

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

La factibilidad de regular la mediación como obligatoria previa a la presentación de la demanda de pensiones alimenticias de los niños, niñas y adolescentes en la normativa ecuatoriana

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales.

Autor:

Konny Macarena Villarroel Ramón

Director:

Juan Antonio Peña Aguirre

ORCID: 0000-0003-2156-7092

Cuenca, Ecuador

2023-04-05

Resumen

El presente proyecto de investigación propone a la mediación como una solución de conflictos de manera previa y obligatoria en materia de familia, tal como es el caso de las pensiones alimenticias, que, al ser un tema transigible se puede llegar a acuerdos pacíficos sin vulnerar los derechos de los menores y a su vez protegiendo el interés superior del niño/a y adolescente. La mediación en el Ecuador se rige por la Constitución de la República y la Ley de Arbitraje y Mediación, pero es necesario promover una cultura jurídica de mediación, paz y diálogo dentro de la sociedad ecuatoriana a la hora de resolver los asuntos jurídicos en los que intervienen niños, niñas y jóvenes para llegar a una solución que satisfaga a las partes involucradas, proteger el núcleo familiar así como aliviar la carga procesal de los juzgados de familia, de esta manera beneficiará a las partes involucradas en términos de tiempo, y fortalecerá los principios de celeridad y economía procesal.

Palabras Clave: mediación, mediación obligatoria, derecho de familia, derecho de alimentos, niños/ niñas/adolescentes

Abstract

This research project suggest mediation as a prior and mandatory conflict solution in family matters, as is the case of alimony, which, being a transigible issue, peaceful agreements can be reached without violating the rights of minors and in turn protecting the best interest of the child and adolescent. Mediation in Ecuador is governed by the Constitution of the Republic and the Arbitration and Mediation Law, but it is necessary to promote a legal culture of mediation, peace and dialogue within Ecuadorian society when resolving legal issues in which children and young people intervene to reach a solution that satisfies the parties involved to protect the family nucleus, in addition to alleviating the procedural burden of the family courts; which will benefit the parties involved in terms of time, and will strengthen the principles of speed and procedural economy.

Keywords: mediation, mandatory mediation, family right, food law, boys/ girls/ adolescents

Índice

Dedicatoria	6
Agradecimientos.....	7
Introducción.....	8
Metodología	10
CAPÍTULO I	11
1. La Mediación. Generalidades.....	11
1.1 Concepto de Mediación.	11
1.2 Características de la mediación.....	12
1.2.1 1.3.1 Voluntariedad	12
1.2.2 Informal y flexible	13
1.2.3 Confidencial	15
1.2.4 Cooperativa	16
1.2.5 Creativa	17
1.3 Principios de la mediación	18
1.3.1 1.3.1 Ideología	18
1.3.2 Neutralidad	19
1.4 Importancia de la mediación.....	20
1.5 La mediación en disposiciones legales ecuatorianas vs legislación comparada.....	22
1.5.1 Legislación ecuatoriana	23
1.6 La mediación prejudicial.....	35
1.7 La obligatoriedad impuesta por la ley	37
1.8 Ámbito de aplicación de la mediación obligatoria	40
1.9 Procedimiento	40
Capítulo 2	42
2 El interés superior del niño	42
2.1 Generalidades y conceptualización.....	42
2.2 El niño sujeto de derechos	46
2.3 El interés superior del niño en la legislación internacional	51
2.4 El interés superior del niño en la legislación ecuatoriana	54
2.5 El interés superior del niño una cuestión sustantiva o adjetiva	57
CAPÍTULO 3	58
3 La Mediación Familiar	58

3.1	Antecedentes	58
3.2	La mediación familiar.....	62
3.2.1	Objetivo de la actividad	62
3.2.2	Etapas de la mediación	62
3.3	Ventajas de la mediación familiar	64
	Conclusiones.....	65
	Recomendaciones	66
	Referencias	67

Dedicatoria

Este trabajo de titulación está dedicado a mi familia, mis padres Elver Villarroel y Osmara Ramón, quienes han sido un pilar fundamental en mi formación académica, puesto que gracias a todo su esfuerzo es que esto ha sido posible.

A mi hermano, Pedro, quien ha sido mi sustento emocional y gran apoyo en mi proceso universitario.

A Dios, quien me sostuvo durante todo este tiempo y me permitió culminar haciendo este sueño posible.

Agradecimientos

Yo, Macarena Villarroel, expreso mi gratitud primero a Dios por el cuidado y bendiciones brindadas a mi persona de manera incondicional.

A mis padres, por su amor, paciencia, apoyo, pero principalmente por creer en mí y en las metas que me he propuesto.

A mis abuelos, Leví Villarroel, Norma Vizuete (†), Rosa Rivas, Jorge Ramón; quienes han demostrado su apoyo y cariño hacia mí.

De manera especial a mi mascota, quien muchas veces ha sido el único que me ayudó a resistir.

A mi querida Universidad de Cuenca y la Facultad de Derecho por haberme permitido formarme académicamente.

De igual manera, expreso mis más sinceros agradecimientos a mis queridos amigos, quienes han estado para mí durante todo este tiempo, en momentos buenos y malos. Gracias: Eduardo Reinozo, Alex Reinoso, Dania Reyes, Andrea Minchala, Andrés Cabrera.

Finalmente, a mi tutor de tesis Dr. Juan Antonio Peña Aguirre, por haberme guiado en este trabajo y haberme impartido sus conocimientos en el desarrollo de este trabajo.

Introducción

La mediación, como un método alternativo de solución de conflictos que es de carácter voluntario se encuentra positivada dentro de la legislación ecuatoriana con la vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación en el año de 1997 considerándose como un método más ágil y alternativo que la justicia ordinaria; así también la Carta Magna del Ecuador de 1998 reconoce a la misma con un enfoque constitucional.

En razón de los procesos de familia, exclusivamente en el caso de pensiones alimenticias, de acuerdo a lo publicado por el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado en la revista “El Mediador”, sostiene que son muchas las causas que ingresan a los Juzgados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, lo cual genera un retardo a la hora de fijar una pensión alimenticia por parte de los jueces, produciendo un perjuicio para el alimentado al ser un tiempo largo de espera para percibir una pensión alimenticia que permita solventar parte de sus necesidades básicas.

La Procuraduría General del Estado informa que los resultados alcanzados con la mediación en cuanto a lograr acuerdos entre los padres sobre pensiones alimenticias, ha permitido que las personas demuestren confianza en acudir a un centro de mediación como primera opción para reclamar las pensiones alimenticias por la agilidad y rapidez con la que se culmina un litigio y un particular de suma importancia es el ahorro de recursos al evitarse presentar una demanda judicial. (Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, 2011).

Existen criterios que pretenden vincular de manera obligatoria a la mediación al sistema judicial mediante la comparecencia a un centro de mediación anexo a los tribunales de justicia.

Este panorama frente al tema en investigación genera la necesidad de dilucidar si la factibilidad de regular la obligatoriedad de la mediación en el Ecuador como una manera de agilizar la justicia ordinaria atendería al interés superior del niño, teniendo presente lo que establece el Art. Innumerado 8 de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, en cuanto determina que la vigencia de la pensión alimenticia será desde la presentación de la demanda.

La presente investigación buscar abordar esta novedosa propuesta limitando su accionar a los juzgados de la niñez y adolescencia, históricamente de los más conflictivos en relación a congestión de causas; “la mediación como obligatoria previa a la presentación de la demanda de pensiones alimenticias” es una corriente que plantea fomentar una cultura alternativa de solución de conflictos, evitando a los usuarios de justicia un desgaste innecesario en procesos contenciosos largos y complejos, buscando ser una alternativa ágil y económicamente viable que ofrezca respuestas más adecuadas y beneficie la gestión de los juzgados en el derecho de familia, contribuyendo a su descarga.

El presente trabajo investigativo estructuralmente está dividido en tres capítulos; un primer capítulo donde se desarrollará aspectos preliminares sobre la base conceptual de la mediación, una aproximación teórica técnica de lo que es conflicto en general, una breve reseña sobre la evolución de la mediación y el marco legal de la misma en nuestro país, además de la normativa internacional con la cual se compara la factibilidad de aplicación de la mediación prejudicial obligatoria en materia de familia. El segundo capítulo aborda la temática del derecho de familia, específicamente de los derechos de las niñas, niños y adolescentes abordando la importancia del interés superior del niño, pues este grupo de atención prioritaria es el que se encuentra inmerso en la resolución de los conflictos judiciales. La investigación culmina en su tercer capítulo con el tema de la mediación familiar y cuales son sus ventajas y procedimientos aplicables dentro a la demanda de alimentos. El Derecho por excelencia es una ciencia eminentemente social, en ese sentido para regular la vida en sociedad debe partir de un análisis que gire en torno a las necesidades de esta y así crear normativa que se adecue a la conducta sobre quienes recaerá el derecho y la obligación; es por ello que la presente investigación parte de una concepción que si bien no es nueva en países vecinos como Argentina, Chile, en nuestro país no existe precedente alguno, por lo que la propuesta se amparará en principios constitucionales y legales para su aplicación como se lo demostrará en líneas siguientes con normativa que viabiliza la propuesta y sobre todo adecua los hechos con el derecho para formar una realidad jurídica acorde a la legislación que nos ampara, evitando caer en la aplicación de normas de carácter inconstitucional.

Metodología

Para el desarrollo del presente proyecto de titulación *“La factibilidad de regular la mediación como obligatoria previa a la presentación de la demanda de pensiones alimenticias de los niños, niñas y adolescentes en la normativa ecuatoriana”*, se utilizará el método deductivo, pues se partirá de datos generales para obtener información o datos de manera específica sobre el tema de investigación.

La técnica aplicable en este trabajo de investigación será en su primera fase, bibliografía como son libros, revistas especializadas, y medios electrónicos para recopilar información sobre las nociones generales de la mediación; para la segunda y tercera fase de igual manera se contará de medios electrónicos, revistas, noticias relacionadas al tema de investigación de carácter nacional e internacional, tesis, y legislación relacionada a la materia sobre la mediación familiar obligatoria.

CAPÍTULO I

1. La Mediación. Generalidades

1.1 Concepto de Mediación.

Según el diccionario de la Real Academia Española, mediación proviene del latín mediato que es “la acción y efecto de mediar”; ó a su vez lo define como la “actividad desarrollada por una persona de confianza de quienes sostienen intereses contrapuestos, con el fin de evitar o finalizar un litigio”; simultáneamente define mediar del latín mediare, como “Actuar entre dos o más partes para ponerlas de acuerdo en un pleito o negocio”. Partiendo de estas definiciones podemos encontrar varios elementos de la mediación como son dos o más personas en un conflicto, una tercera persona que interviene para reconciliar a las partes que se han enfrentado a causa de sus intereses.

Desde esta definición podemos entender que la mediación es otorgar la facultad de mediar a un tercero que interviene en el conflicto para ayudar a las partes a llegar a un acuerdo. Por lo que encontramos una primera diferencia con el juicio, y advertimos que siendo ambos métodos de solución de conflictos. La mediación es autocompositiva¹ y el juicio heterocompositivo². La primera en razón de que las partes intentarán llegar a un acuerdo de forma directa, y en un proceso judicial se faculta a un juez que vinculará a las partes con una decisión definitiva.

