

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

La participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de mediación familiar en el Ecuador: Análisis a partir del principio del Interés Superior del Niño.

Michelle Erazo Sánchez

Jurisprudencia

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: Michelle Erazo Sánchez

Código: 00130323

Cédula de identidad: 1718080425

Lugar y fecha: Ciudad, 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UNPUBLISHED DOCUMENT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 PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS DE MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL ECUADOR: ANÁLISIS A PARTIR DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.¹

THE PARTICIPATION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN FAMILY MEDIATION PROCESSES IN ECUADOR: ANALYSIS FROM THE PRINCIPLE OF THE BEST INTERESTS OF THE CHILD.

Michelle Erazo Sánchez²
mierazo7@hotmail.com

RESUMEN

Los niños, niñas y adolescentes son uno de los grupos especialmente afectados en aquellos procesos de separación, divorcio y demás problemas familiares. La forma en la que las partes manejan la situación puede definir el escenario emocional por la que ellos atravesarán. En el ámbito de la mediación familiar, la intervención de los niños, niñas y adolescentes ha sido minimizada y subestimada. Por lo cual, el compromiso al que se sujeta el mediador en estos casos es de especial relevancia, pues éste tercero imparcial deberá guiarse, además de la normativa ecuatoriana, bajo varios principios constitucionales y contenidos en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, entre los cuales se destaca el Interés Superior del Niño. Por lo tanto, como se probará en este trabajo de titulación, los mediadores deben ser profesionales cualificados, especializados en la rama de familia, movidos por el interés de precautelar los derechos de aquellos cuya voz ha sido opacada.

PALABRAS CLAVE

Mediación, mediación familiar, mediador, mediador familiar, interés superior del niño.

ABSTRACT

Children and adolescents are one of the groups being especially affected in the processes of separation, divorce and other family matters. The way in which both parties handle the situation can and will define the emotional stages that they may go through. In the field of family mediation, the intervention of the children, and adolescents have been minimized and underestimated. Therefore, the commitment of the mediator is crucial in these cases of special relevance, the impartial third party must be guided, even more under the Ecuadorian regulations while under various constitutional principles and contained in international Human Rights instruments, in which the highest importance is of the child's needs. Hence, as proven in this degree of work, mediators must be qualified professionals, specialized in the subject of family branches, and moved by the necessity of safeguarding the rights of those whose voices have been overshadowed.

KEY WORDS

Mediation, family mediation, mediator, family mediator, the best interest of the child.

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020

Fecha de publicación: 20 de noviembre de 2020

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Msc. Cindy Aguiar Lozano.

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. Así mismo, 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 artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. - 2. MARCO TEÓRICO. - 2.1. MARCO NORMATIVO. - 2.2. ESTADO DEL ARTE. - 3. MEDIACIÓN Y MEDIACIÓN FAMILIAR. - 3.1. MEDIACIÓN, UNA VISIÓN GENERAL. - 3.2. MEDIACIÓN FAMILIAR. - 4. NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR. - 4.1. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. - 4.1. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. - 5. INTERVENCIÓN DE NNA EN PROCESOS DE MEDIACIÓN, ESTUDIO COMPARADO. - 5.1. PROPUESTA PERSONAL. - 6. CONCLUSIONES. -

1. Introducción

En el Ecuador, el Interés Superior del Niño es considerado como un principio fundamental reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño³, en la Constitución de la República del Ecuador, y preceptuado en el Código de la Niñez y Adolescencia. Sin embargo, este principio no se está tomando en cuenta en los distintos procesos administrativos o alternativos a los procesos judiciales, a pesar de que el Estado debe garantizar su observancia.⁴

Esta investigación, analiza al principio del interés superior del niño, con un examen especial en la intervención de los niños en los procesos de mediación en el Ecuador. Con el propósito de establecer si la mediación es un medio garantista de derechos o por el contrario, es un proceso que retrata la doctrina de la situación irregular del menor. Así también, la propuesta aborda el rol que debe cumplir el mediador en la mediación familiar, analizado desde diferentes jurisdicciones que cuentan con regulación y mediadores especializados, y cómo esto permite llegar a acuerdos que garantizarán el interés superior del niño.

En los últimos años la mediación ha ido tomando mayor importancia en el Ecuador, a través de su regulación en la Ley de Arbitraje y Mediación, expedida por primera vez en el año 2006. Gracias a esto se ha podido empezar a llevar varios conflictos de distintas áreas a través de la mediación. Por lo que, en todo tipo de mediación –especialmente en la familiar– se debe resguardar el respeto a la posición de los NNA⁵ como sujetos de derechos plenos, al igual que en los procesos judiciales y administrativos, con el objetivo de que este sea una vía adecuada y garantista de los derechos de los intervinientes.

Para ello, se utilizarán métodos de investigación jurídica, entre ellos el exegético y sistemático con el fin de conocer el contenido de los tratados internacionales y las normas nacionales en cuanto al interés superior del niño. Para el desarrollo de esta investigación, primero se definirán aspectos relevantes de la mediación y mediación familiar, para así,

³ Artículo 3, Convención Sobre los Derechos del Niño, Nueva York, ratificada por el Ecuador el 21 de marzo de 1990.

⁴ Artículo 44, Constitución de la República del Ecuador, [CE], R.O. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁵ NNA: niños, niñas y adolescentes.

enlazarla con el interés superior del niño y analizar si este es aplicado en los procesos de mediación. Una vez que se determine el rol de los NNA en este tipo de métodos alternativos a través de casos reales de mediación, y recogiendo la práctica de mediación, con ausencia de regulación y especialidad, se propondrá un test de idoneidad del mediador, previo a aceptar casos de mediación, con el objetivo de garantizar plenamente los derechos de las partes y procurar la emisión de actas integrales basada en principios.

2. Marco Teórico

2.1. Marco Normativo

El marco normativo aplicable al siguiente trabajo de investigación está motivado y fundamentado en el Interés Superior del Niño dentro de la mediación familiar. A la luz de la Constitución del Ecuador, el Estado debe promover de forma prioritaria el desarrollo integral de los niños, asegurando el principio de su interés superior y ejercicio pleno de sus derechos los cuales prevalecerán sobre las demás personas⁶. Así mismo, los tratados internacionales como la Convención sobre los Derechos de los Niños, juntamente con sus observaciones generales –específicamente la número 12, número 13 y número 14– las cuales reconocen que los niños son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, emocional y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones. Y, Opiniones Consultivas –específicamente OC-17/2002 y OC-24/2017– las cuales tratan sobre el debido proceso en casos donde intervengan niños. En cuanto a las leyes orgánicas aplicables, serán principalmente el Código de la Niñez y Adolescencia, Código Orgánico de la Función Judicial al respecto del funcionamiento de la mediación en el Ecuador, seguido de la Ley de Arbitraje y Mediación para analizar la aplicación de la mediación en el Ecuador. De igual manera, se utilizarán distintos reglamentos de centros de mediación con el fin de identificar el distinto tratamiento que se le da a la mediación en estos centros. Por último, se utilizará distinta normativa de otros países con el fin de realizar un análisis comparado de la mediación familiar.

2.2. Estado del Arte

Al abordar la problemática planteada para el desarrollo del presente trabajo de investigación, se debe mencionar que son varios los autores que han escrito sus posiciones, a favor y en desacuerdo, respecto de la participación de los niños, niñas y adolescentes en los

⁶ Artículo 44, Constitución de la República del Ecuador.

procesos de mediación familiar. Es así como se expondrán algunas de las posiciones más destacadas en la materia, como antesala del presente trabajo.

Macarena Pavez⁷, se encuentra a favor de la participación de los niños en el proceso de mediación, especialmente cuando se trate de adolescentes. En su trabajo sostiene que la participación de los niños en el proceso refuerza los objetivos de la mediación familiar. Así mismo, señala que esa no es la única ventaja de la inclusión de los niños en el proceso, sino que permite visualizar las necesidades de los hijos, permite completar el circuito del sistema familiar y cumplir con el mandato constitucional de informar a los niños y escuchar su opinión en los asuntos que los afecte.

Por su parte Marinés Suarez⁸, señala que la intervención de los niños genera un lugar de confianza donde estos pueden expresar sus dudas, sentimientos, opiniones, confusiones sobre lo que esta sucediendo, para que los padres conozcan esta información y tomarla en cuenta al momento de llegar a sus acuerdos.

Desde una visión más condicionada, Lisa Parkinson⁹ señala que la participación de los niños en el proceso de mediación debe ser condicionada a su protección. Por un lado, señala que la participación del niño en la mediación tiene aspectos negativos: como incrementar su dolor y confusión al verse forzados a elegir. Por otro lado, señala una serie de ventajas al incluir al niño en el proceso, entre estas se destaca la capacidad de ayudar a los padres a centrarse en las necesidades y deseos del niño al momento de tomar una decisión.

Contrario a estos conceptos, Felisa Carvo¹⁰ señala que la participación de los niños debe darse solo en casos concretos, cumpliéndose una serie de requisitos. Entre estos requisitos tenemos: el acuerdo de los padres, aclarar al niño que no tiene responsabilidad en la decisión de los padres, las consultas realizadas a los niños deben hacerse con cuidado y sensibilidad, que el mediador cuente con habilidades especiales y experiencia en la comunicación con niños o ayudarse con profesionales experimentados en temas con niños, como psicólogos, trabajadores sociales, orientadores infantiles.

En esta línea de pensamiento, Taylor & Adelman¹¹ señalan en su investigación que la participación de los niños en los procesos de mediación ha sido contraproducente pues estos

⁷ Vargas Pavez, Macarena (2002): *“Los niños en la mediación familiar”*, Revista de Derechos del Niño (Chile, N.1)

⁸ Suarez, Marinés (2003). *Mediando en Sistemas Familiares* (Editorial Paidós).

⁹ Parkinson, Lisa (2005): *Mediación Familiar. Teoría y Prácticas: Principios y estrategias operativas* (España, Editorial Gedisa)

¹⁰ Carvo López, Felisa-María (2008): Los hijos menores ante el proceso de mediación. Gómez Gállico, Javier (coordinador), Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias (Tomo I, España, Editorial Aranzadi S.A.).

