajo se refiere a la tendencia de atender las responsabilidades y obligaciones, ya sea en las ocupaciones de la vida cotidiana como en las de la vida académica o laboral. En cuanto a la autonomía, tiene que ver con la independencia que tiene una persona en relación con su entorno, es decir, una persona que puede tomar sus propias decisiones sin afectar a los demás, ni dejarse influir por otros y sin irse contra las leyes. Finalmente, la identidad, se refiere a procesos que permiten asumir que una persona, en determinado

⁴⁸ Fabia Morales, Elisa Camps, Urbano Lorenzo, *PSYMAS Cuestionario de Madurez Psicológica*. (Madrid: Tea Ediciones S.A., 2012).

⁴⁹ Ver, Diana Carolina Arana, "Propiedades Psicométricas del Cuestionario de Madurez Psicológica en Adolescentes del Distrito de Casa Grande.", *Revista Psicológica Trujillo* 16 (2014), 2-4.

⁵⁰ Fabia Morales, Elisa Camps, Urbano Lorenzo, *PSYMAS Cuestionario de Madurez Psicológica*. (Madrid: Tea Ediciones S.A., 2012).

momento y contexto, es y tiene conciencia de ser él mismo, y que esa conciencia se expresa en su capacidad para diferenciarse de los demás, reconocerse en determinadas categorías y desarrollar sentimientos de pertenencia⁵¹.

Ahora bien, asentando estos criterios un poco al mundo jurídico, la participación de los niños es más frecuente en los casos que se toman por la vía judicial y en este sentido, algunos jueces coinciden en que en ningún caso se puede entrevistar a un niño de un rango entre los 3 y 5 años, pero además el factor de la madurez tiene varias aristas que pueden ser analizadas, entre ellas: la expresión corporal, los antecedentes indirectos que el niño expresa a través de pericias o informes y el bienestar emocional⁵². Por consiguiente, no se puede partir de la idea que los NNA son incapaces de expresar su opinión, por el contrario, la capacidad se tiene que evaluar caso por caso y se tiene que entender que cuando se habla de madurez, no se espera que los NNA sean expertos en los asuntos que los involucran, sino que tengan la capacidad de expresar una opinión razonada de manera autónoma. Asimismo, la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales son algunos de los factores que contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión⁵³.

Con base a lo mencionado, se puede evidenciar que no existe un método que valore de manera precisa la madurez de las personas, ni tampoco existe una sola vía para evaluarla, pues dependerá de cada experto y de su metodología, aun así, es menester mencionar que estas técnicas no pueden arrojar una respuesta concreta. Por otro lado, sí se puede afirmar que la madurez es medible, en el sentido en que se puede determinar si una persona tiene el juicio suficiente o no para tomar decisiones, esto en razón a ciertos parámetros establecidos por los expertos (como los ejemplos mencionados), y por lo mismo, si se ha logrado cumplir con estos indicadores, entonces la persona tiene el discernimiento suficiente, para tomar decisiones por cuenta propia y, que las mismas sean tomadas en cuenta.

6. Legislación Comparada

Partiendo del interés superior del niño, no existe aspecto alguno que se refiera a la infancia y adolescencia, que no incorpore esta noción para determinar el alcance del ejercicio

⁵¹ *Ver, Id.*

⁵² *Ver, Francesco Carreta Muñoz, “Algunas precisiones adjetivas sobre el derecho del niño a ser oído, a propósito de un estudio empírico.” Revista de Derecho de la Universidad de Concepción 86 (2018), 93-119.*

⁵³ *Ver, Irene Catalina Bustamante González, “La relevancia del consentimiento de los jóvenes mayores de 14 años y menores de 18 años en el delito sexual de estupro.” Universidad San Francisco de Quito, (2015), 104-108.*

de los derechos y reglas de protección de los NNA⁵⁴. De igual manera, tanto en la legislación ecuatoriana como en la internacional se establece que los niños sean escuchados, y por lo mismo, muchos mediadores consideran importante tomar en cuenta la participación de los hijos en las entrevistas, pues los resultados a los que se lleguen tendrán incidencia en los mismos.