La mediación, por tanto, no les impone una solución a las partes intervinientes. En lugar de ello, trabaja con las partes para ayudarlas a definir sus objetivos y resolver sus diferencias. (Bennett G, 2001). En este caso podemos deducir que la mediación busca crear un ambiente seguro para que las partes que tienen un conflicto se abran al dialogo, rectificando la visión de los intervinientes respecto a la controversia, sobre quien fue el que la originó o cual es la repercusión total de los detrimentos, por lo tanto, incluso se intenta obtener un enfoque positivo de la situación

¹ Autocompositiva; las partes son partícipes de sus propios acuerdos. (EGLA, 2014)

² Heterocompositiva; cuando una persona tiene la facultad de decidir por las partes y más que intervenir por su voluntad tiene una actuación determinada por la ley. (EGLA, 2014)

conflictual. *“Un mediador competente, por lo tanto, puede ayudar a las partes a superar hostilidades y posturas legales.”* (Bennett G, 2001).

La mediación también es un proceso ideal para aquel conflicto en el que las partes que se enfrentan esperan o deban continuar la relación. (Holaday, 2002) Sin embargo, no se debe intentar reemplazar a las terapias psicológicas con la mediación, pues ambas tienen fines totalmente distintos.

La mediación debe ser vista como un mecanismo el cual surge como alternativo a la vía judicial para resolver conflictos que se puedan dar entre dos o más personas, un método que en cuanto a rapidez, versatilidad y participación demuestra sus ventajas. (Schiffirin & Gottheil, 1996).

Desde la doctrina se ha intentado dar múltiples conceptos a la mediación, más se ha encontrado como más completa la definición que nos brinda la doctora Trinidad Bernal Samper, quien precisa la mediación como “la intervención en una disputa o negociación de un tercero competente e imparcial, aceptado por las partes, que carece de poder de decisión y que le ayuda a alcanzar voluntariamente su propio arreglo extrajudicial, garantizando la confidencialidad.” (Bernal Samper, 2005). Desde esta concepción podemos dilucidar los elementos que componen a la mediación como proceso teniendo a las partes que se enfrentan en un conflicto, una contraposición de intereses, y un tercero imparcial que los guía a la búsqueda de una solución.

En el ámbito ecuatoriano se define a la mediación como 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.³

1.2 Características de la mediación

1.2.1 1.3.1 Voluntariedad

Se dice que la voluntariedad es una de las características esenciales de la mediación, pues lo que pretende esta característica es establecer acuerdos surgidos de la voluntad de las partes

³ Ley de Mediación y Arbitraje (Art. 43)

involucradas y no un tercero, como es en el caso del sistema judicial o arbitral, sin embargo, en algunas legislaciones se exige que se debe mediar como una etapa obligada en procesos judiciales.

Tal es el caso de la legislación chilena, que sustituyó la mediación voluntaria por una derivación obligatoria. Tras convertir a la mediación en una derivación obligatoria, una mayor cantidad de personas pudieron acceder a la misma y descubrir su utilidad; dado este caso las mismas podrían acogerse a ésta de forma voluntaria en un futuro o recomendar este método de solución de controversias. (Vargas Pavez, 2008).

En países como Chile, se ha logrado que se acuda a una primera sesión de mediación obligatoria, esto fundamentalmente para combatir el desconocimiento que tiene la población⁴. No obstante, y pese a la pre-judicialidad de la mediación, esta continúa conservando su carácter de voluntaria en sesiones posteriores⁵.

1.2.2 Informal y flexible

Para tratar el tema de la informalidad, se debe tener en cuenta que existen procesos de mediación formales e informales; a partir de ahí deducimos que los procesos informales hay que entenderlos como procesos más globales, debido a que se prestan para un dialogo mucho más abierto, que cualquier persona puede poner en práctica en su día a día, ante cualquier controversia que pueda surgir. Mientras que el proceso de mediación formal, cuenta con distintas fases y reglas como procedimiento específico encuadrado entre los cauces alternativos de resolución de disputas cuya gestión se le confían y mediación en sentido genérico, como técnica puntual aplicada intuitivamente o de manera inespecífica en una fase determinada de un asunto sometido a su consideración. (Gómez Funes, 2013)

Sin embargo, nos referimos a la mediación como informal debido a que no está llena de exigencias o solemnidades como un proceso judicial; sino que, en razón de no quebrantar mucho

⁴ Se hizo esto en razón de descongestionar los tribunales de familia, ya que en numerosas ocasiones por desconocimiento de la población la mediación no logra posesionarse como un método de solución de conflictos.

⁵ Muchas veces se llega a frustrar la mediación por la inasistencia de una de las partes a las primeras sesiones, o que la mediación no ha llegado a su propósito de acuerdo; en estos casos la vía a seguir es la formalización de la demanda en los tribunales.

más las relaciones, y mantener un dialogo positivo entre las partes enfrentadas, las legislaciones han adoptado por reconocerla como una forma legítima de resolución de conflictos, así como la ley No. 19968 de Chile la cual dentro de los objetivos para la incorporación de la mediación en la jurisdicción de familia, buscaba de un trabajo colaborativo entre las participantes, que hiciera posible el desarrollo de acuerdos creativos y con acento en el futuro, mejorando la comunicación y la relación entre las partes involucradas en el conflicto y posibilitando economía de tiempo, dinero y energías. (Nacional, 2004)

La flexibilidad del procedimiento está justamente ligada con la informalidad del mismo, debido que esta característica permite que la mediación sea un sistema más rápido que el sistema legal. (Salazar Villarroel & Vinet Reichhardt, 2011). Esto se logra por medio de las sesiones conjuntas entre las partes y el mediador, o a su vez con sesiones privada entre el mediador y cada una de las partes.⁶

El procedimiento en la mediación posee una estructura básica dividida en cinco etapas:

- 1) Sesión conjunta inicial: se realiza un discurso de apertura, la explicación de los objetivos y las características del proceso y presentación de las partes y del mediador, quien debe mantener el equilibrio entre las mismas.
- 2) Relato de antecedentes y posiciones de las partes: en este punto las partes dan a conocer el problema, su posición e intereses frente al conflicto.
- 3) Generación de opciones: el mediador debe diferenciar las posiciones de las partes, de sus intereses y necesidades, intentando captar las emociones, sentimientos y valores.
- 4) Búsqueda de la solución: en esta etapa se busca un diálogo directo entre las partes para generar una actitud cooperativa en la búsqueda de solución al conflicto.
- 5) Solución definitiva al problema: el mediador debe lograr identificar las necesidades y puntos de vista de las partes para finalmente armonizar y coordinarlos, intentando en su máximo posible satisfacerlas. Finalmente, se redacta un acuerdo, a fin de que en forma clara y precisa se establezcan los distintos puntos de la transacción e incluso las consecuencias para el caso de incumplimiento de una de las partes. (Salazar Villarroel & Vinet Reichhardt, 2011)

⁶ González-Capitel, C., *Manual de Mediación*, Atelier, Barcelona, 1999, pp. 17-29

Sin embargo, las reglas de procedimiento pueden aplicarse con libertad, si bien existe un «patrón» mínimo que conviene no dejar de lado, hay que respetar etapas que permiten aumentar las posibilidades de acuerdos, pero la organización del tiempo, el lugar y los temas para tratar, logra de alguna manera diseñar un proceso a la medida de las necesidades de las partes y del tipo de conflicto.⁷

1.2.3 Confidencial

La buena fe, la confianza y el convencimiento de que el intercambio directo de propuestas es lo que lleva a un acuerdo duradero son los pilares en los que se sostiene la mediación. Para que el mediador y las partes puedan comunicarse con total libertad, y el proceso pueda ser efectivo, el mediador debe poder solicitar información y hacer preguntas que no serían contestadas si existiera el peligro de su utilización posterior fuera de contexto. (Schiffrin & Gottheil, 1996)

La información que se intercambia en el proceso de mediación debe protegerse de alguna manera; para garantizar a las partes que tal información no será filtrada a terceros que no ajenos en el procedimiento, por lo que generalmente antes de iniciar el proceso debería firmarse una cláusula de confidencialidad. La misma que protege tanto al mediador como las partes, y explicita que ni las partes ni el mediador revelarán a terceros lo sucedido en las reuniones de mediación. El mediador también se compromete a no revelar a una parte lo que le haya sido confiado por la otra en una reunión confidencial, a menos que expresamente se lo haya relevado de ese compromiso. Por lo tanto, el mediador tampoco puede ser llamado como testigo en un juicio posterior entre las partes que verse sobre cuestiones tratadas en la mediación. (Schiffrin & Gottheil, 1996)

En la introducción, el mediador asegura a los participantes la confidencialidad del proceso para crear una "zona de tranquilidad" y ayudar a la expresión franca de sentimientos e intereses. Más tarde en el proceso, el mediador alienta a los participantes a generar ideas y opciones para la solución del conflicto. Si los participantes están seguros que las ideas expresadas no serán reveladas, es posible que sugieran opciones que no mencionarían si dudaran de la confidencialidad. (Wright, 2014)

⁷ Schiffrin, A. (1996). La mediación: aspectos generales. *Gottheil, Julio y Schiffrin, Adriana (comps). Mediación. Una transformación en la cultura. Ed. Paidós. Argentina.*

1.2.4 Cooperativa

Una característica de la mediación es que es una negociación cooperativa, en la medida que promueve una solución en la que las partes implicadas ganan u obtienen un beneficio, y no sólo una de ellas. Por eso se la considera una vía no adversarial, porque evita la postura antagónica de ganador-perdedor.(Holaday, 2002).

Para que el proceso de mediación sea posible, es necesario que las partes estén motivadas, porque deben de estar de acuerdo en cooperar con el mediador para resolver su disputa, así como para respetarse mutuamente durante y después del proceso, y respetar los acuerdos que se hayan alcanzado, circunstancia que ocurre con un alto índice de cumplimiento, porque son los que los mismos interesados han propuesto y se han comprometido a cumplir, pues la reflexión sobre la mediación ayuda a todos a entender el conflicto y su dimensión ideológica (Likert, R.; Likert, J.G., 2019)

La comunicación es un elemento esencial en la resolución de conflictos, pues como origen de gran parte de los conflictos podemos encontrar una mala comunicación. Es entonces cuando el rol del mediador toma sentido, pues en lugar de aumentar la tensión del conflicto como hubieran hecho las partes, trata de establecer una comunicación eficaz y clara, es decir ambas se hacen entender y se entienden mutuamente. El gran aporte de la mediación al conflicto es la sustitución de la concepción tradicional de «ganar-perder» en las disputas, por «ganar-ganar», pues este cambio de concepción no sólo afecta a los resultados, sino también al proceso mismo, ya que modifica la actitud de las partes. (de Armas Hernández, 2003)

De alguna forma, la mediación pretende superar las visiones unilaterales del conflicto que las partes tienen, para que nazca una salida original, nueva, que todos sientan como propia. Desde una visión menos individualista y más comunitaria, la percepción social del conflicto varía de la forma que nos explicita Augsburguer (1992) y que reflejamos a continuación:

A) Conflicto cooperativo

- El foco del conflicto se dirige a los objetivos deseados, a las necesidades positivas y es más fácilmente dirigido a la cooperación.