¹¹ Taylor, L Adelman, H.S. (1986) Facilitating children’s participation in decision that affect them: from concept to practice. *Journal of clinical child psychology*. 15(4), 346-351.

han sufrido de ansiedad, resultados poco satisfactorios, depresión, malas decisiones, atribuyéndolas a la falta de madurez para este tipo de procesos.

3. Mediación y mediación familiar

3.1. Definición de mediación

Los métodos alternativos de solución de conflictos, y en concreto la mediación, se han ido incorporando en los distintos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, como una alternativa –valga la redundancia– a la vía judicial. Esto, a partir de que en 1907 se reconoció en la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, a la mediación como una instancia de resolución de conflictos¹². Por lo que, tras su aplicación social y jurídica, el concepto de mediación ha ido construyéndose doctrinaria y normativamente, para lo cual, se expondrá las definiciones doctrinarias y normativas más relevantes que contribuyen a esta investigación.

Moore en su obra “El proceso de mediación: Métodos prácticos para la resolución de conflictos”, define a la mediación como “la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable”¹³. Por su parte, Folberg y Taylor, coinciden en el rol que ejerce un tercero en determinada circunstancia, al definir a la mediación como el proceso en el que “los participantes, junto con la presencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades”¹⁴.

Normativamente, los ordenamientos jurídicos más representativos en materia y entorno a la presente investigación son: España, Chile y Argentina. Es menester indicar, que estos países y sus ordenamientos, históricamente se han constituido en la antesala y base jurídica para la elaboración de normas ecuatorianas, y en el caso de la mediación no ha sido la excepción. Es así como, la Ley 5/2012 de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de España, en su artículo 1 establece a la mediación como un “medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar

¹² Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, La Paz, 1907.

¹³ Christopher W Moore, *El Proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos* (Barcelona: Granica, 1995), 44.

¹⁴ Folberg, J y Taylor, A. “Mediation: A Comprehensive Guide to Resolve Conflicts without litigation”, Traducido al español con el título “Mediación: Resolución de conflictos sin litigio”. (México: Editorial Limusa, 1997), 29.

por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”¹⁵. En la misma línea, la norma ecuatoriana representada por la Ley de Arbitraje y Mediación, en su artículo 43 promulga que la mediación es un “procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”¹⁶.

3.1.1. Características y principios de la mediación

La mediación se caracteriza por ser una vía menos formal que el proceso judicial, constituyéndose en un medio que fomenta una participación activa de las partes involucradas, coadyuvando a la formulación de alternativas de cara a una solución del conflicto. Todo esto con la asistencia del mediador¹⁷ –quien planteará las directrices sobre las cuales se llevará la negociación– y en estricta observancia de los principios esenciales de la mediación¹⁸. A continuación, los principios que la doctrina ha señalado como los más relevantes: voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, e imparcialidad¹⁹.

- Voluntariedad

Este principio se basa en que la participación de las partes dentro del proceso de mediación es completamente voluntaria, por lo que, no se encuentran inmersas en obligación de mediar o de llegar a un acuerdo. De la misma manera, las partes intervinientes, pueden abandonar el proceso en cualquier momento, retirándose o renunciando, pues este es un ámbito estrictamente voluntario²⁰. Este principio, se encuentra consagrado en el ámbito nacional ecuatoriano bajo el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación, norma en la que se referencia que las partes procuran un acuerdo voluntario que ponga fin al conflicto.

- Confidencialidad

El principio de confidencialidad es fundamental dentro del proceso mediación, toda vez que engloba el compromiso que adquieren tanto las partes involucradas, como el mediador, de no divulgar lo tratado y discutido en el proceso de solución del conflicto. Basados en este

¹⁵ Ley 5/2012, [Mediación en asuntos civiles y mercantiles de España], «BOE» núm. 162, 7 de julio de 2012.

¹⁶ Artículo 43, Ley de Arbitraje y Mediación, [LAM], R.O. 417 de 14 de diciembre de 2016.

¹⁷ Santiago Miranzo de Mateo, "Quiénes Somos, A Dónde Vamos...Orígen y Evolución del Concepto de Mediación", *Revista de Mediación. Año 3. N° 5* (2010), 8.

¹⁸ Rafael Medina Rospigliosi. *Principios de la Conciliación*. (Lima, 2008). 718.

¹⁹ Leticia García Villaluenga, "La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles", *Revista general de legislación y jurisprudencia N4* (2010), 40.

²⁰ Sparvieri, Elena. *Principios y técnicas de Mediación: Un método de resolución de conflictos* (Buenos Aires: Biblos, 1995), 35.

principio, las sesiones de mediación gozan de un ambiente de confianza y seguridad²¹. En concordancia con lo expuesto, la Ley de Arbitraje y Mediación otorga el carácter de confidencial al proceso de mediación, y estipula que este solo podrá ser levantado siempre y cuando exista acuerdo entre las partes de así hacerlo²².

- Flexibilidad

La mediación debe ser flexible, y este es el eje central de este proceso. La flexibilidad de la mediación involucra varios niveles y aspectos en cuanto: i. al lugar donde se lleva la mediación; ii. Quienes acuden al proceso de mediación; iii. El número de sesiones necesarias para dar solución al conflicto; y, iv. nombrar un mediador que se adapte a sus necesidades²³. De esta manera, y gracias a la flexibilidad que otorga el proceso, se deja de lado la formalidad que enviste al proceso judicial, y les permite a las partes entablar conversaciones con más seguridad, comodidad y certeza de que se encuentran bajo un proceso con reglas delimitadas por ellos mismos, llegando incluso a mejorar su relación tras el proceso de mediación²⁴.

- Neutralidad e imparcialidad del mediador

Por un lado, tenemos a la neutralidad, que hace referencia a que el mediador no tome partido en el conflicto. Esto quiere decir, que la tarea del mediador es lograr que las partes se involucren emocional y personalmente con la cuestión en discusión y la solución de este. Todo esto, sin que el mediador tome una decisión, ni mucho menos exponga una distinta a la que las partes han llegado. Y donde para, el mediador ser un órgano decisor, no puede inclinarse hacia una u otra de las posiciones iniciales²⁵. Por otro lado, la imparcialidad del mediador refiere a que este no debe tomar preferencias con las partes, ni favorecer a alguna de ellas, ya que debe velar por el beneficio e igualdad de los intervinientes²⁶. Estas dos aristas se conjugan, para formar parte de las características principales que debe tener el mediador.

²¹ Sparvieri, Elena. *Principios y técnicas de Mediación: Un método de resolución de conflictos* (Buenos Aires: Biblos, 1995), 40.

²² Artículo 50, LAM, R.O. 417 de 14 de diciembre de 2016.

²³ Gloria Álvarez Ramírez, "Discapacidad y mediación", *Aldaba*, n.º 42 (2018), 99.

²⁴ Miguel Ángel Montoya Sánchez y Isabel Puerta Lopera, "La mediación familiar. El encuentro de las partes como apertura a la transformación", *Opinión Jurídica* 11 (2012), 18.

²⁵ Gabriela Rodríguez Fernández, "Principios Básicos de la Mediación y Resolución Alternativa de Conflictos Penales", *Crítica Penal y Poder* 0, n.º 1 (2011), 153.

²⁶ Álvarez Ramírez, "Discapacidad y mediación" *Revista Aldaba* n.º 42, (2017), 108.

3.2. Mediación familiar

3.2.1. Definición

La mediación familiar ha sufrido transformaciones a lo largo de su aplicación como método alternativo de solución de conflictos, y más aún en la concepción misma de lo que entendemos como familia. Esta institución social, ha tenido cambios sustanciales, modificando la estructura tradicional e incorporando nuevas figuras a la conformación del hogar; causando total transformación de la acepción del contexto familiar²⁷. Con este preámbulo, la mediación familiar se define como un mecanismo alternativo al proceso judicial para tratar conflictos no violentos²⁸ en el entorno familiar. Mediante un tercero imparcial –mediador– para que facilite la comunicación y el diálogo entre las partes, con el fin de obtener soluciones en el conflicto.

La práctica de la mediación familiar está destinada a tratar conflictos familiares de todo tipo, tales como mal entendidos en el ámbito empresarial-familiar; cuidado de progenitores; herencias; desacuerdos con hijos dependientes; problemas en las decisiones del hogar; y, con una mayor incidencia de procesos, aquellos conflictos generados por divorcios y separaciones del grupo familiar²⁹. En esta línea, es pertinente acotar la conceptualización de Parkinson con relación a la mediación familiar, que indica que es el proceso donde un tercero imparcial ayuda a los afectados de la ruptura familiar, particularmente en la separación o divorcio de pareja, con el objetivo de mejorar el entendimiento y comunicación, para que así puedan tomar decisiones sobre el futuro familiar³⁰.

Ahora bien, abordaremos las principales características de la mediación familiar³¹, sin dejar de lado, los principios citados en líneas anteriores, los cuales son inherentes a todo el proceso de mediación:

- El interés superior del niño prima en la búsqueda de acuerdos y alternativas relacionados con las funciones parentales.
- La mediación puede ser una herramienta para la prevención del escalamiento de los conflictos familiares en un futuro.

²⁷ *Id.* 19.

²⁸ Artículo 17, Código Orgánico de la Función Judicial. [COFJ], R.S. 544, de 09 de marzo de 2009.

²⁹ Carmen Soto Peña, “La Mediación Familiar: Características del Proceso Mediador.” *Canal Educación y Sociedad* (2018).

³⁰ Lisa Parkinson, *Mediación Familiar Teoría y Práctica: Principios y Estrategias Operativas* (Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 2005), 56.

³¹ Unión de Asociaciones Familiares (UNAF). “Logros y enseñanzas de los 25 años del Programa de Mediación Familiar de UNAF”(2016). 55.