6.1 Mediación Familiar en Argentina

En el caso de Argentina, particularmente en la provincia de Salta, la implementación de la mediación familiar se debió a una voluntad política, ya que el poder judicial efectuó un programa piloto de mediación para los tribunales de familia desde el año 2001. En el mismo, la ley otorga a los jueces la posibilidad de derivar de oficio un caso a mediación obligatoria, ya que la protección de la infancia impone que se preste atención a ciertos principios esenciales como el interés superior del niño, y por lo mismo, se considera que en la mediación se obtendrán mejores resultados⁵⁵.

De este modo, en las mediaciones familiares en las que haya hijos menores de edad de por medio, se requiere de la presencia de un asesor para los mismos, pues se busca que la voz de los NNA sea escuchada y que sus derechos sean reconocidos. Tan importante es atender la voz de los NNA, que algunos mediadores se reúnen por separado con los niños para escucharlos, pero, además, requieren de la colaboración de especialistas en otras áreas como psicólogos o asistentes sociales, con la finalidad de brindar un mejor tratamiento al proceso⁵⁶.

Así pues, como se mencionó en varios centros de mediación, los mediadores optan por tener una reunión con los niños cuando ellos también se ven envueltos en el conflicto, tal es el caso del centro de mediación de la Universidad de Buenos Aires (UBA). En el año 2018 se presentó un señor con el pedido de cuidado personal de su hija “D” de 9 años de edad. Cuando los padres de “D” se separaron, la madre de la niña entró en depresión y dejó a su hija al cuidado del padre, no obstante, en el 2018 afirmó que ya se sentía bien y quería tener el cuidado personal de la pequeña⁵⁷.

En la primera reunión, ambas partes se veían reacias a llegar a un acuerdo, por un lado, la madre de “D” afirmaba que ya estaba recuperada de la depresión y que su hija necesitaba

⁵⁴ Farith Simon, “Interés superior del niño.”, *Manual de Derecho de Familia*, (Quito, Cevallos – Editora Jurídica, 2020), 361.

⁵⁵ Ver, Cinthia Romano, “La Mediación Familiar Internacional.” Centro de Estudios Jurídicos Madrid (2017), 23-24.

⁵⁶ Ver, *Id.*

⁵⁷ Ver, Maria Cristina Klein, “14 Casos de Mediación. Prácticas profesionales 2018.” Universidad de Buenos Aires (2019), 340.

crecer a lado de ella, también comentó que las visitas que tenía con “D” siempre se desarrollaban en la casa del padre y con la vigilancia de su ex suegra, por lo que no se sentía cómoda. Por otro lado, su padre decía que la madre no estaba lista para tener el cuidado, pero, además, insistía en que su hija se encontraba bien con él, pues no le faltaba nada, hacía actividades extracurriculares y la escuela le quedaba cerca. Al ver que la situación era compleja y con el afán de llegar a un acuerdo, la mediadora solicitó la ayuda del servicio social y de psicología, luego se llevó a cabo 3 reuniones distintas, una con el padre, una con la madre y una con la hija. Cuando se dio la entrevista con “D”, ella comentó que su padre habló con ella y le dijo que la madre quería ser su cuidadora y que, si ella quería irse con la madre, él lo iba a entender, también manifestó que no quería irse de la casa de su papá, pues ya tenía una vida ahí y era feliz, sin embargo, afirmó que quería pasar más tiempo con su madre⁵⁸.

Posteriormente, los profesionales hablaron con las partes y les comentaron todo lo que su hija sentía respecto a las decisiones que querían tomar sus padres y para el día de la segunda reunión, se recapituló todo lo que se habló en las entrevistas y se les recordó a las partes que cualquiera que sea el acuerdo al que lleguen, este recaería sobre su hija. Ante lo mencionado, los padres tuvieron un diálogo privado, y se pusieron en el lugar del otro, lo que les permitió llegar a un acuerdo satisfactorio para los tres⁵⁹.