- Cuanto menos intensas sean las emociones y mayor la distancia personal del conflicto, más fácil será resolver los temas de forma cooperativa.
- El conflicto que es tratado como un tema desconectado de la autoestima puede convertirse más fácilmente en cooperativo.
- Definir los conflictos de forma ajustada y neutral, con especificación de temas concretos, favorece la cooperación. (Augsburger, 1992)

1.2.5 Creativa

Según Folberg y Taylor "la mediación puede instruir a los participantes acerca de sus necesidades mutuas, y ofrecer un modelo personalizado para conciliar desavenencias futuras entre ellos. Por lo tanto, puede ayudarlos a aprender la forma de trabajar juntos, aislar los problemas que requieren decisiones y darse cuenta que, con cooperación, todos pueden obtener beneficios".⁸

El mediador debe evitar mediante su actuación, que las partes se tornen testarudas, e inflexibles en sus posturas, porque de esta manera frenan al proceso de mediación, por lo tanto, haciendo hincapié en los intereses de cada uno, es que se puede fomentar a las partes el proponer opciones creativas para conseguir el acuerdo. (Benítez, 2001).

Por lo general, las partes acostumbradas a que la negociación sea la mera presentación de su postura frente al conflicto, y la defensa de la misma para llegar a su solución; olvidan que la mediación no se trata de quien gana o pierde, sino de establecer una solución práctica que satisfaga las necesidades de ambas partes. Ante esta problemática, El autor anglosajón Andrew Floyer Acland, director de seminarios de la IDR Ltd (Europa) la primera compañía británica de mediaciones comerciales, destaca entre las ventajas de la mediación; la característica de que esta produce acuerdos creativos. Es absolutamente cierto, como expresa Benitez (2001), en su obra "La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales" el mediador a diferencia de un tribunal busca generar todas las soluciones posibles y a su vez mejorar las relaciones entre las partes interesadas.

⁸ Folberg & Taylor, "Mediación, Resolución de conflictos sin litigio".

1.3 Principios de la mediación

1.3.1 1.3.1 Ideología

Marx define la ideología como un proceso de mediación entre la realidad y el conocimiento. “Deformación partidaria de la realidad”. Para deformar, la representación ideológica debe emplear otra forma exterior a la realidad, más o menos rígida, y en todo caso, a priori y estable. (Martín Serrano & Martín Serrano, 1976)

Esta “otra forma” es un modelo aplicable al acontecer. Como todo modelo trata de controlar los hechos a través de las relaciones que establece entre los hechos mismos. El modelo ideológico sugiere a nuestra comprensión las relaciones que se excluyen: “no al mismo tiempo ocio y virtud”; las relaciones que se implican: “el trabajo procura generalmente la satisfacción de los deseos” y las que se incluyen: “no hay progreso sin orden”. Además, las ideologías establecen constelaciones de significados que operan como constantes (estereotipos y prejuicios). En cada constante, las relaciones entre los significados que en ella se incluyen están estabilizadas. El repertorio de constantes ideológicas establece entre sus componentes relaciones de orden característico de cada modelo ideológico. Pensemos, por ejemplo, en el tipo de orden que contiene la formulación ideológica “un hombre, un voto”, respecto al orden jerárquico que corresponde a la concepción “gobierno de élites”. Como las ideologías están orientadas hacia el control social, el modelo ideológico debe ser relativamente simple, y lo más genérico posible para que pueda ser aplicado con eficacia en cualquier situación concreta.

La mediación tiene por supuesto un sustento ideológico, y resulta imprescindible señalar a este respecto que existen diferentes concepciones. Folger y Baruch Bush señalan que la fuerza del concepto de la mediación como resolución de conflictos deriva de una ideología individualista, central en la cultura prevaleciente en los Estados Unidos de Norteamérica, de donde proviene el impulso y la fundamentación de buena parte de los programas que se están desarrollando en América Latina. A esta orientación contraponen otra que encuentra su fundamento ideológico en la exaltación del potencial del conflicto “para el crecimiento en dos dimensiones críticas del desarrollo humano: la adquisición de poder y el reconocimiento ” (*Poiésis*, 1997)

1.3.2 Neutralidad

Aunque para muchos la imparcialidad y la neutralidad son términos sinónimos, la ley distingue ambas expresiones con significados diferentes. **Imparcial**, que no se decanta ni por unos ni por otros. Por eso ayuda de forma objetiva, se podría decir. A su vez, **neutral** porque es una figura “neutra”, es decir, participa para ayudar en la comunicación, pero no impone una solución, son las partes las que deben encontrar solución a sus problemas a través de la comunicación y gracias a las técnicas utilizadas por el mediador. (Ruiz, 2016).

La neutralidad es la esencia de la mediación como sistema autocompositivo para resolver conflictos; implica en la capacidad de las personas para gestionar sus disputas y de su autonomía para llegar a acuerdos. La neutralidad compromete respeto por parte del mediador a lo que son y traen las partes, del lugar que el tercero ha de ocupar en el conflicto que se presenta. Las actuaciones de mediación habrán de permitir a las partes que alcancen por sí mismas un acuerdo, por lo que el mediador no podrá imponer ninguna de solución o medida para que se llegue a dicho acuerdo. Es decir, la neutralidad se presenta directamente relacionada con la actitud del mediador frente al posible resultado del procedimiento de mediación. (Villaluenga, 2010)

En la actualidad, varios autores apoyan a la mediación dentro de una escuela narrativa de la intervención que los ha llevado a pensar que la neutralidad de la persona mediadora constituye un principio rector del proceso de mediación que ha devenido en un mito, y optan por un nuevo tipo de mediación narrativa, la cual permite alcanzar su objetivo primordial facilitando a las partes en disputa un conjunto de recursos que les capacita para reelaborar su propio discurso en el mantenimiento de sus relaciones futuras. En estos casos, se prefiere sustituir a la neutralidad como principio, a un espacio neutral que se construye a través de los principios de imparcialidad y equidistancia (Munuera Gómez, 2015).

Sin embargo, las partes en disputa tienen derecho a reclamar un resultado igualitario o un resultado equitativo, dependiendo de sus criterios y necesidades, para esto el mediador tendrá cuidado de no aliarse con ninguna de las partes, sino impulsarlas a tomar sus propias decisiones creativas que los lleven a un común acuerdo.

1.4 Importancia de la mediación

Como hemos venido analizando, la mediación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, dentro de este concepto la palabra “alternativo” se debe a que el modelo tradicional en el que se manejan las controversias es la vía judicial, sin embargo, diversos autores suponen que la mediación debería ser llamada como un mecanismo “adecuado” para la solución de controversias (Pérez Saucedo, 2015). Pues, por sus características, este método como es la mediación fomenta a que las partes adquieran la capacidad de solucionar las disputas mediante mecanismos que ellos mismo desarrollan durante el proceso, impulsándolos a ser responsables, participativos y generar compromisos sociales. (Schiffirin & Gottheil, 1996)

La mediación propone que divisemos al conflicto de manera positiva, es decir el mismo se vuelve una oportunidad de crecimiento donde se invita a las partes a la reflexión, decisión y acción como actos conscientes e intencionales, así como superando sus límites para relacionarse con quienes parecía que había roto relaciones. (Bush, 2001)

Hasta este momento se ha venido analizando cómo la mediación logra mediante sus diferentes herramientas fomentar valores como la tolerancia, templanza y el dialogo, lo cual llevará a la solución de los conflictos entre las partes, restablecer relaciones dañadas, ayudar a las personas a desarrollar cambios positivos. Por lo tanto, es necesario, establecer el marco básico conceptual de la Cultura de Paz y cómo la Declaración y Programa de Acción por una Cultura de Paz de Naciones Unidas, considera un elemento indispensable de la misma a la Mediación. (Pérez Saucedo, 2015)

La idea de conseguir la paz es muy antigua, sin embargo, el concepto de paz, ha ido evolucionando a través de los años, pues originalmente era concebida como “la ausencia de guerra”, concepto centrado en los conflictos bélicos entre Estados. (Fisas, 2001). Más con el paso del tiempo, el concepto ha tenido que ir evolucionando, ya que no solo incluía guerras entre países sino también violencia dentro de las casas. Es en 1987 que Norberto Bobbio la divide en: 1) Paz Interna, 2) Paz Externa; La primera existe cuando tenemos una ausencia, cese o desaparición de un conflicto interno, es decir, un conflicto entre los comportamientos y actitudes del mismo autor. Lucha entre el deber y el placer, la pasión y la razón, etc. La segunda es la ausencia o cese de un conflicto externo, entre individuos o grupos contrarios. (Bobbio, 1987).

Para diversos autores, entonces la paz ya no se define como la ausencia de guerra, sino como la ausencia de violencia, ya sea violencia personal, guerras, terrorismo y disturbios mientras que o incluso ausencia de violencia estructural, esto es, ausencia de pobreza, hambre, discriminación y contaminación. (Galtung, 1998).

Luigi Ferrajoli toma la Paz interna y la define como aquella en que se pueden garantizar los derechos fundamentales. Pues las sociedades requieren la garantía y la satisfacción de los derechos sociales (salud, educación, trabajo, previsión social, etc.), constituyéndose una relación simbiótica entre la paz y el garantismo de dichos derechos. Según Ferrajoli (2008), lo anterior debe manifestarse en una paz social sólida y duradera, con conflictos menos violentos debido a la efectividad de la garantía de los derechos fundamentales.

El 6 de octubre de 1999, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la resolución 53/243 “Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz”, con el fin de impulsar que los gobiernos, las organizaciones internacionales y la sociedad civil orienten sus actividades al fomento y promoción de una cultura de paz en beneficio de los pueblos del mundo. En ella, se reconoce que la paz no sólo es la ausencia de conflictos, sino que además necesita un proceso positivo, dinámico y participativo en que se promueva el diálogo y se solucionen los conflictos, en un espíritu de entendimiento y cooperación mutuos. (Pérez Saucedo, 2015)

La transformación de conflictos es un medio para alcanzar la paz. Para Johan Galtung (1998, p. 9), la Paz es todo “aquello que tenemos cuando es posible transformar los conflictos en forma creativa y no violenta”. Cambiar el problema significa trascender las metas de las piezas en problema explicando otros fines, procurando de ni siquiera acostumbrarnos al discurso inmovilista. Es entendible que comentado proceso de transformación se enseña en la intervención, debido a que el tercero neutral e imparcial se constituye como un verdadero facilitador para la solución de conflictos, en un real trabajador de tranquilidad. (Galtung, 1998)

La importancia de la mediación radica en que la misma es necesaria dentro de una Cultura de Paz, pues el desarrollo de la negociación, el diálogo y formación de consensos son compromisos, valores, y estilos de vida necesarios para generar una Paz Positiva.⁹ La Cultura de Paz necesita de la Cultura de la Mediación, la Educación para la Paz tiene dentro de sus ejes torales a la Resolución Pacífica de Conflictos y la Justicia requiere de algo más que vencedores y vencidos.

⁹ Resolución 53/243 de la Asamblea General de las Naciones Unidas: Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz, de 1999, Artículos 1ero y 3ero.

Necesitamos de una Justicia donde ganemos todos, basada en el ser humano y para el bien del ser humano. Necesitamos una verdadera Justicia que nos genere, bienestar, tranquilidad, en definitiva “paz”.

1.5 La mediación en disposiciones legales ecuatorianas vs legislación comparada

A lo largo de investigación, se encontró que la mediación para la resolución de conflictos en los países iberoamericanos tiene enorme aceptación. Una gran parte de los países garantizan la mediación como una forma legal de situar fin a las contiendas que se suscitan entre las partes, siempre y cuando se trate de materia transable. Sin embargo, a pesar de esto la mediación familiar tan solo se encuentra presente en dos países Chile y Argentina. Los cuales también tienen ya instituida la mediación obligatoria en materia de familia, niñez y adolescencia.