- Busca modificar la actitud de las partes para mejorar la relación futura de ambas. Es decir, que es ideal para conflictos donde las partes continúen interactuando a futuro, como es el caso de parejas con hijos dependientes.
- El principio de acento a futuro se basa en que la mediación debe focalizarse en lo presente, pero también a futuro. Este es un principio esencial para todo proceso de mediación, pero en el caso familiar, cobra importancia³². Toda vez, que los acuerdos a los que lleguen las partes estarán inmiscuidos en el desarrollo del niño, niña o adolescente, por lo que debe prestarse especial atención en las consecuencias a futuro de los acuerdos a los que se llegue.

Por lo expuesto, se puede determinar que la mediación familiar es un método alternativo de la solución de conflictos en el ámbito familiar, especialmente en la ruptura de las relaciones entre sus miembros, como son la separación y el divorcio; donde un tercero imparcial llamado mediador colabora con las partes para que estas lleguen a acuerdos que mejoren sus relaciones. Este tipo de mediación se compone de características especiales y principios que deben ser tomados muy en cuenta. De modo que, el mediador facilite a las partes la toma de decisiones con injerencia positiva sobre el núcleo familiar, al tiempo como a futuro.

3.2.2. Sujetos intervinientes en la mediación familiar

Dentro del proceso de mediación familiar, se involucra la participación de los siguientes sujetos: el mediador, la pareja en conflicto -partes- como los hijos de ésta, los cuales vivencian de manera pasiva pero directa la digresión familiar y sus consecuencias³³. Las partes en conflicto son las protagonistas del proceso, desarrollando su voluntad, autonomía y presentando sus pretensiones a conseguir en la negociación, las cuales con ayuda de un mediador que facilite el proceso y la comunicación entre las partes obtendrá la satisfacción de los involucrados. Aquí, el objetivo del mediador es mejorar la comunicación entre las partes, para que puedan analizar y organizar los temas a tratar para llegar a un acuerdo. Sin dejar de lado, la estabilidad familiar, relaciones y lazos afectivos; y de ser posible, reconstruyendo la armonía entre las involucrados, en beneficio del entorno familiar a futuro³⁴.

³² Julio Piedra Cristóbal, "Aproximación a la mediación comunitaria. Retos y desafíos", *Revista de Mediación* 10 (2017), 7.

³³ Unión de Asociaciones Familiares (UNAF). "Logros y enseñanzas de los 25 años del Programa de Mediación Familiar de UNAF" (2016) 55.

³⁴ Jesús Antonio Piña Gutiérrez y Cecilia Bernice López Martínez, "La Mediación en el Ámbito Familiar", *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Vol. 5, Núm. 9 (2017), 18.

3.2.3. El mediador, como tercero imparcial en la mediación familiar

Hecha alusión respecto a la intervención del mediador en el proceso de mediación, en líneas anteriores, y haciendo hincapié acerca de su imparcialidad para conducir la negociación, con el objetivo de mejorar la comunicación de las partes y que estas puedan llegar a un acuerdo velando por la estabilidad familiar. Es momento de revisar los requisitos que se exigen a este tercero imparcial para participar en el proceso de mediación, y si nuestra legislación hace una determinación específica en el caso del mediador de familia.

- Requisitos para ser mediador en el Ecuador:

En el Ecuador para fungir de mediador en la resolución alternativa de un conflicto, es necesario cumplir con requisitos de índole general previstos por el órgano de control, sin perjuicio de los requisitos específicos que establezca cada centro de mediación –sea público o privado–.

En resolución 026-2018 –Instructivo de Registro y Funcionamiento de Centros de Mediación– bajo sus artículos 28 y 29 se establece que, para estar habilitado como mediador de un centro de mediación se deberá obtener la autorización del Director del centro. Esta habilitación se fundamenta en la capacitación teórica-práctica que imparten los centros de formación de mediadores –debidamente registrados en el Consejo de la Judicatura– y haber participado como observadores de al menos cinco casos reales de mediación. La formación teórica-práctica de mediadores está dirigida a estudiantes universitarios y profesionales de todas las áreas de conocimiento³⁵. La formación antes referida, debe cumplir con ciertos parámetros como: una duración mínima de 80 horas, con carga horaria teórica del 20% al 30%. Bajo esta misma línea, la formación debe abarcar temas sobre mediación, principios jurídicos de la mediación, el mediador, procesos de registro de un centro de mediación, taller sobre manejo de conflictos, técnicas de comunicación, aplicación de técnicas de negociación en mediación, actas de mediación, materias transigibles, y simulaciones de audiencias de mediación³⁶.

Vistos los requisitos generales enunciados por el órgano de control, se da paso a la revisión de los requisitos específicos que exigen algunos de los más importantes centros de mediación –públicos y privados– del Ecuador. La Defensoría Pública condiciona que para ser mediador de su centro se requiere nacionalidad ecuatoriana, formación teórica-práctica y

³⁵ Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial. Consejo de la Judicatura. Último acceso: 30 de octubre de 2020.

³⁶ Resolución 026-2018, Consejo de la Judicatura, [Resuelve: Expedir el Instructivo de Registro y Funcionamiento de Centros de Mediación], Registro Suplemento 209 de 27 de marzo de 2018.

declarar su compromiso de sujeción al principio de confidencialidad³⁷. Por otro lado, la Cámara de Comercio de Quito, establece que, para ser autorizado como mediador, es necesario tener al menos 25 años, contar con capacitación teórica-práctica de mediación, justificar prácticas por un tiempo no menor a 40 horas y acreditar suficientes certificados de idoneidad y ética³⁸. Por su parte, la Universidad de Cuenca expone que para ser tercero imparcial en su centro de mediación se requiere: contar con un título de tercer nivel reconocido y registrado en las ramas académicas afines a las funciones propias de su cargo, ser docente de la Universidad de Cuenca, y acreditar los conocimientos teórico-prácticos de mediación³⁹.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, y los distintos centros de mediación, plantean una serie de exigencias académicas, personales, laborales, entre otras, con el objetivo de garantizar que los mediadores, estén aptos para ser parte de la resolución alternativa de conflictos. Es así como, entre los principales requisitos para acreditarse como mediador están contar con: un título de tercer nivel, capacitación teórica-práctica de mediación y haber realizado observación de casos reales.

De la revisión de requisitos generales planteados por el ente de control, y de los requisitos específicos de distintos centros de mediación públicos y privados, se evidencia que no se exige mucho más allá de los requisitos genéricos. Pero, no solo no se exige un perfil más estricto para fungir de mediador, sino que, esta ausencia de rigidez para ser tercero imparcial desencadena una serie de problemas de cara a la resolución de conflictos –y más aún aquellos de carácter familiar– problemas que se exhibirán en los siguientes apartados de la presente investigación.

4. Niñas, niños y adolescentes en la mediación familiar

En el presente capítulo se tratará sobre el Interés Superior del Niño y la importancia de la intervención de niñas, niños y adolescentes –NNA– en el proceso de mediación familiar en el Ecuador, analizando si dentro de este proceso se garantiza estos principios fundamentales. Previo a esto, es menester señalar que, parecería que, en vía judicial, los NNA tienen una mayor participación en el proceso, frente a una escasa participación en procesos familiares en mediación; intervención supeditada a decisión de los padres y del mediador. A modo de preámbulo, cabe mencionar que el Código de la Niñez y Adolescencia –CNA– del Ecuador determina que el Interés Superior del Niño es un principio fundamental, y que toda autoridad e

³⁷ Artículo 10, Resolución de la Defensoría Pública 89, Defensor Público General, [Crear y organizar el Centro de Mediación de la Defensoría Pública], Registro Oficial 900 de 26 de febrero de 2013.

³⁸ Artículo 36, Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (2012)

³⁹ Artículo 14, Reglamento del Centro de Mediación de la Universidad de Cuenca (2017).

institución tiene el deber de ajustar sus decisiones y acciones para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos del niño. Así mismo el Ecuador es parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la que se les reconoce a los niños el derecho fundamental a ser escuchados y tener participación en temas donde se vean afectados, refiriéndose a niños como toda persona menor de 18 años.⁴⁰

4.1. Interés Superior del Niño

El Interés Superior del Niño –ISN–, ha sido un elemento que antiguamente la doctrina lo ha calificado como un concepto jurídico indeterminado, esto quiere decir que son aquellos criterios de valor, que son analizados en el momento de ser aplicados debido a su aparente imprecisión. Esta visión, ofrecía un criterio para tomar y valorar decisiones conforme a este, con el objetivo de que, al aplicarlo en una determinada situación, se pueda llegar a una solución que excluya a otras posibles⁴¹. Sin embargo, Este concepto jurídico ha evolucionado a la par con el reconocimiento de los derechos del niño. A criterio de Miguel Cillero, el ISN es un principio garantista, entendiéndose a esto como vínculos normativos idóneos para asegurar la existencia de los derechos subjetivos del niño. Este principio, busca satisfacer plenamente los derechos de los NNA, y del mismo se desprenden las siguientes características inherentes: i. Ser una garantía, en toda decisión que concierna al niño se debe considerar principalmente sus derechos, ii. Es de gran amplitud donde no solo el legislador está obligado, también, todas las instituciones públicas y privadas, las autoridades y los padres; iii. Es una norma de interpretación o de resolución de conflictos jurídicos; y, iv. es una directriz política para orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo pacífico de los derechos de NNA⁴².

Actualmente, bajo la Convención Sobre los Derechos del Niño, el ISN se proyecta a garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la Convención, así como el desarrollo holístico del niño. De igual manera, la plena aplicación de este concepto exige adoptar un enfoque basado en los derechos para garantizar la integridad física, moral, psicológica y espiritual de los NNA y promover su dignidad humana. El Comité de los Derechos del Niño subraya que el ISN es un concepto triple: i. Un derecho sustantivo, donde el ISN es una consideración primordial a la hora de tomar una decisión que afecte a un niño. ii. Un principio jurídico interpretativo fundamental, en la cual se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el ISN, cuando una disposición jurídica admite más de una

⁴⁰ Artículo 1. Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴¹ Irene Ortega Guerrero, "El Principio del Interés Superior del Niño en las Situaciones de Crisis Familiar: Una Perspectiva Comparada en el Ámbito de la Unión Europea", *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol 2, N3 (2002), 22.