De igual manera, el centro de la UBA tomó otro caso en el que los principales intereses del niño fueron satisfechos, en este caso, una señora se acerca con su hijo “T” con la finalidad de requerir una filiación, ya que “T” tenía deseos de conocer a su padre. El primer paso era localizar al padre y convocarlo para hacer una prueba de ADN, no obstante, al ser un proceso voluntario, existía la posibilidad de que el padre no asistiera al mismo, aun así se envió la invitación a mediar y en el día fijado para la primera reunión, el padre de “T” acudió al proceso, escuchó a las partes y finalmente expresó su opinión y es así como después de un largo intercambio, surgió el primer acuerdo que fue la realización de la prueba de ADN⁶⁰.

Después de realizada la prueba y con los resultados positivos de ADN, se procedió a fijar una segunda reunión, pero esta vez sería una reunión entre un padre y su hijo, durante esta sesión, el niño fue escuchado, siendo uno de los principales protagonistas y expresó su deseo por ser parte de la familia de su padre. A todo esto, el padre se sintió conmovido por todo lo que estaba sucediendo y también pronunció su deseo de que “T” sea incorporado en su familia.

⁵⁸ Ver, *Id.*, 341.

⁵⁹ Ver, *Id.*, 342.

⁶⁰ Ver, María Cristina Klein, “14 Casos de Mediación. Prácticas profesionales 2018.” Universidad de Buenos Aires (2019), 343.

Con este caso se puede ver como los padres de “T” encontraron nuevos caminos a través del acceso a la justicia, cuyos procesos resultaron menos complicados y menos largos que acudir a la vía judicial, pero, además, se obtuvieron resultados muy beneficiosos para el niño⁶¹.

6.2 Mediación Familiar en Suiza

La mediación familiar surgió en Suiza a finales de los años 80, pero en un principio estaba pensada para gestionar conflictos relacionados al divorcio, sin embargo, es recién en el año 2011 en donde empieza a haber más flexibilidad en el campo, puesto que, con la introducción del procedimiento civil unificado, la mediación familiar encuentra su lugar en el orden jurídico suizo. Vale mencionar que este desarrollo de la mediación familiar es importante pues acompaña cambios profundos en el seno de la familia, en el que todo se negocia en la división de roles y tareas, desde el matrimonio al divorcio y todo lo que esto conlleva⁶².

Suiza es uno de los países que ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño y, por lo tanto, los niños son reconocidos como personas con independencia, que tienen sus propias aspiraciones y voluntad, y es justamente por esto que los niños tienen su propio lugar en las mediaciones, siempre que hay un conflicto que los envuelve. Es importante mencionar que el proceso varía según las distintas regiones del país, no obstante, los mediadores son conscientes de la importancia de ser escuchados y, por tanto, buscan la manera de darles un lugar en el proceso⁶³.

Para este país la mediación tiene gran importancia, especialmente en materia de familia, porque la ley no aborda la situación del niño, es por eso que, el Tribunal Federal de Suiza considera que la mediación obligatoria en asuntos relacionados a los derechos de los niños es aceptable y legítima. Sin embargo, esto no impide que los padres luego de la primera reunión quieran desistir del proceso, porque no lo consideran como la mejor opción para llegar a una solución. Del mismo modo, también existe una posibilidad conocida como mediación pre-judicial, en la que básicamente se propone que antes de ir por la vía judicial, las partes acudan a mediación, siempre y cuando estén de acuerdo con ello, y, de los estudios realizados hasta el año 2017, el 50% de los casos de mediación familiar se resolvieron por esta vía. Ahora

⁶¹ *Ver, Id.*

⁶² *Ver, Cinthia Romano, “La Mediación Familiar Internacional.” Centro de Estudios Jurídicos Madrid (2017), 20-22.*

⁶³ *Ver, Id.*

bien, no todo es color de rosa, pues, la mediación tampoco es un proceso perfecto, de hecho, tiene algunos defectos, siendo uno de ellos el costo por reunión, ya que, al ser valores altos, no todo el mundo puede costearlos⁶⁴.

Se puede evidenciar que, en el caso de Suiza, la mediación es bastante considerada como una alternativa para resolver conflictos familiares, pues se cree que producen mejores resultados y es menos complicada que la vía judicial, sin mencionar que el componente principal para que el proceso se lleve a cabo, es la voluntad de las partes. Sin embargo, se debe señalar que el proceso de mediación tampoco es una garantía de resultados, porque mucho depende de las partes y cómo ellas lleven el proceso. Por otro lado, y como se mencionó existen ciertos obstáculos, como lo son los costos, que a veces son impagables para las personas, y también está el hecho de que la mediación como una resolución a los conflictos no es conocida por todos.