El proceso inicia con una invitación a la audiencia en donde las partes por voluntad propia harán un compromiso o acuerdo que se plasmará en un acta que puede terminar en acuerdo total, parcial o la imposibilidad de llegar a un acuerdo. En cuanto al efecto que esta acta produce cuando se ha llegado a un acuerdo, podemos señalar; que tiene el carácter de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada teniendo el mismo efecto que una sentencia de última instancia, en donde para su cumplimiento se podrá utilizar una vía de apremio. En la legislación Chilena, inicialmente la ley 19.968 tenía implícita la obligatoriedad de asistir a una sesión informativa de mediación, hasta el 2008 en donde se emitió la ley 20.286, en la cual en el artículo 106 se establece la obligatoriedad de asistir a mediación en causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular. (Parra Ramos, 2017).

En Argentina fue promulgada en mayo del 2010 la ley 26.589, la cual establece el carácter obligatorio a la mediación previa a todo proceso judicial. El procedimiento en si entre las tres legislaciones no tienen mayor variación, ya que las tres señalan los mismos 54 puntos y las mismas formas en las cual puede concluir el acta, sin embargo se puede identificar que la legislación argentina tiene mejor desarrollado el ámbito de aplicación de la mediación, así como la obligatoriedad de tratar de llegar a un acuerdo extrajudicialmente, lo cual está contemplado como un principio. (Parra Ramos, 2017).

1.5.1 Legislación ecuatoriana

Dentro de la legislación ecuatoriana, la mediación está regulada en la Ley de Arbitraje y Mediación, y de manera intra-procesal se la puede encontrar incluida en el Código General de Procesos, expedido mediante Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015 (en adelante COGEP). La mediación ha sido incorporada como un mecanismo que se lleva a cabo dentro del proceso judicial, pues permite a los jueces derivar a un Centro de Mediación los procesos en instancias preliminares, así como también pueden y deben impulsar la conciliación entre las partes involucradas en el proceso, lo cual concuerda con el principio de oportunidad referente a la probabilidad de las partes para acudir en cualquier estado del proceso a la conciliación, siempre con aplicación al principio de voluntariedad, así como otros principios rectores como la confidencialidad y legalidad. (Aguirrézabal Grünstein, 2013)

Como se mencionó en el párrafo precedente, el juez puede dar paso de oficio a la conciliación, debido a que el mismo COGEP le otorga esta facultad dentro de los procesos judiciales, atribuyéndoles incluso de garantías de no ser acusados de prevaricato o recusados ni sujetos a queja por haber propuesto fórmulas de arreglo entre las partes en las audiencias o juntas de conciliación.

El Código Orgánico General de Procesos, establece:

Artículo 233.- Oportunidad. Las partes podrán conciliar en cualquier estado del proceso. Si con ocasión del cumplimiento de la sentencia surgen diferencias entre las partes, también podrán conciliar. La conciliación se regirá por los principios de voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad. (Art. 223, COGEP)

Por su parte, La Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM) expedida en Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1977, reformada mediante Registro Oficial No. 532 de 25 de febrero de 2005 y codificada mediante Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006, fue un paso fundamental para la adhesión de la mediación en nuestro territorio, puesto que, por medio de comentado cuerpo legal se establecen límites normativos de la mediación y se determina inclusive a la mediación comunitaria. Conforme se determina dentro de esta norma se evidencia que la mediación en la legislación ecuatoriana tiene carácter autocompositivo, otorgando la

posibilidad de resolver el conflicto en forma exclusiva a las partes, mediante un procedimiento voluntario que ponga final a la controversia.

Por su parte el carácter extrajudicial consubstancial a la mediación se conforma cuando existe uno de los supuestos establecidos en el artículo 46 de Ley de Mediación y Arbitraje, es decir 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”. (Art. 46, LAM)

Luego, en el mismo artículo se prevé la manera de proceder en cuanto a la mediación, con sus distintas reglas y supuestos, en caso de que las partes por su cuenta hayan decidido optar por este método de resolución de conflictos. Finalmente, también se habla de que la mediación también procederá cuando un juzgador ordinario lo disponga, sin importar el estado en el cual se encuentre la causa. Cabe señalar que, en este caso, la mediación se regirá por el principio de voluntariedad, es decir, el mediador no podrá enviar el caso a un centro de mediación, si no es con el consentimiento y aceptación de las dos partes. Sin embargo, en materias como pensiones alimenticias existen aquellos que no son de aplicación debido a distintos motivos que son altamente debatibles, lo cual se discutirá más adelante.

Como última mención la Ley de Mediación y Arbitraje en concordancia con el art. 363.3 del COGEP establece pautas sobre el Acta de Mediación que resulta del acuerdo, tiene efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, por lo tanto, deben ejecutarse del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación. En el caso de que el acuerdo fuere parcial, las partes involucradas están facultadas discutir en juicio solo las discrepancias que no han sido parte del acuerdo. En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, las partes y el mediador deberán firmar un Acta de Imposibilidad la misma que podrá ser presentada por la parte interesada dentro del proceso judicial correspondiente si hubiere, la misma que tendrá carácter supletorio a la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos procesos, pero si se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales. Dicho todo esto en el mismo artículo 47 se señala que “en el supuesto que contenga el acuerdo, continuará la tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al juez su decisión de ampliar dicho término de asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los

principios generales contenidos en las normas del Código de la Niñez y Adolescencia y otras leyes relativas a los fallos en estas materias”. (Bautista Guerra, 2018)

1.5.1.1 Constitución 2008

Desde hace algunos años, los Métodos Alternativos de Solución Conflictos (MASC) han tenido más relevancia dentro del desenlace de controversias, tomando un lugar importante la mediación. Esto se debe a que, a la mediación siempre se le ha otorgado una posición valiosa y notable dentro de los ordenamientos jurídicos. En consecuencia, hemos visto la inclusión de dichos métodos dentro de las Constituciones de los Estados, incluidos países de Latinoamérica como es Ecuador.

En la Constitución de Ecuador del año 2008, tal es el caso de su artículo 190 una referencia específica a la mediación y al arbitraje, dejando abierta la puerta a mecanismos diferentes. Este precepto presenta el siguiente tenor literal: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”. (Turnes, 2018) Después de analizar el precepto anterior, es que la norma Constitucional no hace una enumeración taxativa de los “MASC”, sin embargo, se pone en un lugar mucho más relevante a la mediación y arbitraje pues los menciona de manera concreta. Algo relevante de mencionar es, que siempre se aclara que pueden utilizarse dichos métodos en cuestión de materia transigible.

Otro punto importante que merece ser revisado es el inciso final del precepto constitucional, el cual se refiere específicamente a la contratación pública. Parece que la Carta Magna del Ecuador, da una mención predominante al arbitraje en derecho ante la mediación u otro procedimiento alternativo de solución de conflictos. Lo cual nos está claro es que, en esta materia específica se aplica lo observado para la generalidad de las mismas. Junto con esto, el constituyente del 2008 tomó la decisión de integrar una exigencia añadida a este arbitraje, y es que se estima primordial un pronunciamiento conveniente por la Procuraduría General del Estado. Curiosamente, la Ley de Arbitraje y Participación, no se refiere a este requisito

constitucionalmente forzoso, empero frente a la posición jerárquicamente superior de la Constitución ecuatoriana, ha de entenderse que debería ponerse en práctica constantemente. (Marchán, 2012)

No tenemos la posibilidad de ahora dejar de plantearnos aquí si se está perjudicando al inicio de unidad jurisdiccional reconocida en el artículo 168.3 de la Constitución Ecuatoriana, el cual dice “En ventaja de la unidad jurisdiccional, ni una autoridad de las otras funcionalidades del Estado va a poder realizar funcionalidades de gestión de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales famosas por la Constitución.”. (Borja Jacome, 2011). Puesto que bien, en este sentido, Borja Jácome se ha pronunciado al señalar que la intervención no interfiere en la funcionalidad judicial, tomando en cuenta que hablamos de un mecanismo que puede servir para evadir la vía de la justicia que podríamos calificar como ordinaria, al ser un camino muchísimo más ágil y veloz. Es por esto que no se perjudica al inicio de unidad jurisdiccional. Con lo hablado, tenemos la posibilidad de asegurar que, en Ecuador, la mediación no es sencillamente un mecanismo de tipo jurídico, sino además de tipo constitucional. (Guaraca Duchi, 2015)

1.5.1.2 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

Según el artículo 294 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA), (2003): “la mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y adolescencia”. Esta norma es amplia y no contiene un listado específico sobre el cual se permita la aplicación de la mediación. Sin embargo, en este presente análisis se tomará en cuenta la cuestión de pensiones alimenticias.

Dentro del CONA tenemos dentro del Título V, las especificaciones del Derecho a Alimentos; dentro de sus artículos innumerados, veremos algunos relevantes en el estudio:

- Innumerado 2 menciona: Del derecho de alimentos.- El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios que incluye: 1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente (...); (Código de la Niñez y Adolescencia)

- Art. Innumerado 3, Características del derecho.- Este derecho es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado, salvo las pensiones de alimentos que han sido fijadas con anterioridad y no hayan sido pagadas y de madres que hayan efectuado gastos prenatales que no hayan sido reconocidos con anterioridad, casos en los cuales podrán compensarse y transmitirse a los herederos. (Código de la Niñez y Adolescencia)

- El Art. Innumerado 4, menciona a los titulares del derecho de alimentos: Titulares del derecho de alimentos.- Tienen derecho a reclamar alimentos:
 1. Las niñas, niños y adolescentes, salvo los emancipados voluntariamente que tengan ingresos propios, a quienes se les suspenderá el ejercicio de éste derecho de conformidad con la presente norma;
 2. Los adultos o adultas hasta la edad de 21 años que demuestren que se encuentran cursando estudios en cualquier nivel educativo que les impida o dificulte dedicarse a una actividad productiva y carezcan de recursos propios y suficientes; y,
 3. Las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse. (Código de la Niñez y Adolescencia)

- Art. Innumerado 5 se establecen las personas obligadas a suministrar alimentos de la siguiente manera: “Obligados a la prestación de alimentos. - Los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria, aún en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad. En caso de: ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, debidamente comprobado por quien lo alega, la autoridad competente ordenará que la prestación de alimentos sea pagada o completada por uno o más de los siguientes obligados subsidiarios, en atención a su capacidad económica y siempre y cuando no se encuentren discapacitados, en su orden:
 1. Los abuelos/as;

2. Los hermanos/as que hayan cumplido 21 años y no estén comprendidos en los casos de los numerales dos y tres del artículo anterior; y,

3. Los tíos/as.” (...) ;(Código de la Niñez y Adolescencia)

- Art. Innumerado 20 se señala lo siguiente: “Incumplimiento de lo adeudado. - En caso de incumplimiento en el pago de dos o más pensiones alimenticias sean o no sucesivas, el Juez/a dispondrá la prohibición de salida del país del deudor/a y su incorporación en el registro de deudores que el Consejo de la Judicatura establecerá para el efecto.” (...) (Código de la Niñez y Adolescencia)