⁴² Miguel Cillero Bruñol, "El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño", *UNICEF Justicia y Derechos del Niño* N9 (2007), 141.

interpretación. Y, iii. Una norma de procedimiento, en la cual, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño. La evaluación y determinación del ISN requieren garantías procesales. Además, debe justificarse las decisiones que se ha tomado sobre el niño y que se ha considerado su interés superior.⁴³ En este mismo sentido lo recoge la normativa nacional, que a la luz del Código de la Niñez y Adolescencia establece que el interés superior del niño es un principio que tiene como objetivo garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los NNA, e impone a todas las autoridades e instituciones el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento⁴⁴.

El ISN cobra un papel fundamental en materia de mediación familiar, constituyéndose como uno de los principios más característicos a la hora de que las partes lleguen a un acuerdo. La mediación familiar como se analizó anteriormente es un proceso donde el mediador ayuda a los afectados de la ruptura familiar, separación o divorcio, con el fin de facilitar la comunicación y entendimiento, para que puedan llegar a acuerdos sobre el futuro familiar. Es así como es muy importante que los progenitores dentro de sus decisiones estén conscientes sobre la importancia de garantizar el ISN para que estos puedan participar de todas las decisiones que los afectan en el ejercicio de sus derechos desde el momento de la separación y a futuro.

En suma, el principio del ISN se basa en la plena satisfacción de sus derechos y tiene como objetivo garantizar el desarrollo del niño, su integridad física, moral, y psicológica; promoviendo su dignidad humana⁴⁵. Es por esta razón, que los derechos de los niños que se encuentran resguardados por el principio del ISN, deben ser garantizados en todo proceso de mediación familiar, desde una mirada transversal, es decir, reconociendo las necesidades específicas de los NNA en el caso concreto. Aquí el mediador tomará en consideración si los intervinientes tienen una condición específica de protección además la que conlleva su edad. Por lo que los centros de mediación tendrán que garantizar mecanismos de interacción con los NNA respecto de su edad, madurez, idioma, discapacidad, pertenencia a un pueblo o nacionalidad indígena, etc.

⁴³ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, 29 Mayo 2013, CRC/C/GC/14. Párr. 6.

⁴⁴ Artículo 11, Código de la Niñez y Adolescencia, R.O. 737 de 03 de enero de 2003.

⁴⁵ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N14 (2013)*.

4.1.1. Elementos para tener en cuenta en la evaluación del Interés Superior del Niño

Existen dos pasos a seguir para tomar una decisión –en procesos judiciales, administrativos y alternativos de solución de conflictos– que son: la evaluación y la determinación del interés superior del niño. La evaluación consiste “en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación⁴⁶” y la determinación se entiende por “el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el ISN tomando como base la evaluación del interés superior⁴⁷.” Esta evaluación y determinación se debe realizar tomándose en cuenta las características específicas de cada niño de que se trate el caso, como: la edad, sexo, grado de madurez, experiencia, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, entre otros⁴⁸. Estos elementos deben ser valorados y ponderados en relación de los demás, y cada uno puede ser utilizado según el niño y las circunstancias en las que se encuentre. Cabe mencionar que toda decisión que se toma con base en estos elementos es susceptible de cambio a medida que las capacidades y necesidades de los NNA se modifican, esto en respeto a su ejercicio progresivo de los derechos. Por lo tanto, en estas decisiones se debe tomar en cuenta el empoderamiento del niño. Esto implica el ejercicio pleno de los derechos sin restricciones y con ello la revisión permanente de las medidas y su ajuste basándose a las nuevas circunstancias del niño⁴⁹.

- La opinión del niño

La Convención Sobre los Derechos del niño en su artículo 12 estipula que son los Estados los que deben garantizar que el niño que se encuentre en condiciones de tener un juicio propio, tiene el derecho de expresar su opinión libremente en los asuntos que lo afecten, y estas opiniones deben ser tomadas en cuenta en función de su edad y madurez⁵⁰. En este sentido, la normativa nacional, a través del Código de la Niñez y Adolescencia, establece que los niños tienen derecho a la libre expresión y a ser consultados, refiriéndose respectivamente a que los niños pueden expresarse libremente, a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sea oralmente, por escrito o cualquier otro medio; y que en todo asunto que los afecte,

⁴⁶ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N14 (2013)*. Párr. 47

⁴⁷ *Id.* Párr. 47

⁴⁸ *Id.* Párr. 48

⁴⁹ Farith Simon Campaña. *Manial de Derecho de Familia* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2020), 474.

⁵⁰ Artículo 12, Convención Sobre los Derechos del Niño, Nueva York, ratificada por el Ecuador el 21 de marzo de 1990.

estos deben ser consultados. La opinión que los niños tengan se debe tomar en cuenta en medida de edad y madurez.⁵¹

El objetivo de la opinión del niño es que se le otorgue la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento, sea judicial, administrativo u otros métodos alternativos a la solución de conflictos, donde se vea afectado. Esto quiere decir que, si el niño no puede dar su opinión o no se da la importancia debida a esta manifestación, según su edad y madurez, se estaría vulnerando su interés superior y que este sea participe de la determinación de aquello⁵². Sin embargo, esto no quiere decir que los niños que no se apeguen al precepto de “edad y madurez” o que se encuentren en una situación vulnerable, no puedan expresar su opinión ni mucho menos que estas opiniones sean desestimadas, o peor aún que no se le otorgue la importancia debida. Al contrario, en palabras de la Dra. Arévalo –psicóloga infantil y mediadora– la intervención de los NNA en el proceso de mediación permite que estos se sientan más seguros al saber que pasará en su futuro familiar después de la separación de sus padres. Así mismo, permite que no exista un desapego con el padre con el que no convivirá, además permite que los niños se sientan que son importantes en las decisiones de sus padres al poder expresarse y formar parte del proceso. Lo cual es concordante con lo expuesto por la Convención Sobre los Derechos del Niño que en su observación general número 14 menciona que se deben adoptar medidas concretas para garantizar la plena participación en la evaluación del interés superior del niño⁵³.

La opinión del niño en la mediación familiar es de suma importancia- Primero, este constituye un elemento trascendental al evaluar el ISN. Segundo, los niños tienen el derecho de ser escuchados en todo proceso que los afecte, como son los temas que se tratan en una separación o divorcio. Aquí, su opinión y voluntad debe ser considerada en los acuerdos a los que lleguen los padres, con el fin de no vulnerar ninguno de sus derechos y que pueda desarrollarse sin problemas en su entorno familiar. Tercero, la opinión del niño no debe ser condicionada a una edad, sino que todos los niños de cualquier edad tienen el derecho a opinar y a exigir su libertad de expresión en todo proceso que lo afecte, así mismo tienen el derecho de difundir, buscar, recibir información e ideas de todo tipo, siempre que no afecte el derecho de otros. Además, es un deber del Estado asegurar los medios necesarios para garantizar la participación de los NNA dentro de todo tipo de proceso, lo que incurre en una obligación a los

⁵¹ Artículo 59 y 60, Código de la Niñez y Adolescencia, 2003.

⁵² ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N13 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 53)*, 29 Mayo 2013, CRC/C/GC/14.

⁵³ *Id.* Párr. 54

Estados parte de adecuar un equipo integral que permita a los NNA darse a entender y comunicarse por vías distintas a las aplicadas a los adultos, debido a que la comprensión de la niñez y adolescencia identifica necesidades específicas y soluciones para estas, como intervención de equipos técnicos que viabilicen la comunicación, métodos lúdicos, métodos de entrevistas especiales y en el lenguaje adecuado para acceder a la realidad de la infancia.

- Identidad del niño

Los niños, niñas y adolescentes se caracterizan por ser un grupo heterogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta su diversidad de cara a evaluar su interés superior⁵⁴. La identidad del niño tiene varias características entre ellas el nombre, sexo, la orientación sexual, nacionalidad, religión, creencias y los vínculos familiares. Mantener el vínculo es de tal importancia que el Estado asume la responsabilidad de garantizar el derecho del niño a mantener contacto directo con sus padres –si este se encuentra separado de uno de ellos o de ambos– a menos que la separación sea justificada y necesaria para garantizar su interés superior⁵⁵. El Código de la Niñez y Adolescencia⁵⁶ establece el derecho que tienen los NNA a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, poniendo especial atención en sancionar a los responsables de la alteración o sustitución de este derecho.

Entonces, ¿qué relación tiene el precautelar las relaciones familiares con la mediación familiar? Pues bien, concatenando con el enunciado anterior de la opinión del niño, ayudará a que, durante el proceso de mediación familiar, el mediador vele en todo momento por su interés superior, evitando violar su voluntad y precautelando la entera satisfacción del NNA, y de las partes en conflicto. Así, estas decisiones tomadas en la negociación acarrearán resultados positivos en la formación de valores, creencias, personalidad y en general en el desarrollo positivo de la identidad del niño, niña o adolescente.

- Preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones

La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños. El término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la

⁵⁴ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N13 (2013)*. Párr. 55

⁵⁵ Artículo 8, Convención Sobre los Derechos del Niño.

⁵⁶ Artículo 13, Código de la Niñez y Adolescencia, 2003.

costumbre local⁵⁷. En este mismo sentido lo recoge el Tribunal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Opinión Consultiva OC-24/17– al decir que la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como abuelos, tíos y primos siempre que tengan lazos cercanos familiares. Además, los lazos familiares pueden constituirse entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes cuando no han convivido con sus padres o están a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo del niño. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar del niño.⁵⁸ Cuando los padres se encuentran en conflicto, entra en juego la mediación familiar, y – en general– se encontrarán separados/divorciados, o en proceso. En relación directa y complementaria con lo enunciado en el apartado inmediatamente anterior, es un derecho del niño conservar su entorno familiar y preservar sus relaciones familiares en sentido amplio, como abuelos, tíos, primos y amigos⁵⁹. El Estado debe garantizar que el NNA disfrute y conserve las relaciones familiares, pues esto permitirá al niño a desarrollarse de manera plena en un ambiente familiar garantizando la identidad del niño.