6.3 Mediación Familiar en Ecuador

Para empezar, es necesario mencionar que la mediación es un proceso relativamente nuevo tanto en Latinoamérica como en Ecuador, pues, en Latinoamérica surge a principios de los 90, mientras que en el caso específico de Ecuador, ya se habla de la mediación laboral en el Código del Trabajo de 1978 (en sus artículos 456-A, 490 y 525)⁶⁵, de igual manera, en la Constitución de 1998, el artículo 191 reconoce a este proceso como una vía alternativa frente a los mecanismos tradicionales, tales como el litigio⁶⁶. Ahora bien, en la actualidad el proceso de mediación es reconocido dentro de distintos cuerpos legales como es el caso de la Constitución del 2008, el CNA e incluso, en el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), en su artículo 17 se consagra el principio de servicio a la comunidad, mismo que afirma que existen otras vías distintas al poder judicial para lograr el cumplimiento de los derechos consagrados en la Carta Magna, instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley, siendo uno de ellos la mediación⁶⁷. No obstante, es importante mencionar que, aunque la mediación es reconocida en el país, solamente se puede mediar lo que sea materia transigible, entonces, siguiendo esta línea, la materia de familia es objeto de mediación, pero, tiene sus

⁶⁴ *Ver, Id.*

⁶⁵ *Ver*, Artículos 456-A, 490 y 525, Código del Trabajo, R.O. 650, 16 de agosto de 1978, última modificación el 29 de septiembre de 1997.

⁶⁶ *Ver*, Artículo 191, Constitución Política de la República del Ecuador, R.O. 1, 11 de agosto de 1998, última modificación el 20 de octubre de 2008.

⁶⁷ *Ver*, Artículo 17, Código Orgánico del Función Judicial, R.O. 544, 9 de marzo 2009, última modificación el 7 de septiembre de 2020.

límites, por ejemplo, en el caso en que se involucre a los niños menores de edad, se puede mediar cualquier tema siempre que no se vean vulnerados sus derechos.

Por otro lado, se puede evidenciar que en el país la mayoría de casos llevados, son de mediación familiar, así lo demuestra el Consejo de la Judicatura, quien lleva un registro de los procesos realizados desde el año 2014 hasta septiembre de 2020 y sin duda, la materia que predomina es familia. En el 2014 el porcentaje de mediaciones familiares fue del 43, 81% y desde entonces ha ido creciendo gradualmente, hasta llegar a su tope en el año 2020 con un total del 53,03%, asimismo, durante estos seis años se han llevado alrededor del 45,34% de mediaciones familiares, es decir casi la mitad de los procesos⁶⁸. Sin embargo, pese a que la mayoría de mediaciones sean familiares, son escasos los procesos en que la opinión de los hijos haya sido escuchada, es así como lo comenta Juan Esteban Espinel, coordinador del Centro de Mediación y Arbitraje de la USFQ. De su experiencia comenta que en la mayoría de casos de mediación familiar, no se han entrevistado a los hijos, porque por lo general se trata de niños pequeños de 3,4 o 5 años aproximadamente y no tienen el criterio suficiente para estar involucrados en el proceso, no obstante, él ha tenido la oportunidad de mediar 3 casos en los que sí hubo entrevista con los hijos⁶⁹.

El primero de los procesos, trataba de un señor que quería la tenencia del hijo, sin embargo, la madre se mostraba reacia a darle la misma y fue ahí cuando el hijo decidió tomar parte y fueron sus palabras las que conmovieron a la madre, por lo que al final el proceso se facilitó. Además, había un tema de pensiones alimenticias pendientes, cuyos valores no estaban correctamente reflejados en el sistema SUPA, pues el hijo se encontraba viviendo con su padre al momento y por lo mismo, las prestaciones de alimentos eran directas, y fue gracias al hijo y su intervención que se pudo calcular cuál era el valor real. De este primer caso hubo un seguimiento, y se pudo comprobar que el escuchar al chico fue sin duda la mejor decisión, porque desde que se mudó con su padre, se metió en varios clubes, cambió su humor e incluso subió el rendimiento en el colegio⁷⁰.