En lo referente al apremio personal como medida cautelares el Art. Innumerado 22 señala: “Apremio personal. - En caso de que el padre o madre incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias, el Juez/a a petición de parte y previa constatación mediante la certificación de la respectiva entidad financiera o del no pago, y dispondrá el apremio personal hasta por 30 días y la prohibición de salida del país. En caso de reincidencia el apremio personal se extenderá por 60 días más y hasta por un máximo de 180 días.” (...) ;(Código de la Niñez y Adolescencia)

De igual manera se dicta apremio personal en contra de los obligados subsidiarios, para garantizar el cumplimiento de la obligación de suministrar alimentos tal como lo establece el Art. Innumerado 23: “Apremio personal a los obligados subsidiarios. - El juez dispondrá el apremio personal de las/los obligadas/os subsidiarios que, habiendo sido citados con la demanda de alimentos, bajo prevenciones de ley, no hayan cumplido con su obligación de pago conforme lo previsto en esta ley.” (Código de la Niñez y Adolescencia)

Mientras que en el Art. Innumerado 31 se establece: “Interés por mora.- Se aplicará la tasa de interés por mora fijada por el Banco Central del Ecuador o el ente estatal encargado de hacerlo, por cada día de retraso en el pago de la prestación de alimentos.” (Código de la Niñez y Adolescencia)

- Art. Innumerado 32, se detalla lo siguiente: “Caducidad del derecho.- El derecho para percibir alimentos se extingue por cualquiera de las siguientes causas:

1. Por la muerte del titular del derecho;
2. Por la muerte de todos los obligados al pago; y,

3. Por haber desaparecido todas las circunstancias que generaban el derecho al pago de alimentos según esta ley.” (Código de la Niñez y Adolescencia)

Los procesos de arbitraje estarán apegados al debido proceso, buscan continuamente soluciones en donde las piezas ganen y se respete el interés superior del infante, siendo esto correlacionado con lo propuesto por Nuñez Castillo (2019), quien dice que debería generarse las condiciones jurídicas para el respeto de los derechos humanos del núcleo familiar como componente fundamental de la sociedad.

Por tanto, llegamos a la conclusión de que los conflictos de niñez y adolescencia son solucionables a través de la mediación, siempre y cuando se considere siempre el interés superior del niño, que el mediador no debe violentar por ninguna razón y dentro del proceso debe velar que este principio se cumpla, por otro lado las partes accionantes deben también estar conscientes de que no podrán violentar este precepto, por lo que las actas de mediación tienen validez de sentencia ejecutoriada. Los mecanismos alternativos de solución de conflictos, dentro de estos al arbitraje son procedimientos ágiles, expeditos y que son aplicados en conflictos en donde estén en controversia los derechos y obligaciones de los menores de edad, que más bien colaboran a que sus derechos sean privilegiados como la ley lo versa. Nuñez Castillo (2019), quien plantea que debe generarse las condiciones jurídicas para el respeto de los derechos humanos de la familia como factor primordial de la sociedad. (Vásquez & Loza, 2019)

1.5.1.3 Ley de Arbitraje y Mediación

Ecuador, dentro de su legislación ha implementado La Ley de Arbitraje y Mediación a su normativa desde 1997, dicha ley, está compuesta por 3 títulos, los cuales han sido delimitados como del Arbitraje, de la Mediación y de la Mediación Comunitaria, con 64 artículos en total y seis derogatorias. La última reforma que se hizo a la LAM (de ahora en adelante para referirse a la Ley de Arbitraje y Mediación), fue expedida y publicada en el Registro Oficial en el año 2009.

A la mediación podemos encontrarla desde el artículo 43 al 57 de la normativa antes mencionada, puesto que desde el 58 al 59 se habla de la mediación comunitaria.

La LAM establece en su artículo 43 una definición de mediación; disponiendo 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 extra judicial definitivo, que ponga fin al conflicto” (art. 43, LAM)

Este proceso, como ya ha sido mencionado en páginas anteriores goza de ventajas tales como agilidad, economía procesal, confidencialidad, y por sobre todo que el Acta de Mediación tiene efecto de sentencia de última instancia y cosa juzgada, pues en caso de ser incumplida se tiene la opción de acudir al Juez para su ejecución, incluso si llega a ser necesario que esta se cumpla por vía de apremio.

Más adelante, en el artículo 55 (LAM) se señala “la conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Para efectos de la aplicación de esta ley se entenderá a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos.” Lo establecido en este artículo abre paso a que se consideren otras vías para poner fin a conflictos de intereses que fomenten más la cultura de paz y se ponga cada vez a más conocimiento métodos conciliatorios como lo es la mediación.

1.5.1.4 Legislación argentina

En Argentina la obligatoriedad de la mediación ha sido implementada desde 1995, mediante su Ley 24573 de Mediación y Conciliación, primero esta ley regía únicamente en Capital Federal, más con el paso del tiempo se ha ido extendiendo e implementando a nivel nacional, dado los resultados positivos “... en Argentina se ha logrado que más del 30% de las causas se resuelvan en sede prejudicial y ha contribuido el cambio de cultura en la solución de conflictos.” (Puertas, 2010)

Dicha Ley fue inicialmente pensada como un régimen provisional ya que regiría únicamente por 5 años, esto debido a que se quería modificar los patrones de la ciudadanía y de los abogados para optar por una cultura conciliatoria y de paz dejando a su disposición métodos autocompositivos, al aplicarse rápidamente a la totalidad de los procesos civiles (lato sensu) de

conocimiento. Sin embargo, el aumento en el número de controversias anualmente iniciadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que pasaron por la fase previa de mediación, advirtió que el Estado desarrollaría su proyecto de renovación de este régimen y así también del sistema de justicia argentino. (Giannini, 2014)

Se había dicho que la mediación obligatoria en Argentina sería únicamente un ensayo para descongestionar el sistema judicial, y además para implantar la cultura de paz en la sociedad, sin embargo, al establecerla por un periodo corto de tiempo; la ley 25.287 (año 2000) prorrogó la vigencia del régimen por otro lustro. Tampoco en ese lapso la cultura o los recursos de la administración de justicia habían variado, por lo que, en el año 2008, mediante ley 26.368, se prorrogó el esquema obligatorio “provisional” por dos años más. Luego de la vigencia de dicho régimen durante tres lustros, con la sanción de la ley 26.589 (2010), este mecanismo de autocomposición dejó de estar regulado como un instrumento de ensayo transformándose en un esquema legal definitivo, no sólo para la Justicia Nacional de Capital Federal, sino también para la totalidad de los órganos que componen Justicia Federal. Esta nueva ley 26.589 a día de hoy mantiene la filosofía y rasgos generales del procedimiento de mediación previa establecidos en 1995, introduciendo algunas innovaciones destinadas a mejorar el sistema, a partir de la experiencia aprehendida durante el funcionamiento del modelo original. (Giannini, 2014)

- **La Mediación Obligatoria en Buenos Aires.-** Dentro de la Provincia de Buenos Aires, hubo lugar a la ley 13.951 (año 2009), la cual instauró un sistema similar al de ámbito nacional, pues se trata también de un esquema obligatorio, ya que impone como condición de admisibilidad de la pretensión, la constancia de haber transitado esta fase previa.

A pesar de que, en ambos regímenes, existen diversas diferencias, se destacan dos cualidades fundamentales. 1. Imposibilidad de elegir al mediador entre las partes; pues todo pedido de mediación ingresa en un sistema de sorteo automático. 2. Exigencia de que todo acuerdo sea sometido a la homologación judicial, quien, debe verificar que el convenio contenga una “justa composición de los intereses de las partes” (art. 17, ley 13.951). El régimen se distingue así del sistema nacional, en el que, en este último no se impone por regla la intervención de la judicatura en la aprobación del acuerdo de partes, transformándose al convenio en un título ejecutivo (dotando así de más celeridad al régimen y favoreciendo la finalidad de descongestión del sistema de justicia). Por el contrario, la norma provincial exige la aprobación jurisdiccional de todo convenio y

establece, estándares de valoración que no se reduce a la mera comprobación de que los derechos respectivos fueran disponibles, sino que reclama una “justa” composición del conflicto. (Formosa, 2020)

- **La Mediación Obligatoria en Otras provincias Argentinas.-** Aunque la mediación obligatoria se ha establecido en este país, hablaremos únicamente de los estados y leyes existentes en las provincias de Córdoba existe la ley 8858 (año 2000) , Corrientes, la ley 5487 (año 2002) y en Río Negro, ley 3847 (año 2004), las mismas que establecen como regla el carácter voluntario y únicamente prevén la obligatoriedad de la mediación para los casos taxativamente previstos por estos cuerpos normativos.

- 1) Córdoba.- En esta provincia existe un diseño de mediación sólo parcialmente obligatoria en el ámbito civil y comercial (ley 8858, del año 2000), organizado alrededor de un Centro Judicial de Mediación que depende directamente del Tribunal Superior de Justicia (siendo uno de sus ministros su Director General). El 90 por ciento de la mediación en la Provincia se desarrolla en el ámbito del Poder Judicial, pero las contiendas que necesariamente deben transitar por esa fase son: a) las de menor cuantía (menores a 140 “jus”); b) aquellas en las que el peticionante cuenta con beneficio de litigar sin gastos; o c) cuando el juez lo disponga expresamente, por considerar conveniente derivar el caso a este procedimiento de autocomposición. En los demás casos, el Centro de Mediación Judicial actúa únicamente por requerimiento de parte.

2) Corriente y Río Negro. - En los casos correntino y rionegrino, sin embargo, entre tales “excepciones” está establecido la necesidad de asistir a dicho trámite previo respecto de géneros muy amplios de conflictos. Para ejemplificarlo “toda contienda civil o comercial cuyo objeto sea disponible” (art. 2, ley 5487 de Corrientes; en sentido similar, y el art. 7º de la ley 3847 de Río Negro), lo que importa, en la práctica, revertir la supuesta regla general de la “voluntariedad” del sistema en el ámbito de la justicia civil.

Como antes se mencionó, esto no ocurre esto en Córdoba, en la que sólo deben ser llevadas a mediación las contiendas de objeto disponible de menor cuantía.

Al final, provincias como Entre Ríos, siguen la línea de la mediación previa obligatoria al estilo del que rige -como vimos- en la justicia civil nacional y de la Provincia de Buenos Aires. Es de señalar asimismo que en varios de los Estados locales (con distinción de los nuevos regímenes de la Provincia de Buenos Aires y Santa Fe) se han adoptado sistemas

de mediación articulados alrededor de los “Centros de Mediación” estructuras integrantes o próximas al Poder Judicial. (Giannini, 2014)

1.5.1.5 Ley 26.589

Previa a esta ley existió la ley 24.573, llamada Ley de Conciliación y Mediación aprobada en 1995, la cual instituyó en su artículo primero con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio y además consagra la mediación privada, permitiendo así que los interesados concurren directa y voluntariamente a un mediador que debe estar habilitado por el Ministerio de Justicia, eximiéndose así de transitar por esta etapa; dicha ley estaba incompleta en muchos sentidos, razón por la cual la ley 26.589 vino a salvar algunas deficiencias de su antecesora. (Massafro & Soledad, 2016)

Sancionada el 15 de Abril del año 2010, entrando en vigencia el 6 de Mayo del mismo año, presentando a la mediación previa obligatoria ante todo proceso judicial, sin contar las excepciones establecidas en el art. 5

“ ... acciones penales; acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción; causas en que el Estado Nacional, las provincias, los municipios o la ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte; procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y rehabilitación; amparos, habeas corpus, habeas data e interdictos; medidas cautelares; diligencias preliminares y prueba anticipada; juicios sucesorios; concursos preventivos y quiebras; convocatoria a asamblea de copropietarios; conflictos de competencia de la justicia del trabajo; y en procesos voluntarios. (art.5 , Ley Argentina 26589)

En relación a los asuntos de familia, cabe mencionar que la mediación previa sí resulta obligatoria en los asuntos patrimoniales que se derivan de los mismos, en tal caso según establece la normativa, el juez tendrá que dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador.