De esta manera, y en beneficio de un desarrollo positivo físico y emocional del niño, niña o adolescente, es importante garantizar el entorno familiar y mantenimiento de las relaciones siempre que el interés superior del niño no se vea afectado, y sobre todo atendiendo a la expresión de opinión y voluntad del NNA. Destacando, que las medidas de separación no pueden darse por motivos económicos o debido a discapacidad de ellos o sus padres. Esta medida debe ser tomada como último recurso en caso de que el niño esté en peligro de sufrir algún tipo de daño. Pues, el niño debe permanecer en su núcleo familiar debido a que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia, a pesar de que los padres se encuentren separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada. Por lo que, cuando exista una separación de su núcleo familiar, es necesario que se justifique debidamente las razones y que preferentemente la separación sea temporal.⁶⁰

⁵⁷ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N13 (2013)*.

⁵⁸ Opinión Consultiva OC-24/2017 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 24 de noviembre de 2017, párr. 178.

⁵⁹ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N13 (2013)*. Párr. 70.

⁶⁰ Opinión Consultiva OC-17/2002 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 28 de agosto de 2002, párr. 71 a 77.

- Cuidado, protección y seguridad del niño

Bajo su artículo 3, la Convención Sobre los Derechos del niño establece que son los Estados Parte los comprometidos a asegurar al NNA la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, siempre “teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, con el fin de tomar medidas legislativas y administradas adecuadas⁶¹”. La Observación General número 14, complementa el artículo en cuestión, agregando que la “protección” y “cuidado” deben ser interpretadas en un sentido amplio, pues el objetivo de la “protección”, no es interpretarlo en una forma limitada o negativo en sentido de que la protección del niño debe darse únicamente a los daños que estos pueden sufrir, sino en relación con el ideal amplio donde se garantice el bienestar y el óptimo desarrollo del niño⁶².

Es el Estado junto con los padres, tutores o personas responsables del niño, de garantizar el derecho de estos al cuidado, protección y seguridad, interpretándose estos conceptos en sentido amplio. Es decir que no se debe únicamente brindar cuidados y protección cuando los niños se encuentren vulnerables o en peligro, sino que se debe garantizar la protección y cuidado emocional el cual permitirá que el niño se desarrolle de forma óptima y pueda crear lazos afectivos seguros con su entorno familiar para lograr así un entorno estable y un desarrollo adecuado⁶³. Y este cuidado y protección emocional se precautela de mejor manera atendiendo a la opinión y voluntad del NNA,⁶⁴ visto este como un sujeto pleno de derechos y obligaciones conforme lo establece el artículo 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana.⁶⁵

4.1.2. Análisis de casos y aplicación de principios.

En el siguiente apartado se presenta algunos casos reales de mediación familiar, en donde se revisa garantías procesales que tendrían que observarse y se determinará si estas se están respetando a fin de precautelar el principio del ISN, durante el desarrollo de los procesos de mediación y en la decisión final de la negociación. Por motivos de confidencialidad no se revelará el Centro de Mediación, ni los nombres de las partes, quienes han autorizado revelar parcialmente la información de los casos. Lo que se presenta a continuación es de vital importancia para saber si los procesos de mediación han superado la visión de la “Doctrina de

⁶¹ Artículo 3, Convención Sobre los Derechos del Niño.

⁶² ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N13 (2013)*.

⁶³ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N13 (2013)*. Párr. 72 a 74.

⁶⁴ Arevalo, Karla, Entrevista de Michelle Erazo.2020. Intervención de los NNA en mediación familiar. (10 de Octubre).

⁶⁵ Artículo 19. *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. En vigencia desde el 18 de julio de 1978, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

Situación Irregular” en donde los NNA son objeto de asistencia, y se ejerce únicamente una acción tutelar sobre ellos.⁶⁶

- Presentación de casos

Caso 1. Acta AC-2019

En este caso las partes acuden Centro de Mediación con el objetivo de establecer un régimen de visitas, alimentos y tenencia de sus dos hijos de 17 y 9 años, y más adelante seguir el proceso de divorcio de mutuo acuerdo en notaría. Las partes acordaron ejercer la patria potestad de manera conjunta, y que los niños se encontrarán bajo la tenencia, cuidado y protección de la madre. Así mismo, se decidió fijar la pensión alimenticia regidos por la tabla de pensiones alimenticias vigente para el año 2019. Por último, las partes establecen un régimen de visitas cerrado a favor del padre, pudiendo visitar a sus hijos una vez al mes previa comunicación con la madre.

Caso 2. Acta CMN-2017

Dentro del caso las partes buscan establecer un régimen de visitas, alimentos y tenencia de su hijo de 3 años. En este, las partes acuerdan ejercer la patria potestad de manera conjunta y una pensión alimenticia tomando en cuenta las cargas familiares del alimentante y la tabla⁶⁷ vigente para el año 2017. Las partes acuerdan que la tenencia será de la madre, y que el régimen de visitas será cerrado fijado en dos sábados al mes. Este proceso actualmente se ventila en vía judicial en incidente de régimen de visitas accionado por el padre, y su deseo de convivir más con su hijo.

- Garantías procesales con relación al interés superior del niño

- Debido proceso

El debido proceso es un derecho fundamental lleno de principios y garantías básicas que son necesarias en diversos procedimientos a fin de obtener una solución justa, dentro del marco del estado social, democrático y de derecho. El debido proceso –dentro de mediación y mediación familiar– coadyuva a obtener una negociación y decisión justa, a través de un proceso ceñido a determinadas reglas. Este derecho se recoge en la Constitución de la República

⁶⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*. 30 de noviembre 2017.

⁶⁷ Acuerdo Ministerial No. 011, Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES) [Tabla de pensiones alimenticias mínimas], Registro Suplemento 136 de 05 de febrero de 2020.

del Ecuador, señalando que es un medio, por el que se trata de asegurar, en mayor medida una posible la solución de un conflicto jurídico de la manera más justa posible⁶⁸. Así se los asume como un conjunto de reglas y características de observancia obligatoria en todo proceso. En materia de niñez y adolescencia las reglas del debido proceso se hallan establecidas en la Convención Sobre los Derechos del Niño donde se busca salvaguardar sus derechos en las diferentes actuaciones por parte de la familia, sociedad y el Estado.⁶⁹ Estas garantías del debido proceso consagradas en la Convención Americana poseen un doble valor: intrínseco, mediante el cual la persona es considerada sujeto en el desarrollo de ese diálogo; e instrumental, como medio para obtener una solución justa. En este sentido, la Convención “reclama el reconocimiento de la autonomía y subjetividad del niño y establece el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos”.⁷⁰

A continuación, se detallarán más a fondo algunas garantías judiciales que se establecen en la Convención para garantizar el debido proceso y el interés superior del niño.

i. Derecho a ser escuchado

La Convención Sobre los Derechos del Niño resalta la importancia del derecho que poseen los NNA a expresar su opinión libremente, cuando se vean afectados⁷¹. Este derecho se corresponde con el derecho a la libre expresión y al poder expresar lo que sienten, en toda situación que se encuentren involucrados. Esto, atendiendo a la edad y madurez del niño, pudiendo expresarse por si solo, o a través de un representante que comunique con precisión su opinión. En caso de que la opinión del niño se contraponga a la de su representante, se debe acudir a otra forma de representación, por ejemplo: el curador Ad Litem⁷². Así mismo, se estipula que el niño tiene derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo –de cualquier instancia– integrado por jueces profesionales o no, incluyendo los procesos de conciliación, mediación y arbitraje en todas las medidas que lo afecte. De esta forma, se corrobora que el interés superior del niño y, en este caso, el derecho a ser escuchado debe ser tomado en cuenta en las decisiones, actos, conductas, propuestas, servicios o procedimientos relacionadas con el niño⁷³.

⁶⁸ Artículo 76, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁶⁹ Opinión Consultiva OC-17/2002. párr. 116.

⁷⁰ Opinión Consultiva OC-17/2002.

⁷¹ Artículo 12, Convención Sobre los Derechos del Niño.

⁷² Farith Simon Campaña. *Manual de Derecho de Familia* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2020), 475.

Un curador Ad Litem, es una figura legal establecida por el Código Civil, es un adulto que va a defender y a representar los derechos de los NNA, incapaces en algún conflicto o decisión de intereses.

⁷³ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (párrafo 27)*, 29 Mayo 2013, CRC/C/GC/14.

El ejercicio del derecho del niño a ser escuchado es uno de los valores fundamentales de la Convención y un elemento fundamental en los procesos. En este sentido, la participación de los niños no debe ser solamente un acto momentáneo, sino que, el niño debe tener una participación protagónica, responsable, respetuosa y sostenida. Esta participación coadyuva al intercambio de ideas entre NNA y adultos, facilitando la elaboración de medidas y soluciones que afectan directamente al día a día, y desarrollo de los niños⁷⁴. Lo cual, es corroborado por el Comité de los Derechos del Niño, que dentro de sus observaciones generales 12 y 14 prevé que debe darse al niño la oportunidad de ser escuchado, particularmente en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte⁷⁵.

Se ha identificado a plenitud la relevancia que tiene el derecho a ser escuchado, en concordancia con el principio del ISN, verificando la necesidad de participación de los NNA en el proceso de mediación. De esta manera, su opinión debe ser tomada en cuenta, y no solo como un derecho, sino como una obligación de escucha a ser cumplida. Sin pasar por alto, la especial atención que debe otorgarse a la opinión del NNA, atendiendo y previendo las implicaciones y consecuencias que tendrán las decisiones tomadas en el proceso, sobre su desarrollo a corto, mediano y largo plazo⁷⁶.

Alrededor del mundo, el derecho del niño a ser escuchado y a expresar su opinión sobre las cuestiones que lo afectan y a que estas sean debidamente tomadas en cuenta, son recurrentemente obstaculizadas en los diferentes procedimientos⁷⁷. En el Ecuador, lamentablemente se padece de lo mismo en los procesos de mediación. En estos, no se escucha al niño, ni se deja al NNA aportar su opinión sobre los temas que lo afecten, sobre todo, en temas que involucran la separación de padres, tenencia y régimen de visitas. Así mismo, a los Centros de Mediación no se les exige la intervención o apoyo de equipo técnico que colabore con procesos de escucha activa para NNA, a diferencia de otros procesos. A pesar de que en la Convención se establece que el ISN y todos sus derechos fundamentales deben ser tomados en cuenta en todas las decisiones donde se vean afectados, en todo proceso judicial, administrativo, arbitraje o mediación⁷⁸.