El segundo caso tenía que ver con dos adolescentes (de 15 y 16 años aproximadamente), cuyos padres estaban divorciados, pero, además, la mamá tenía la tenencia de la hija mientras que el papá la tenencia del hijo, sin embargo, lo que los hijos buscaban a través de la mediación,

⁶⁸ Ver, Gestión Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial, Consejo de la Judicatura, <http://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/index.php/2015-04-13-21-21-55/datos-estadisticos#ingreso-de-causas-por-tipo-2020>, acceso: 12 de noviembre de 2020.

⁶⁹ Ver, Entrevista a Juan Esteban Espinel, “Entrevista realizada sobre casos de mediación familiar tomados en el Centro de Mediación y Arbitraje USFQ”. Entrevistadora: Ana Cristina Espinel, 26 de octubre de 2020. Link de acceso: <https://www.youtube.com/watch?v=P4iKI8Y3dog&feature=youtu.be>.

⁷⁰ Ver, *Id.*

era hacer un intercambio, es decir, que el padre tenga la tenencia de la hija y la madre del hijo, pues los adolescentes querían tener un vínculo sentimental con los dos. Según afirma Juan Esteban, aquí se pudo demostrar la madurez de los hijos, porque era un interés que sobresalía a través de las intervenciones de los adolescentes y no de sus progenitores, también menciona que el tema más complejo fue que en cierto momento, los jóvenes querían pasar juntos, pues también querían la experiencia de vivir como hermanos bajo un mismo techo, no obstante, se pudo solucionar a través de un arreglo en el que en ciertas fechas, ambos se quedarían en casa de su madre y en otras fechas, en la casa de su padre⁷¹.

Finalmente, el tercer caso, que fue el más complejo se dio en octubre de 2020 y había de por medio un tema de adicciones. Un señor pidió una mediación, porque quería que se le otorgue la tenencia de la hija, pues él creía que la madre no era muy rígida con la adolescente, quien, desde la separación de sus padres, bajó el rendimiento académico y se encontraba metida en temas de drogas, fiestas, pandillas, etc. Para este caso, se necesitó la cooperación de un psicólogo, para que les asista con cosas que se escapan del derecho, lo cual fue de mucha ayuda, pues al final la hija expresó sus sentimientos respecto a los conflictos suscitados y reconoció que estaría mejor bajo la tenencia del padre⁷².

De igual manera, también se entrevistó a Jaime Vintimilla, quien relata su experiencia, como mediador del centro de la Universidad San Francisco, la Cámara de Comercio de Quito y el Centro sobre Derecho y Sociedad (CIDES) y menciona que, desde hace unos tres años aproximadamente ha implementado dentro de su metodología las entrevistas con menores, sin embargo, es una práctica poco habitual. Referente a los casos que ha manejado, comenta que tuvo uno en que una pareja que se había divorciado pidió una mediación para fijar las visitas con las hijas (de 14 y 15 años aproximadamente), pero era un tema complejo, pues una de las hijas sí quería pasar con el papá, mientras que la otra hija no. Para este caso fue necesario hacer entrevistas por separado con cada uno de los miembros, e incluso, se necesitó de la intervención de un psicólogo para llegar a un acuerdo con el que todos estuvieran satisfechos. De este caso se pudo hacer un seguimiento y se ha podido ver que las partes respetan el acuerdo pactado referente a las visitas⁷³.

Asimismo, hubo un caso en el que un señor fue acusado por su expareja de tener adicción a la pornografía. Por lo mismo, ella no consideraba seguro ni adecuado que sus hijas

⁷¹ *Ver, Id.*

⁷² *Ver, Id.*

⁷³ *Ver,* Entrevista a Jaime Vintimilla Saldana, “Entrevista realizada sobre casos de mediación familiar tomados en el Centro de Mediación y Arbitraje USFQ” y la Cámara de Comercio de Quito. Entrevistadora: Ana Cristina Espinel, 29 de octubre de 2020. Link de acceso: <https://www.youtube.com/watch?v=o63UCA0qN7U>.

pasaran con el padre. Sin embargo, al igual que en el caso anterior, se necesitó de la ayuda de un psicólogo, quien realizó un informe tanto de las niñas como del padre y, gracias al trabajo co-disciplinario con otros expertos, se pudo dejar de lado el aspecto emocional y llegar a un acuerdo objetivo con el que todos se sintieron cómodos. Es así que Jaime considera que el proceso con la participación de los NNA es más complejo, pero su presencia es necesaria, especialmente cuando se trata de adolescentes, porque frecuentemente sucede que los jóvenes no están conformes con las decisiones que tomaron sus padres en la mediación, sin mencionar, que su intervención puede permitir una solución más integral⁷⁴.