Dentro de su art. 6 prevé la aplicación facultativa del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria en los casos de ejecución y desalojos para el reclamante, sin que el requerido pueda cuestionar la vía. Dentro de los aspectos positivos de esta nueva ley se puede nombrar su previsión y consagración de los principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria en el art. 7 y que son los que caracterizan a la Mediación, como son:

- a) Imparcialidad del mediador en relación a los intereses de las partes intervinientes en el proceso de mediación prejudicial obligatoria;
- b) Libertad y voluntariedad de las partes en conflicto para participar en la mediación;
- c) Igualdad de las partes en el procedimiento de mediación;
- d) Consideración especial de los intereses de los menores, personas con discapacidad y personas mayores dependientes;
- e) Confidencialidad respecto de la información divulgada por las partes, sus asesores o los terceros citados durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria;
- f) Promoción de la comunicación directa entre las partes en miras a la búsqueda creativa y cooperativa de la solución del conflicto;
- g) Celeridad del procedimiento en función del avance de las negociaciones y cumplimiento del término fijado, si se hubiere establecido;
- h) Conformidad expresa de las partes para que personas ajenas presencien el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. (Massafro & Soledad, 2016)

Además, la ley en cuanto a los requisitos para ser mediador los regula en su art 11, los cuales son mayores a los que exigía la ley 24573, pues al contar con la experiencia brindada por la ley antes mencionada, permitiendo una mejor regulación del instituto y no prevé un plazo de vigencia, lo que la convierte de carácter definitivo. Podemos destacar lo siguiente:

) Incorpora la figura del “profesional asistente”, la que debe contar con el consentimiento de las partes, con esto se pretende cubrir falencias ya que los mediadores genéricos ya no pueden abarcar los tecnicismos de áreas médicas, informáticas, biológicas, complejas figuras financieras o lenguas foráneas.

) Crea el instituto de la Mediación Familiar pero también prevé expresamente las situaciones en las que el mediador debe darla por finalizada con el fin de proteger a los interesados.

) Se faculta al juez para hacer uso de su discrecionalidad enviando un caso a mediación si así lo considera conveniente.

) Establece que los honorarios de los mediadores deben ser fijados por el juez al fijar la condena en costas.

) Los mediadores tienen la obligación de enviar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el resultado de su gestión en una mediación. Como una manera de subsanar la situación de quienes no tienen recursos, la ley prevé la posibilidad de solicitar gratuitamente el procedimiento en los centros de Mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o centros de Mediación Públicos. (Almeida y Almeida, 2012).

1.6 La mediación prejudicial

La mediación prejudicial la que se hace antes de iniciar un juicio para que las personas encuentren una solución al problema sin necesidad de recurrir a un juez. La mediación es voluntaria, confidencial y está basada en el diálogo. (Derecho Fácil, 2021)

Para Cabanellas (1993) el término prejudicialidad deriva del latín “prae iudicium” que significa antes del juicio, y, por PREJUDICIAL se entiende aquello “que requiere decisión previa al asunto o sentencia principal. De examen y decisión preliminar, referido a ciertas acciones y excepciones”.

En lo que se refiere a cuestiones prejudiciales, según Asamblea Nacional del Ecuador a través del Código Orgánico Integral Penal, en su Art. 414, textualmente manda:

Prejudicialidad. - En los casos expresamente señalados por la ley, si el ejercicio de la acción penal depende de cuestiones prejudiciales, cuya decisión compete exclusivamente al fuero civil, no podrá iniciarse el proceso penal antes de que exista auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial. La disposición legal transcrita, instituyó en nuestra legislación procesal penal la Prejudicialidad al ejercicio de la acción penal, que es la única Prejudicialidad que en la práctica tiene vigencia.

Las cuestiones prejudiciales se dan principalmente, cuando es necesario esperar el pronunciamiento previo, y oficial de la autoridad competente; comúnmente de los jueces del fuero civil para poder iniciar, recién, la acción penal; en ese sentido lo que la prejudicialidad busca que por un mismo hecho que puede ser sancionado penal y civilmente exista un pronunciamiento previo. Un ejemplo es lo que sucedía con el delito de adulterio en nuestro país, hasta antes que

este sea derogado, toda vez que para comprobar el adulterio y seguir el procedimiento penal debía primero disolverse el vínculo matrimonial por la vía civil. (Pérez Padilla, 2013)

Según Vaca Andrade, (2020) Existen tres modalidades con las cuales se atienden cuestiones prejudiciales, de las cuales se comentará las más importantes:

1. Imperio de la jurisdicción penal o sistema germánico.- Según este sistema, cada una de las situaciones jurídicas que tengan interacción o conexión con el asunto principal de carácter penal deben ser resueltas por el mismo Juez penal, permitiendo de esta forma que tenga jurisdicción total en todos los campos para solucionar el tema controvertido en su integridad y no sólo en lo cual dice interacción con la aplicación de sanciones; por consiguiente, el Juez penal tendría que solucionar lo cual corresponda a su campo específico como además lo concerniente a puntos civiles, bastando, para eso, que se intente un mismo hecho.
2. Separación jurisdiccional absoluta o sistema francés.- Se pretende, según este sistema, que los asuntos penales y civiles sean considerados, tratados y resueltos en forma libre o independiente, por el juez al que le corresponda la competencia en razón de la materia; de esta forma, el Juez penal tendrá que solucionar el tema penal en el campo de su única competencia, y el Juez civil, los asuntos civiles que se originen o tengan interacción con el delito. Así, se distribuye convenientemente el razonamiento y resolución del tema conexo entre jueces civiles y penales, debiendo desempeñarse cada uno según lo cual le corresponda en su respectiva esfera de actividad jurisdiccional. Se debe considerar que esta clase de sistemas puede tener falencias, tales como la producción de pronunciamientos contrapuestos como en el ejemplo presentado arriba.
3. Separación jurisdiccional relativa.- Con este sistema hablamos de conservar separado el entorno civil del penal, de tal forma que las soluciones en uno y otro campo se hagan de modo autosuficiente, originándose, cada una, tanto en el Juez civil como en el Juez penal, empero tan solo en esos casos en que la ley de esta forma lo disponga de forma expresa, o, además, una vez que el Juez penal estima prudente, según su propio juicio, que los puntos civiles del tema sometido a su entendimiento, y, por consiguiente, extraños a su competencia y resolución, tienen que ser dilucidados antes por el juez que corresponde, para eludir que existan soluciones o fallos contradictorios sobre el mismo tema o hecho controvertido.

El Ecuador ha optado por este tercer sistema, es así que en materia penal el Fiscal no puede iniciar una acción penal, o el Juez resolver el tema sometido a su conocimiento, si antes no se ha producido en el fuero civil.

La prejudicialidad puede darse en dos tiempos, sea en la acción o en la sentencia;

- a) En la acción.- se presenta cuando no es posible iniciar el proceso a menos que sea previamente resuelta la cuestión prejudicial por el órgano competente, que sería el caso de esta investigación;
- b) En la sentencia.- se da cuando la cuestión asunto prejudicial aparece una vez que se ha iniciado el proceso y este se encuentra en trámite, en este evento para el Juez es indispensable que previamente se resuelva lo que se encuentra pendiente mediante sentencia ejecutoriada para que él pueda continuar con su proceso. (Vaca Andrade, 2020)

Este principio es el que más se adecua guardando sus diferencias a la realidad de los Jueces de la Niñez y Adolescencia, toda vez que el Instructivo de Derivación de Causas Judiciales centros de Mediación, faculta al Juez para que se resuelva el asunto principal por la vía de la mediación en los casos que el considere pertinente, sin que se hable expresamente en la Ley de prejudicialidad, este procedimiento podría ser entendido y perfectamente aplicable de dicha forma.

Al no existir la mediación prejudicial obligatoria en Ecuador, no existe ninguna base legal anteriormente implantada, por lo que se debería realizar un estudio por medio del cual se logre concretar la iniciativa adecuándola a nuestro ordenamiento jurídico sin generar alguna ilegalidad o cualquier acto inconstitucional.

1.7 La obligatoriedad impuesta por la ley

Cuando se habla de “obligatoriedad” se asocia con la obligación que tiene una persona de hacer algo. De hecho, el propio diccionario define que lo obligatorio es aquello “de obligado cumplimiento y ejecución”. Que la mediación se configure como obligatoria, la “obligación de mediar” deriva inmediata o mediatamente de la ley.

Asimismo, según el estudio elaborado por DE PALO, FEASLEY Y ORECCHINI, por encargo del Comité de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, “[a] successful mediation implementation plan should include incentives (“carrot”) and regulations (“stick”) to induce stakeholders at every level to engage in mediation. By incentivizing the implementation of mediation, there is a greater likelihood of lasting adoption of mediation”. En ella, el TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea) indica que el hecho de que una normativa nacional haya dispuesto la obligatoriedad del recurso a un procedimiento de método alternativo de resolución de conflictos con carácter previo al ejercicio de una acción judicial no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que entre otros requisitos concernientes a la específica normativa enjuiciada no conduzca necesariamente a una decisión vinculante para las partes, no implique un retraso sustancial a la vía judicial, suspenda la prescripción de los correspondientes derechos, y no ocasione gastos, o estos sean poco significativos. (Ginebra Molins & Tarabal, 2013)

Pese a que mediación y obligatoriedad parecen conceptos antitéticos diversos ordenamientos jurídicos la han integrado en su sistema de ADR (alternative dispute resolution), “obligando” a las partes a iniciar, en determinadas materias, el procedimiento “voluntario” de mediación. En un sentido amplio, la mandatory mediation incluiría tanto los supuestos en que la “obligación de mediar” deriva inmediata (categorical approach) o mediatamente (discretionary approach) de la ley, como aquellos sistemas (quasi-compulsory) que promueven el recurso a la mediación a través de incentivos o que penalizan su no utilización sin prever como requisito el intento de mediación. (Ginebra Molins & Tarabal, 2013)

Sin embargo, creemos que sólo puede hablarse propiamente de mediación obligatoria cuando su intento se configura como paso previo necesario antes de acudir a los tribunales, ya sea porque lo ordena directamente la ley (obligatoriedad legal), o el juez ante el caso concreto (obligatoriedad judicial).

En el caso de Chile, la mediación previa y obligatoria ha sido estipulada en materia de garantías en la salud, además de en la ley N 19.968 para los tribunales de familia ha incorporado en su actual artículo 106 un proceso de mediación previo y obligatorio.

Dicha norma dispone:

"Las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular,

aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, *deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se regirá por las normas de esta ley y su reglamento*".

Así, el razonamiento efectuado por el Tribunal resulta pertinente a la hora de determinar si el proceso de mediación familiar se ajuste o no a los cánones constitucionales puesto que mucho se ha discutido sobre las ventajas y desventajas de establecer un proceso previo y obligatorio de este tipo en la legislación de familia.