Ahora bien, con relación a los casos señalados al principio del epígrafe, se puede observar que la participación de los niños en el proceso de mediación es nula. Los únicos participantes del proceso son los padres y el mediador. Quienes, sin tomar en cuenta la opinión

⁷⁴ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N12 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (párrafo 2 y 13)*, 29 Mayo 2013, CRC/C/GC/14.

⁷⁵ *Id.*, Párr. 32.

⁷⁶ Miguel Alarcón, "Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación", *Ars Boni et Aequi* 11, n.º 2 (2015). 11-47.

⁷⁷ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N12 (2013)*.

⁷⁸ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N14 (2013)*.

de los NNA, han decidido aspectos de alta influencia sobre los NNA involucrados. Es así como, han planteado soluciones respecto a tenencia, régimen de visitas e incluso se tiene un incidente judicial con el fin de incrementar la frecuencia de visitas. Por lo que, claramente se ha omitido e inobservado el precepto de expresión de opinión del que deberían gozar los niños en el proceso de mediación familiar. Y, en caso de no poder hacerlo por sí solo o cuando su opinión pueda ser contraria y no aceptada por los padres, contar con un representante externo que pueda velar por su interés superior. Pues con restricciones basadas en el adulto centrismo, el NNA se vuelve objeto de negociación.

ii. Determinación de los hechos

Los hechos e información de un determinado caso, deben ser obtenidos mediante la intervención de profesionales capacitados, que reúnan todos los requisitos para evaluar el ISN. Esto quiere decir que toda la información obtenida debe ser verificada antes de utilizarse para la solución de un procedimiento donde intervengan niños y deba evaluarse su interés superior. Si los niños no desean expresar su opinión de forma directa, pueden hacerlo mediante un representante. De esta forma, los profesionales pueden mantener entrevistas con personas cercanas –de preferencia que estén en contacto con el niño a diario– para que brinden información sobre el tema en controversia y comuniquen con precisión las opiniones del niño. Así, los profesionales podrán manifestar las opiniones y deseos del niño con el objetivo de que los acuerdos a los que lleguen las partes respondan a su mejor interés y su voluntad⁷⁹.

De los casos abordados, la determinación de hechos desde distintas perspectivas es limitada. En ambos casos, son los padres quienes han tomado las riendas del problema y han planteado sus posiciones y voluntades. Así, se ha acordado un régimen de visitas cerrado sin tomar en cuenta que se está vulnerando el derecho del niño a la preservación de su entorno familiar. De igual manera, no se toma en cuenta la opinión del niño, ni mucho menos se busca mantener reuniones con personas cercanas al niño con el fin de reunir información o que ayuden a expresar la opinión del niño para que el acuerdo al que lleguen las partes no vulnere derechos.

iii. La percepción del tiempo

Los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo que los niños, por lo que, conviene dar solución en el menor tiempo posible en todos los procesos que involucren niños. Pero la decisión no solo involucra el tiempo que tomó llegar a ella, sino que, la percepción del tiempo involucra que los acuerdos deben estar fundados y contruidos en base a temporalidad.

⁷⁹ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N14 (2013)*.

Es decir, las necesidades del niño hoy no serán las necesidades del niño mañana. Por lo que, las decisiones sobre el cuidado, tratamiento e internamiento del niño deben ser examinadas periódicamente y deben ser tomadas en función de su percepción del tiempo, la evolución de sus facultades y de su desarrollo. En todo proceso es necesario garantizar que se cumplirá con todos los derechos y necesidades previstas en la convención a medida que el niño se desarrolle, pues estas necesidades irán cambiando en medida del tiempo y su desarrollo⁸⁰.

En mediación se puede decir que la percepción del tiempo se cumple parcialmente. La mediación se caracteriza por ser un proceso rápido en comparación a la vía judicial, cuando las partes solicitan una mediación no suelen tardar tanto tiempo en llegar o no a acuerdos, por lo que la percepción temporal de los NNA no se vería afectada en caso de que intervinieran en los procesos. En este sentido, en los casos citados no se está tomando en cuenta la percepción del tiempo en cuanto a su desarrollo. Si bien es cierto, se habla de tenencia y régimen de visitas actual, pero no se habla de estos aspectos a futuro a medida que estos niños vayan desarrollándose y sus necesidades vayan cambiando, no se toma en cuenta el desarrollo progresivo de los derechos de los NNA. Tampoco se toman decisiones en cuanto a su desarrollo futuro en el ámbito estudiantil, social, espiritual y familiar. Es más, se limita el tiempo de permanencia con uno de sus progenitores sin aparente justificación, vulnerándose derechos importantes del interés superior del niño como son: identidad en cuanto a tener vínculos familiares fuertes o a un entorno familiar ampliado, y a construir un proyecto de vida integral. En consecuencia, a medida que el niño se vaya desarrollando, perderá comunicación y relación con uno de sus progenitores, coartando su relación y el vínculo familiar, cercano y amplio del que todo niño debería gozar.

iv. Profesionales cualificados y representación letrada

Dentro de todo proceso judicial, administrativo, arbitraje o mediación los niños deben contar con la participación de profesionales cualificados y especializados en cuestiones del desarrollo del niño y adolescente⁸¹. De esta forma, se garantiza experiencia y conocimiento en función de velar por el mejor interés del NNA y sobre quien tendrá incidencia el acuerdo al que se llegue. En los procesos judiciales, quien ejerce competencia es un juez de familia, mujer y adolescencia, por lo que son especializados y amplios conocedores en materia. Por lo que, son estos jueces los encargados de garantizar que en el proceso se ventile en favor del ISN, y que estos puedan ser escuchados a través de representantes o curadores ad Litem. Así mismo, de

⁸⁰ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N14 (2013)* Párr. 93.

⁸¹ *Id.* Párr 94 y 96.

ser necesario trabajan con peritos y sicólogos infantiles que ayudan a formular una solución adecuada, sin afectar sus derechos.

Por su parte, el proceso de mediación es un método que también permite trabajar con profesionales cualificados como lo son: sicólogos infantiles y peritos que permiten analizar de mejor manera los conflictos donde intervienen niños. Estos profesionales ayudan a que las partes puedan llegar a soluciones adecuadas, basándose en principios fundamentales de los NNA. Pero, a diferencia de la vía judicial, solo intervienen cuando las partes o el mediador proponen su participación para coadyuvar solucionar el conflicto, más no de forma obligatoria o para formar el criterio del juzgador –o del mediador y las partes en este caso–.

Como se desprende de la primera parte de la presente investigación, en el Ecuador –de entre los pocos requisitos para intervenir como tercero imparcial en mediaciones familiares– el mediador solo necesita un título de tercer nivel y haber culminado y aprobado un curso de mediación con todos sus requisitos, y así solicitar la calificación y registro. Esta poca exigencia, ha provocado que en el Ecuador no exista especialización de los mediadores para intervenir en los distintos tipos de mediación acotadas en el capítulo precedente. Por lo que, todo mediador está facultado –sin que implique que está capacitado– para llevar procesos de mediación familiar, e incluso procesos donde intervienen niños. Todo esto, sin tener plenos conocimientos legales, y mucho menos conocimientos paralegales sobre el desarrollo de los niños, la incidencia del vínculo familiar, y el ISN. En suma, el no tener un mediador especializado concretamente en aspectos familiares, que pueda evaluar el ISN, en aquellos procesos donde intervengan NNA, podría generar vulneración de derechos.

v. Argumentación jurídica

Todo acuerdo y decisión debe estar motivada, justificada y explicada, más aún aquellas que involucran NNA. La motivación y argumentación debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, los elementos en ese caso en concreto y como estos se han ponderado para determinar este principio. Si la decisión que se toma es contraria a la opinión del niño, se debe exponer y argumentar con claridad la razón por la que se ha tomado. Así mismo toda decisión tomada sobre el niño debe hacerse constar los mecanismos para examinar o revisar las decisiones de forma periódica⁸².

Abordando nuevamente los casos expuestos, en estos no existe motivación del porqué se ha tomado un tipo de régimen de visitas cerrado o porqué la tenencia se la da a un progenitor

⁸² ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N14 (2013)* Párr. 97 y 98.

y no al otro. El niño no tiene participación en el proceso, ni la tiene a través de sus representantes, por lo tanto, no existe una evaluación y ponderación de los elementos del interés superior del niño.

vi. Evaluación del impacto de la mediación familiar en los derechos del niño

En todo acuerdo debe constar el posible impacto que tendrá esta, sobre los derechos y del niño en concreto. Así, se revisará y garantizará que siguen un procedimiento apegado al ISN y su consideración primordial. Al realizar una evaluación del impacto en los derechos del niño, se puede prever las repercusiones de cualquier legislación, reglamentación presupuesto u otra decisión administrativa que afecte a los niños al disfrute de sus derechos, y debería complementar el seguimiento y la evaluación permanentes del impacto de las medidas en los derechos del niño⁸³.

En relación con los casos dispuestos, se observa que no existe una evaluación del impacto de las decisiones en los derechos del niño. Pues la toma de decisiones la hacen sus progenitores, sin participación ni valoración de sus hijos. Los progenitores –en ambos casos– deciden la tenencia a un solo progenitor y así mismo un régimen de visitas cerrado, sin evaluar el impacto en los derechos del niño y más aún en su desarrollo. Este tipo de acuerdos que no se encuentran justificados, producen una vulneración a los derechos del niño en cuanto a expresar su opinión, identidad, preservación de su entorno y relaciones familiares, cuidado, protección y seguridad.

5. Intervención de NNA en procesos de mediación, estudio comparado

En los capítulos anteriores, se ha expuesto la problemática ecuatoriana en los procesos de mediación. Problemática centrada en la inobservancia de la expresión de la opinión de niños, niñas y adolescentes, durante la negociación, acarreando acuerdos que no se apegan a la voluntad ni interés superior del niño. Esta atiende a la falta de especialización en materia de familia, previo a la intervención como tercero imparcial dentro de este tipo de mediaciones. Ahora bien, revisaremos los ordenamientos jurídicos de Argentina, Chile y España, países con basta experiencia en mediación y que por similitud jurídica han sido referentes por excelencia para el Ecuador.