De las entrevistas realizadas, se puede demostrar que en los procesos en los que se ha permitido la intervención de los hijos, los acuerdos a los que se han llegado, han sido favorables, aun así, no son muchos los mediadores que consultan su opinión a los NNA, de hecho, es una práctica poco frecuente, sin embargo, existe cada vez más la conciencia por parte de los profesionales que el hacerlos parte de las reuniones podría producir mejores resultados, pues no hay nadie mejor que pueda expresar sus sentimientos respecto del conflicto familiar, que los mismos NNA.

7. Recomendaciones

En cuanto a las recomendaciones, y con el afán de mejorar el proceso de la mediación familiar, es necesaria la presencia de un trabajo co-disciplinario, es decir, que exista la participación de profesionales en otras áreas, pues hay cuestiones, como el manejo de las emociones que necesitan de un tratamiento que el mundo jurídico por si solo no los puede resolver. De igual manera, considerando que el objeto de protección son los NNA, es indispensable hacer reformas en la ley ecuatoriana que se encarguen estrictamente de regular su participación dentro de los procesos que les afecten. Además, al ser el interés superior del niño un principio tan relevante al momento de hablar de los NNA, se debe crear políticas públicas en las que se eduque sobre los beneficios que tiene la participación de los niños y adolescentes en la mediación, pues lo que se busca es garantizar el cuidado efectivo de sus derechos.

Por otra parte, debe haber siempre alguien que impulse la participación de los NNA en la mediación familiar, y esto puede quedar a discreción de los padres, los hijos o el mediador, sin embargo, quien debería tener más responsabilidad e insistencia en esta cuestión, es el

⁷⁴ *Ver, Id.*

mediador (pero siempre buscando el entorno adecuado), sobretodo si es evidente que existen fricciones entre los progenitores, ya que los hijos pueden aportar con puntos de vista que los padres ignoran. Finalmente, en cuanto al peso de las opiniones de los niños y adolescentes, esto deberá depender de cada caso, no obstante, si se evidencia que el problema objeto de la mediación afecta principalmente a los hijos, entonces su opinión sí deberá tener mayor consideración.

8. Conclusiones

En conclusión, de toda la investigación realizada, se demostró que, el tener la intervención de los hijos dentro de la mediación familiar, sin duda ayuda a tener los puntos del conflicto más claros, sin embargo, y como se ha repetido en este ensayo, es necesario evaluar si los niños y adolescentes tienen la madurez suficiente para aportar en el proceso con un criterio íntegro y de valor. Por otro lado, si bien la mediación se considera una mejor alternativa para resolver los conflictos familiares, tampoco es garantía de que todos los procesos se lleguen a solucionar por este medio, pues mucho dependerá de la voluntad de las partes.

En otro orden de ideas y rescatando el punto más importante, se debe resaltar que muchos son los expertos que afirman que los NNA deben ser escuchados en las mediaciones familiares, pues es un derecho que se encuentra consagrado tanto en normas nacionales como internacionales, sin embargo, en la práctica, la intervención de los mismos es poco frecuente, si bien hay cada vez más mediadores que se unen a este ejercicio, todavía existe un número considerable de expertos que prefieren no hacerlo.

Finalmente, para responder la pregunta que motivó este ensayo, se demostró a lo largo del mismo, que, la participación de los NNA en las mediaciones familiares es facultativa y debe seguir manteniéndose de esta manera, pues el hacerla obligatoria descartaría uno de sus principios más importantes, que es la voluntariedad, además, el obligar a los niños y adolescentes a participar de la mediación, no es una garantía de que el proceso se vuelva efectivo.