La introducción de la mediación como proceso obligatorio en la legislación chilena se debe, principalmente, al colapso que sufrieron los tribunales de familia poco tiempo después de su entrada en vigencia y su imposibilidad de gestionar el alto número de demandas.

De ahí, entonces, que la ley 20.286, de 15 de septiembre de 2008, introdujo importantes reformas, entre las que se establece la mediación obligatoria, que ya se había encontrado contenida y luego desechada, en el proyecto original de la ley N° 19.968.

Así, se ordena la derivación obligatoria y previa a la interposición de la demanda, de todos aquellos asuntos relativos al derecho de alimentos, cuidado de los hijos y relación directa y regular.¹⁰

La ley N° 19.968, en su artículo 103, define la mediación como:

"aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos".

Su institucionalización obedece a la búsqueda de un objetivo definido: alcanzar acuerdos efectivos entre las partes y con un mayor alcance en el tiempo, protegiendo, además, a la parte más débil a través de un procedimiento más accesible y des formalizado, evitando con ello su

¹⁰ Sobre las ventajas y desventajas de la mediación obligatoria, véase Vargas (2008) pp. 183-202 y Fiegelist (2008) pp. 95-116.

judicialización, a la vez que se descongestiona el sistema judicial a través de la derivación de causas a mediación¹¹. (Aguirrezabal Grünstein, 2013)

Pese a que la mediación obligatoria puede resultar también producto del acuerdo de las partes, como, por ejemplo, derivarse de cláusulas que se hayan impuesto previamente, para ser obligatoria en una materia determinada debe estar institucionalizada como tal en la legislación del país que se requiere, ya sea que deba reformar a la ley existente a la mediación, y al arbitraje.

1.8 Ámbito de aplicación de la mediación obligatoria

La aplicación de la mediación, como ya se ha indicado está prevista como un mecanismo para resolver conflictos de manera pacífica, siendo una alternativa que la ley presenta a las partes que se encuentran frente a un problema para que de manera voluntaria puedan poner fin al mismo, siendo aceptada en cualquier situación siempre y cuando se trate de materia transigible, es decir, que el asunto que se pretende resolver sea negociable sin que aquello afecte a derechos de ninguna de las partes interesadas, y que la solución a la que se llegue no sea contraria a la constitución ni a las leyes.

En la presente investigación el ámbito de aplicación de la mediación como prejudicial, por lo tanto obligatoria, está enfocado en los procesos de familia, especialmente los procesos de fijación de pensiones alimenticias para los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador.

1.9 Procedimiento

Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto. Quedando siempre a salvo el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en el supuesto de que las situaciones objeto de mediación conlleve un proceso judicial. (Lescano Galeas et al., 2016)

¹¹ Idea que se refleja tanto en el mensaje del proyecto de las leyes N° 19.968, 20.086 y 19.966.

Dentro de la doctrina se identifican cuatro fases dentro del proceso de mediación; la cual inicia con a) las sesiones informativas, dentro de esta el mediador informará a las partes, por un lado, de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad y, por otro, de las características de la mediación, su reglamento o normas de funcionamiento, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias del acuerdo que se pudiera alcanzar.

Seguidamente esta la b) Sesión constitutiva, en la cual las partes expresan su deseo de llevar a cabo la mediación, dejando constancia por medio de una acta en la cual constaran los nombres, la designación del mediador, el objeto del conflicto, la declaración de aceptación de la mediación, el coste de la misma, lugar de celebración, y el lenguaje en el cual se desarrollará.

Se continúa con c) el desarrollo de las actuaciones de la mediación; Las sesiones se realizaran en el lugar convenido en el acta constitutiva, que pueden ser las instalaciones que destinen al efecto de la organización que tutele el procedimiento de mediación o, en su defecto, el mediador. El mediador deberá cumplir unas exigencias legales mínimas durante el desarrollo de las actuaciones.

Y por último d) Terminación del procedimiento. el proceso de mediación concluye de diferentes maneras como son: concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque una de las partes ejerza su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo previsto para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión.

La legislación ecuatoriana establece en el Art. 46 de la Ley de Mediación dispone: maneras de entrar al proceso de mediación:

a) “Convenio o acuerdo de las partes,

b) A solicitud de las partes o de una de ellas; y,

c) Cuando el Juez ordinario dispone en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, si las partes lo aceptan. El término, es de 15 días”

1.- Fase de información .- Una vez que las partes protagonistas, expresan su voluntad de iniciar el proceso de mediación, se firma el compromiso de mediación en forma de documento privado

en el que las partes y el equipo de mediación aceptan los principios de este proceso. Este compromiso o contrato de mediación define las condiciones en cuanto a normas y compromisos de las partes. Favorece el dialogo, la escucha y un mayor entendimiento, facilitando la expresión e identificación de las preocupaciones de cada parte y la expresión de emociones.

2.- Elaboración de agenda. - Se procede a identificar los puntos clave que las partes quieren debatir, definiendo los problemas de manera en que el mediador pueda identificarlos de manera descriptiva e imparcial. Las partes y el mediador diseñan un esquema o agenda de trabajo para tratar los diferentes puntos que serán abordados. Esta fase tiene como objetivos el entendimiento y aceptación de la otra u otras personas para favorecer una comunicación interpersonal y avanzar hacia la fase negociadora.

3.- Negociación. - El objetivo de esta fase es favorecer, mediante técnicas de comunicación y gestión de conflictos, que las partes generen opciones, buscando los intereses subyacentes a las posiciones, como modo de facilitar la negociación. Se procede a identificar los puntos convergentes y debatiendo los divergentes.

4.- Toma de decisiones y redacción de acuerdo. - Una vez alcanzados los acuerdos se redactan en forma de documento privado

5.- Seguimiento. - En cada proceso de mediación la fase de seguimiento tiene como objetivo conocer, en primer lugar, si ha habido dificultad en el cumplimiento de su acuerdo o alguna modificación de las circunstancias.

Capítulo 2

2 El interés superior del niño

2.1 Generalidades y conceptualización

El “interés superior” surge para brindar protección a ciertos que social o jurídicamente no se encuentran protegidos de forma efectiva puesto que ciertas circunstancias o su propia condición

les obstaculiza el acceso por su cuenta a mecanismos de protección, siendo un claro ejemplo de esto, los niños niñas y adolescentes.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes se han convertido en un concepto de naturaleza sobresalientemente familiar desde el momento en que fueron especializados como tales por la Declaración de Ginebra de 1924. Dichos derechos han ido evolucionando a través de tiempo conjuntamente con la aparición distintos Convenios de la Haya, cronológicamente desde 1902-1996, año en que la Haya adoptó el 19 de octubre, un convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes. (Napoleón, 2016)

El interés superior del menor se tuvo en cuenta ya en el derecho de familia en la *sentencia Blissetts*, a finales del siglo XVIII (1774), que afirmaba "if the parties are disagreed, the Court will do what shall appear best for the child",¹² sin embargo fue en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en la cual se denotó un importante avance en lo que a su conceptualización y ámbito de aplicación se refiere. Así ha proclamado su doble naturaleza como derecho subjetivo y como principio y generalizado su aplicación a ámbitos materiales. (Torrecuadrada García-Lozano, 2016). Como principio ha sido incorporado por varias legislaciones, a raíz de haberse institucionalizado en la Convención Americana de Derechos Humanos, estando el mismo encauzado a que la protección de los derechos de los niños en general sea efectiva, estableciendo así límites sociales; y en lo referente al Estado se pretende limitar sus decisiones políticas y judiciales de las respectivas, frente a amenazas o vulneraciones de los derechos del menor.

En el Ecuador, el Constituyente del 2008 consagró en el art. 44 de la Constitución de la República que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos generales y específicos, más por su edad cuentan como herramienta de resguardo al principio de interés superior del niño. Esta disposición específica y especializada permite la protección de todos sus derechos frente a una situación de desventaja que, por su madurez biológica y psicológica, limita su libre determinación en relación con los adultos. Teniendo en cuenta las ideas abiertas, este principio es fundamental en el mundo de la familia desde su enfoque jurídico, por lo que sostienen (Paulette Murillo, 2020) que los padres como familia nuclear o familia extensa son la primera institución que debe cumplir con el deber de cuidado de los menores en todo ámbito en el

¹² Véase en 98, *Eng. Rep. 899 (K.B. 1774) (Mansfield, C. J.)*, citado entre otros por R. Laing Klaff, "The Tender Years Doctrine: A Defense", en *California Law Review*, vol. 70-2, 1988, pp. 335-372

que deciden sobre sus derechos, para que sean grupos prioritarios y dejen de ser grupos desfavorecidos, es así que la familia, sociedad y el Estado son garantistas del progreso de niños, niñas y adolescentes hasta lograr su desarrollo integral como adultos.

Tras haber analizado, las generalidades del principio, se ahondará en las diversas definiciones doctrinarias del mismo. Como explica Roca Trias (1994 y 1999), tras un análisis exhaustivo de la legislación estatal española y autonómica en materia de protección de menores, llega a la conclusión de que dicha normativa gira entorno de este concepto jurídico indeterminado¹³; que representa una evidente garantía de sus derechos fundamentales. El elemento parte de la proyección de los menores hacia el futuro, de manera que pueda considerarse como una fórmula destinada a facilitar su formación y diseñar las líneas estratégicas del desarrollo de su personalidad. Por último, Roca Trias partiendo de la base de que la personalidad jurídica trae causa del concepto de persona, afirma que el interés superior del menor es una proyección, en las personas menores de edad.

Bajo un prisma más internacionalista, Borrás (1994) sostiene que partir del interés superior del menor conlleva englobar dentro de esta categoría general todas aquellas instituciones que, tras cualquier forma o pretendan dar respuesta a su efectiva protección, con total independencia de cuál sea la situación personal o familiar que se presente.

Otros autores (Joyal, 1991) definen el interés superior del niño como la unión entre sus necesidades y sus derechos, por lo que esta noción debe apreciarse, en cuanto a los derechos del niño, como principio de interpretación de la ley, a su vez Sanchez y Seijas (1999) limitan más el concepto, sumándose a la definición de concepto jurídico indeterminado que se forma en la conciencia de la autoridad judicial a partir de la valoración de una serie de circunstancias de lógica y de sentido común, determinadas por el conocimiento, la experiencia y la sensibilidad, que el Juez tiene y adquiere a lo largo del proceso, conforme a los datos que las partes interesadas le van facilitando. (Ballesté, 2012). Por lo tanto, el interés superior del niño es

¹³ Miras, J. (2012). Concepto jurídico indeterminado. «Concepto jurídico indeterminado» es el que se usa en una norma para indicar de manera imprecisa un supuesto de hecho. La ventaja de estos conceptos para la función legislativa es clara: basta fijarse en su gran capacidad de abarcar situaciones, sin necesidad de determinar claramente sus detalles o en qué consisten. De ese modo se consigue que las normas que los usan sean flexibles y duraderas, precisamente por el carácter impreciso de su enunciado, sin dejar de indicar, a la vez, suficientemente lo esencial de su ratio: la función del concepto indeterminado es, precisamente, expresar lo que el legislador intenta cuando ello puede darse de distintas maneras, algunas incluso desconocidas en el momento de dictar la ley.

una abstracción que obliga al juez a tomar una decisión con base en todas las pruebas presentadas en el juicio; sin embargo, no podemos estar de acuerdo con la opinión final, porque la aplicación de este punto no corresponde únicamente al sistema judicial, es necesario, recordar que además de los jueces, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño menciona a las instituciones estatales tanto como a las privadas que se enfocan en el bienestar social, a las instituciones administrativas, a los legisladores, y posteriormente en el artículo 18, inciso 1, a los padres o representantes legales.