⁸³ *Id.* Párr. 99.

- Argentina

La República Argentina regula la mediación bajo precepto legal, como la Ley 26.589 de Mediación y Conciliación, de la mano del Decreto 1480/92⁸⁴. Pero, es el Código Civil y Comercial de la Nación, el cuerpo normativo que da un enfoque mucho más amplio a la mediación familiar, preceptuando dentro de los principios inherentes a los procesos de familia la resolución pacífica de los conflictos⁸⁵.

Argentina, al igual que Ecuador, es Estado parte de la Convención Sobre los Derechos del niño⁸⁶, por lo que sus procesos deben atender y garantizar el ISN. Su ordenamiento jurídico expone que toda decisión que se dicte en un proceso donde están involucrados NNA se debe tener en cuenta el ISN⁸⁷. Para ello, los niños tienen derecho a ser escuchados en todos los procesos que los afectan directamente, su opinión debe ser tomada en cuenta y valorada según el grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso⁸⁸. Esto quiere decir que en todo proceso –incluyendo la mediación– se escucha al niño y el mediador debe garantizar la participación del niño en el proceso, velando su interés superior⁸⁹. En cuanto al mediador la República Argentina establece que para ser mediador se debe cumplir con: un título de abogado con tres años de antigüedad en la matrícula, y acreditar la capacitación en mediación⁹⁰. Y, para ser mediador familiar, además de los anteriores requisitos se necesita: antigüedad de 1 año en la matrícula del Registro de Mediadores de la Ley N. 26.589, y haber aprobado un curso especializado en mediación familiar o aquellos mediadores que acrediten antecedentes por publicaciones, actividad laboral, judicial, docente o académica en materia de derecho de familia, niñez y adolescencia⁹¹.

- Chile

En Chile, se encuentra regulada la mediación familiar en la Ley No 19.968 de Derecho de Familia, donde se establece los objetivos y el fin de la mediación familiar. En el citado cuerpo legal, se establece como objetivo de la mediación familiar el considerar y garantizar el interés superior del niño y se preceptúa que el obligado de velar por ello es el mediador; y si

⁸⁴ Decreto en el que se declara de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método no adversarial de solución de conflictos.

⁸⁵ Artículo 706, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, de 8 de octubre de 2014

⁸⁶ Artículo 706 numeral c, Código Civil y Comercial de la Nación, 2014.

⁸⁷ *Id.* Artículo 706.

⁸⁸ *Id.* Artículo 707.

⁸⁹ *Id.* Artículo 706 y 707.

⁹⁰ Artículo 11. Ley N. 26.598. [Congreso de la Nación] de 09 de junio de 2010.

⁹¹ Artículo 7. Resolución 919-E/2017. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2017.

fuere necesario e indispensable el niño puede ser citado para poder desarrollar la mediación con su intervención⁹².

La República de Chile –a diferencia de la República del Ecuador– cuenta con normativa específica sobre mediación familiar. Esto, beneficia en gran medida a los procesos de mediación y garantiza que se vele el principio de interés superior del niño. Dado que, da luces a los intervinientes respecto a cómo se debe desarrollarse el procedimiento. De este modo, exige que los niños cuenten con un mediador especializado en materia, quien velará por sus derechos y los garantizará durante el procedimiento y en la elaboración del acuerdo. Este mediador especializado en el área de familia debe cumplir con ciertos requisitos. En el artículo 112 de la Ley 19968 de la República de Chile establece que para inscribirse en el Registro de Mediadores es necesario tener: i. Título profesional de una carrera que tenga al menos ocho semestres de duración, otorgado por una universidad acreditada. ii. Formación especializada en mediación y materias de familia o infancia, impartida por alguna universidad o instituto. iii. No haber sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, ni por actos constitutivos de violencia intrafamiliar⁹³.

A pesar de tener una normativa en cuanto a mediación familiar y en esta especificar que se debe garantizar el ISN; también se hace alusión a que los niños tendrán participación únicamente, en circunstancias excepcionales en el desarrollo del proceso⁹⁴. Esto quiere decir que, son los padres los que en realidad serán considerados con preponderancia para el acuerdo, dejando de lado la opinión, intereses, punto de vista y deseos de los niños. De esta forma, se incumple el precepto obligatorio de participación de los niños en los procesos que los afecten, tal como menciona la Convención sobre Derechos del Niño.

- España

El Consejo de Europa –en el año 1998– aprueba la Recomendación N. R (98)1 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar, Recomendación en la que se establecen características, principios, objetivos, protección del interés del niño y la importancia de mantener la comunicación y el diálogo en el sistema familiar y en la mediación. En apego a la mencionada recomendación, España inicia la regulación de la mediación familiar en la Ley 1/2001 de Cataluña, a la que siguieron otras normativas autonómicas, como la aprobación de la Ley 15/2005, la modificación del Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento

⁹² Artículo 105, Ley 19968, [Tribunales de Familia] de 30 de agosto de 2004.

⁹³ Artículo 112, Ley 19968, [Tribunales de Familia] de 30 de agosto de 2004.

⁹⁴ *Id.* Artículo 105.

Civil, y la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁹⁵. Actualmente la mediación familiar se encuentra regulada en nueve de las 17 comunidades autónomas como Galicia, Canarias, Valencia, Castilla La Mancha, Baleares, Castilla y León, Asturias y Madrid⁹⁶.

Los puntos principales en los que se configura y se desarrolla la mediación familiar en todas las Comunidades Autónomas de España son la voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, profesionalidad, buena fe, flexibilidad, interés superior del niño y de la familia. Estos principios básicos son los que se deben garantizar en toda MF. Basándose en estos principios generales de la mediación familiar, cada Comunidad Autónoma extiende diferentes normas para el proceso y desarrollo de la mediación.

En la mayoría de estas Comunidades Autónomas que regulan la mediación familiar, en cuanto al perfil del mediador, tienen cierta homogeneidad. En general, se requiere de una titulación de grado en carreras como Derecho, Psicología, Trabajo Social. Para el ejercicio profesional de la mediación se requiere una formación de posgrado especializada en torno a 200 horas de formación específica, y el registro en el organismo de mediación establecido para tal fin en los colegios profesionales.

En materia de esta investigación –interés superior del niño en la mediación familiar– las Comunidades Autónomas que la regulan tienen como objetivo garantizar el interés superior del niño en todo el proceso, y el mediador es el encargado de velar por estos intereses. Algunas de las Comunidades Autónomas encargan al mediador el velar y el recordar a las partes la necesidad de garantizar el interés superior del niño, más los niños no cuentan con una participación en el proceso, sino que son llamados en circunstancias excepcionales cuando el mediador lo cree necesario. Otras Comunidades Autónomas como Cataluña dentro de la ex Ley 1/2001 de mediación familiar de Cataluña se establecía que el niño podía ejercer su derecho a ser oído a partir de los 12 años⁹⁷.

Actualmente, la redacción de la Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero, en su artículo 9, modificado por la Ley Orgánica 8/2015 del 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establece el derecho del niño a ser oído a pesar de que existe una referencia a la edad de 12 años en cuanto a la madurez. El artículo se muestra abierto donde establece que se debe escuchar al niño sin discriminación de su edad. Así mismo,

⁹⁵ Leticia García Villaluenga "La mediación familiar: una aproximación normativa" *Revista Ius* 1, n.º 20 (2016), 6.

⁹⁶ Luis Miguel Rondón García "Mediación familiar: un espacio de intervención para trabajadores sociales", *Trabajo Social N.11*, (2009), 17.

⁹⁷ Miguel Alarcón, "Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación", 11-47.

alude principalmente al concepto de madurez, el cual será considerado de acuerdo con el desarrollo evolutivo y la capacidad de comprensión del niño⁹⁸.

El Reino de España –a diferencia de la República del Ecuador– consta de normativa especializada para los diferentes tipos de mediación, lo que ha permitido garantizar el interés superior del niño en los procesos de mediación. Respecto de la mediación familiar España cuenta con normativa especializada lo que le permite determinar los objetivos del proceso y garantizar los derechos del niño y de la familia. Así mismo, la normativa especializada en mediación familiar permite contar con mediadores especializados, garantizando a las partes contar con un profesional cualificado para su caso y que velará y garantizará los derechos del niño. La normativa española ha ido modificándose hasta lograr garantizar el interés superior del niño en las mediaciones, donde estos en la mayoría de Las comunidades Autónomas son escuchados desde la edad de 12 años –edad que se considera cuentan con la suficiente madurez– Pero, con la modificación del artículo 9 de la Ley 8/2015 los niños pueden participar y ser escuchados desde que tenga la madurez suficiente para hacerlo, a lo que la Convención hace referencia de que esta puede darse desde su nacimiento y que el niño debe expresar su opinión a través de él o de un representante. De igual forma, puede verificarse la opinión y deseos del niño a través de conversaciones y juegos.

La especialización de los mediadores en mediación familiar permite tener un amplio conocimiento sobre la materia, impidiendo que se cometan errores en los procesos de mediación. El contar con mediadores especializados permite que las partes se encuentren acompañadas de un profesional cualificado que comprenderá de mejor manera la materia que se está tratando, tendrá experiencia en mediaciones familiares y en tratar con NNA, velará por los intereses de las partes sin dejar de lado el ISN.

Ahora se expondrá un caso de mediación donde se puede observar la extrema necesidad de contar con mediadores especializados en familia, para tratar casos de conflictos familiares; más aún, cuando se involucra decisiones que afectan a NNA.

Caso 3: Acta 8-2013

Las partes acuden al Centro de Mediación con el fin de acordar el pago de pensión alimenticia, tenencia y régimen de visitas para su hijo de 7 años. La pensión alimenticia es acordada bajo la tabla de pensión alimenticia mínimas del año 2013, se acuerda que la tenencia quedará a cargo de la madre, y el régimen de visitas para el padre será durante los fines de semanas; y en el acta se reconoce la paternidad del niño.

⁹⁸ *Id.* pág. 28.

En este caso, el mediador da paso al reconocimiento de paternidad y lo plasma en el acta de mediación. Error de procedimiento que –de tener el Ecuador mediadores especializados con amplio conocimiento en materia de mediación familiar– se evitaría al constituirse materia no transigible en mediación. Este tipo de errores podría ocasionar la invalidez de las actas o acuerdos, o a su vez que se vulneren los derechos de las partes.

De las legislaciones anteriormente comparadas, podemos observar que todos cuentan con mediadores especializados y que cuentan con cierta regulación para poder ser mediadores familiares. En cuanto a los requisitos para ser mediador familiar podemos notar que todos tienen características similares como contar con un título universitario, capacitación en mediación, haber aprobado cursos o postgrados en materia de familia, niñez y adolescencia o tener práctica en materia de familia. Esto permite que los mediadores sigan de forma adecuada y específica, los principios de la mediación familiar, entre uno de ellos garantizar el ISN, lo que hace referencia a la participación de los niños en los procesos que los afecte. Esto permitirá llegar a mejores acuerdos en cada caso en particular, evitará cometer errores de transigibilidad o forma, tendrá mejor comunicación con las partes y con los NNA. Además, entablará técnicas especiales para este tipo de mediación, y por último garantizará que en todo el proceso de mediación se vele el interés superior del niño.

5.1. Propuesta personal: Test de evaluación de idoneidad del mediador –previo a aceptar casos donde intervienen NNA– un aporte personal.

Partiendo de lo acotado en la en la presente investigación, contar con un mediador especializado en mediación familiar permite garantizar de mejor manera los derechos de las partes y de los NNA. En vista de que en el Ecuador no se cuenta con regulación especializada en mediación familiar, ni mediadores especializados en esta materia se propone un test de evaluación de idoneidad del mediador, previo a aceptar casos de mediación familiar donde intervienen NNA. El objetivo de este test es garantizar que tanto las partes como los NNA, cuenten con el debido proceso y con un profesional cualificado en la materia que ayude a garantizar todos los principios de la mediación familia, los derechos de las partes y el ISN; basándose en la participación activa que estos deben tener en el proceso. Por lo que, los mediadores que deseen aceptar casos de mediación familiar deben contar con los requisitos del siguiente test sugerido previo aceptar casos familia:

A. Contar con un título de tercer nivel.

Lo que se propone en este test es que se debe contar con un título de tercer nivel. Este requisito garantiza a los mediadores la posibilidad de continuar educándose y capacitándose en cursos especializados, maestrías y programas de estudio específico y de cuarto nivel. Por lo que la especialización de la mediación en general, podría estar orientada por el título de tercer nivel obtenido previamente, y esto generaría mayor experiencia en el área.

B. Haber aprobado un curso o especialización en materia de derecho de familia, niñez y adolescencia.

Para tomar casos de mediación familiar sería necesario y adecuado que el mediador cuente con capacitación en el área de familia, niñez y adolescencia. Esto permitirá al profesional a ayudar de mejor manera a las partes a llegar a acuerdos, así mismo facilitará la comunicación entre las partes logrando que estas se basen en garantizar el interés superior del niño. Además el mediador podrá ayudar al niño a expresar sus opiniones y que estas sean tomadas en cuenta en los acuerdos de sus progenitores. Por esto se ve la necesidad de que los mediadores hayan aprobado un curso o especialización en materia de derecho de familia, niñez y adolescencia de al menos 80 horas de capacitación teórica, donde se hayan tratado habilidades de comunicación familiar con niños, psicología familiar e infantil, teoría de sistemas familiares, derecho de familia, etc. Finalmente, esto garantizará la concreción de actas de mediación apegadas a Derechos y Principios, que se efectivizarán de una manera adecuada.

C. Tener experiencia mínima de 6 meses en ejercicio de la mediación

El beneficio de contar con un mediador que tenga experiencia es que estos a través del aprendizaje de sus casos, cuentan con más herramientas que les permitirá tener procesos más eficientes, generar mayor confianza y seguridad a las partes, mantener una mejor comunicación, con el objetivo de ser un facilitador para que estas puedan llegar a los acuerdos mas adecuados en cada caso. Además, el contar con un mediador con experiencia podrá notar de forma más rápida el estado en el que se encuentra el conflicto y podrá escoger el modelo de mediación mas adecuada para el caso, para que así que las partes puedan llegar a un acuerdo efectivo.

D. Demostrar experiencia en el trato con NNA.

Como hemos visto a lo largo del trabajo el proceso de mediación familiar debe garantizar el ISN, y uno de sus derechos fundamentales es poder participar en todo proceso que lo afecte, por lo tanto, la intervención de los niños en el proceso de mediación es muy importante, tanto que su opinión debe ser tomada en cuenta a la hora de que sus progenitores lleguen a los acuerdos. Por lo que se sugiere que el mediador haya tratado con niños para que este pueda entablar una mejor comunicación con el niño, a través de diferentes técnicas como conversaciones o juegos donde el niño pueda expresar su opinión respecto a lo que se está tratando, para que así en caso de que el niño no desee dar su opinión personalmente lo pueda hacer mediante el mediador para que estos intereses y deseos sean tomados en cuenta en los acuerdos a los que lleguen los progenitores. Así mismo, el mediador puede apoyarse con un equipo técnico siempre que se considere necesario para garantizar derechos de las partes o de los NNA.

6. Conclusiones

1. En el Ecuador, la mediación se encuentra regulada en la Ley de Arbitraje y Mediación, la cual no abarca, ni goza de una regulación completa en las distintas materias transigibles, especialmente en la mediación familiar, objeto de este estudio. A diferencia de otros países que fueron analizados en el trabajo –España, Argentina y Chile– que ya cuentan con una regulación especializada en la mediación familiar, lo que ha traído varios beneficios en los procesos de mediación.

En base a esto, la mediación familiar es un mecanismo que permite a las partes llegar a un acuerdo en cuanto a su entorno familiar, por lo que el niño se encuentra relacionado directamente con este proceso, debido a que los acuerdos a los que lleguen sus progenitores pueden entrar en conflicto con el interés superior del niño. Es así, que el objetivo principal de la mediación familiar no es únicamente el acuerdo de las partes, sino que estos sean beneficiosos para todos los integrantes del núcleo familiar, tomando en cuenta primordialmente el interés superior del niño. Para lo cual, el mediador se constituirá como contralor de la legalidad, en donde se guíe a las familias a un proceso que ponga como centro de atención a los derechos del niño, niña o adolescente.

2. En la mediación familiar, los mediadores tienen un gran protagonismo, pues son estos los que deben en todo momento, recordar la importancia del interés superior del niño y

velar por que los acuerdos a los que lleguen los padres no vulneren ninguno de los derechos del niño. En el Ecuador, no existe la obligación de la mediación especializada a diferencia de otras legislaciones como España, Chile y Argentina que ha permitido una participación más activa de los NNA como sujetos de derecho dentro de estos procesos. Así mismo, permiten que las partes cuenten con un debido proceso y un profesional cualificado que mediante su experiencia y conocimientos contendrá mejores habilidades en la comunicación con las partes y los niños. Es así, que en el Ecuador al no contar con esta obligatoriedad de mediadores especializados y al solo disponer requisitos tan generales para ser mediador, ocasiona que muchas veces se vulneren los derechos de las partes y de los niños, además ocasionar acuerdo o actas inválidas, y errores en transigibilidad.

3. Basándonos en los principios de la mediación familiar y a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, la participación de los niños en el proceso de mediación es esencial y obligatoria.

En el Ecuador, la mediación familiar está vulnerando el interés superior del niño al no permitir la participación de este en su procedimiento, pues es de suma importancia que los NNA sean escuchados, y que las decisiones que tomen los padres sean en base a su opinión para su íntegro desarrollo en su entorno familiar. Esta vulneración se da básicamente por la falta de especialización en la mediación familiar. Parecería entonces, que el interés superior del niño y sus derechos fundamentales están siendo garantizados y protegidos de una mejor manera en los procesos judiciales donde los niños si participan directamente o a través de un curador Ad Litem con el fin de brindar la una protección integral a favor de los derechos del niño.

4. Con lo expuesto en la conclusión anterior, actualmente los niños en el proceso de mediación asumen un papel de objeto de negociación y no de un sujeto pleno de derechos como lo establece la Convención. Los NNA no están ejerciendo plenamente sus derechos a la libre expresión, a ser escuchados y mucho menos a expresar su opinión en los procesos de mediación, lo que significa que son los padres los encargados de tomar todas las decisiones que afecten a sus hijos, a pesar de que estos se encuentren en conflicto con los deseos del niño. Los niños son totalmente recludos del proceso de mediación a pesar de que estos deberían ser una parte de la misma, convirtiéndolos en tan solo objetos de la controversia donde no podrán ejercer su participación a menos de que el mediador o sus progenitores lo vean necesario, lo que ocasiona en varias ocasiones la separación injustificada del núcleo familiar.

5. Para terminar, y con el fin de garantizar el interés superior del niño y el de las partes en la mediación familiar se propone un test de idoneidad del mediador, previo a aceptar casos de familia, donde se expone que estos deben cumplir con ciertos requisitos que ayudará a garantizar el debido proceso de la mediación, y el interés superior del niño y de las partes, estos requisitos son: i. contar con un título de tercer, con el objetivo de garantizar el acceso a estudios plenos especializados en derecho de familia y derechos humanos . ii. Haber aprobado un curso o especialización en materia de familia, niñez y adolescencia, pues esto permitirá que el profesional este familiarizados con los temas de separación o divorcio, ayudando a las partes a mejorar su comunicación y que tomen en cuenta las opiniones del niño al momento de llegar a sus acuerdos. iii. Tener seis meses de experiencia en el ejercicio de la mediación, con el objetivo de que el mediador adopte herramientas necesarias para llevar una mediación familiar. iv. Demostrar experiencia en el trato con NNA, con el fin de crear el ambiente propicio que le permita al mediador identificar necesidades y absolverlas plenamente apegados a derecho.