Dolz-Lago (1996), por su parte, sostiene que en este contexto surgen las mismas dificultades que emergen cuando pretendemos concretar en qué consiste el interés público o el interés social. Esto nos lleva a entender que el interés superior del menor se concreta en todo aquello que beneficia a su titular y no, en cambio, en lo que le perjudica o pudiera perjudicarlo. (Ballesté, 2012)

Este principio defensor de los derechos de niñez y adolescencia a lo largo de la historia ha ido materializándose como escudo protector mediante normas de tutela tanto en la esfera interna de un Estado, así como, en el campo internacional jurídico en la búsqueda de mayores garantías de resguardo, por ello, la necesidad que el principio logre esa sobreprotección de los derechos mirando las circunstancias reales de cada niño, niña o adolescente ya que constituye un componente de su vida digna que no podrán quebrantarse para no afectar su evolución. Por lo tanto “El Principio del interés superior del niño, se entiende como un acumulado de tareas y procesos destinados a garantizar un desarrollo total y una vida digna, como también las circunstancias materiales y afectuosas que les permitan alcanzar el bienestar posible al máximo.

Si los derechos de los niños, niñas, adolescentes no estuvieran estipulados en el derecho nacional e internacional, se podría pensar que el interés superior del niño es un compendio de todos ellos y que podría ir más allá que un simple resumen de derechos. Al poseer una gran variedad de derechos estipulados a favor de los niños no se podría decir que hay un concepto confuso o variedades de interpretaciones sobre el interés superior del niño, que se podrían utilizar como excusa para incurrir en la discrecionalidad sin respaldo jurídico o extrajudicial, a pesar de la garantía judicial que debe dar fundamentalmente un Estado civilizado. En el supuesto de que exista un choque de derechos, este principio podría solucionar la supremacía de uno sobre el otro, pero esta supremacía solo se podría dar en el supuesto de que no se pueda compensar ambos derechos simultáneamente, es decir, al hablar del mismo como principio, es referirse a

una regla de ponderación de derechos humanos, en virtud de que, todo derecho se retrotrae a su principio para que su aplicación busque la realización completa de los mismos. Los derechos de los menores no necesitan de circunstancia alguna para ser aplicados a todos por igual, son derechos y a la vez garantías frente al proceder del Estado y la sociedad en conjunto. Los derechos de los menores no necesitan de ninguna situación especial y se emplean en todos los niños, niñas y adolescentes por igual; componen un cumulo de derechos y garantías frente al accionar del estado; Por lo tanto uno de los deberes del Poder Público es el de asistir al gozo de los derechos de los menores. En este sentido, la dirección de los derechos humanos accederá a establecer desde un punto de vista diferente las políticas públicas de la infancia y la intervención de los niños en la colectividad. (Napoleón, 2016)

2.2 El niño sujeto de derechos

Las percepciones en relación a lo que significa ser niño, niña o adolescente (NNA) han tenido diversas concepciones durante el transcurso de la historia, inicialmente se les referenciaba desde aspectos negativos que suponían la necesidad de un control y disciplina rígida constante; posteriormente se pasó a conceptos idílicos y especialmente positivos, sin embargo dichas posturas siempre mantuvieron una particularidad, el no reconocimiento de ellos y ellas como sujetos de derechos que los posiciona desde el empoderamiento y contribución para la sociedad.

El concepto de niñez es una construcción social e histórica que ha estado en continuo desarrollo, durante el cual se ha evidenciado la existencia de diferentes concepciones con el fin de explicar las características de los NNA, las cuales han guiado la forma de relacionarse con ellos. Las primeras aproximaciones para conceptualizar la niñez estuvieron marcadas por una posición en la que se consideraba a los NNA como seres que debían ser dirigidos, controlados y corregidos por personas adultas, posicionadas desde una relación asimétrica y desigual, en la que el adulto ostenta el poder y un lugar superior a ellos y a ellas. (Cely, 2015)

La entrada en vigor de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) ha provocado transformaciones trascendentales en la forma de entender la infancia y la adolescencia. Se produce un cambio en el paradigma, que significó pasar de la doctrina de la situación irregular o

Protección Tutelar, que concibe al niño como un objeto de protección del Estado y de la sociedad en general, a la doctrina de la Protección Integral del Niño, que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujeto de derecho. Es así como los Estados iniciaron un proceso de adecuación de su legislación a la luz de la doctrina de la Protección Integral, en la cual se considera al niño, niña o adolescente como sujeto de derecho y de persona en desarrollo, dejando atrás la concepción de que el menor era un simple destinatario de acciones sociales o un mero objeto de sus padres y del Estado o un sujeto pasivo de medidas de protección. (Vargas & Vargas, 2018)

Del artículo 5° de la Convención de Derechos del Niño, se desprende el principio de la autonomía progresiva del niño que establece que la autonomía del niño, niña o adolescente es progresiva, de acuerdo con la evolución de sus facultades, posibilitando a los padres o a la persona que esté a su cargo, impartir la dirección y orientación apropiada para que el niño pueda ejercer sus derechos. Esto implica, de acuerdo, a la evolución de sus facultades, que los niños van adquiriendo capacidad para ejercitar sus derechos a medida que se van desarrollando como personas. No se establece una edad fija a partir de la cual los menores ejerzan sus derechos, sino que se evalúa el desarrollo del niño para ejercitarlos. Este desarrollo está estrechamente relacionado con los procesos de “maduración y aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión de sus derechos y sobre como dichos derechos pueden materializarse mejor.”¹⁴

Se explicará de mejor manera aquellos documentos que ayudan a reflejar la situación de la niñez a través de la siguiente tabla.

¹⁴ [Naciones Unidas](#), Observación General N°7. Realización de los Derechos del Niño en la primera Infancia”, *Centro de Investigación Innocenti* (2005): 76.

Documento	Descripción
Declaración del Primer Congreso Español de Higiene Escolar (Barcelona, 1912)	Establece derechos concernientes al agua, aire, luz solar y limpieza como elementos que no pueden ser negados a los NNA, al mismo tiempo menciona al alimento, ejercicio, amor, alegría y verdad, atribuyendo esta responsabilidad a la familia y al Estado.
Declaración de Ginebra en la Sociedad de las Naciones (Ginebra, 1924)	Considerada la primera carta de los derechos de los niños elaborada desde la esperanza y la fe. Está constituida por cinco preceptos en los que se ponen en relevancia las condiciones necesarias para el desarrollo material y espiritual, situaciones de protección, la prioridad en situaciones de socorro, la protección de la explotación y trabajo infantil, y la educación. Se establece la responsabilidad de hombres y mujeres para con la niñez.
Decálogo de los Derechos del Niño. (Montevideo, 1927)	Representa la postura y valores latinoamericanos. Posiciona a los NNA como sujetos con capacidades y características propias. Postula los derechos civiles, políticos, económicos y sociales; establece y contextualiza derechos tales como la vida, educación, educación especializada, desarrollo de la personalidad, nutrición completa, asistencia

	económica completa, tierra, consideración social y alegría.
Ponencia “Los Derechos del Niño” en la Primera Convención Internacional de Maestros. (Buenos Aires, 1928)	Escrito y expuesto por Gabriela Mistral este documento relata la realidad chilena y suramericana de la época. Posiciona a la niñez desde “el privilegio” y le adjudica una serie de derechos en torno a salud, amor, alegría, educación, profesionalización, tradición, libertad, regulaciones legislativas, y a instituciones libres e igualitarias.
Declaración orientada al Bienestar de la Infancia. (Santiago de Chile, 1940)	Creada durante la celebración de la semana del niño en 1940, tal declaración comprende trece postulados y enuncia dimensiones de los documentos elaborados previamente en relación con el derecho a la vida, alimentación, vestido, familia, educación, salud, alegría, juego, desarrollo de la personalidad, derechos jurídicos y de defensa.
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. (Bogotá, 1948)	Estas dos declaraciones se reconocen a todas las personas como titulares de derechos, iguales y dignos. Desarrollan listados de derechos relacionados con condiciones necesarias para la vida con calidad y situaciones en las que se debe brindar protección.
Declaración Universal de los Derechos Humanos. (París, 1948)	

<p>Declaración de los derechos del niño (Asamblea de las Naciones Unidas, 1959)</p>	<p>Se establece después de la segunda Guerra Mundial, y es el antecedente inmediato a la Convención. Compendia los documentos proyectados en la primera mitad del siglo XX. Reconoce la protección y cuidados especiales de los NNA, el goce por parte de ellos de derechos y libertades, y además establece los actores responsables de la garantía. Está constituido por 10 principios, poniendo en relevancia el interés superior de los niños que luego son retomados por la convención y legislaciones particulares de los 192 países que la han ratificado.</p>
<p>Declaración sobre la Supervivencia, la protección, y el desarrollo del niño y su plan de acción. (Nueva York, 1990)</p>	<p>Desarrollada en la Cumbre Mundial en favor de la Infancia, en la que se discuten situaciones de riesgo de los NNA en relación a su desarrollo y crecimiento. Establecen compromisos para la protección y necesidad de la promoción rápida de la ratificación y aplicación de la convención y un programa para la transmisión de derechos. Se cimienta la niñez desde la perspectiva de los derechos humanos.</p> <p>El plan de acción es consolidado como una guía para el desarrollo de programas en cada país en la década de los 90, con el fin de mejorar las</p>

	condiciones de vida y el bienestar de los niños, niñas y adolescentes.
--	--

(Cely, 2015)

La perspectiva de sujeto de derechos abandona las concepciones idílicas y negativas, de protección en situación irregular y se centra en los niños, niñas y adolescentes con titularidad de derechos buscando la garantía y goce efectivo de los mismos desde una postura que promueva protagonismo, autonomía y determinación progresiva.

2.3 El interés superior del niño en la legislación internacional

El interés superior del niño, niña o adolescente, constituye un principio fundamental en el ordenamiento jurídico de todos los países que reconocen los distintos convenios y declaraciones internacionales de derechos humanos, que reconocen al niño como sujeto de derecho. Este principio está enmarcado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de Europa continental (López, 2015), y sus derivados latinoamericanos son disposiciones generales abstractas o conceptos jurídicos indeterminados, definiciones y de difícil aplicación. (Acuña Bustos, 2019)

El primero de ellos, el núcleo fijo o “zona de certeza positiva”, es que, según Ravetllat y Pinochet (2015), el mayor interés del niño dentro de esta estructura radica en el hecho de que existe un interés por la preservación física de sus características con lo cual se asegura la integridad moral, y el pleno desarrollo de su personalidad.

En la segunda estructura encontramos la zona intermedia o de incertidumbre, aquella que da pie a diversas posibilidades, requiere de un juicio de valor, tanto o más amplio a medida que el concepto deja de ser técnico o especializado y se inserta en lo cultural o valorativo. En la zona de certeza negativa, que hace referencia al punto o margen a partir del cual desaparece el valor implícito en el concepto, ya no se encuentra presente el interés superior del niño. Como ejemplo

tenemos el caso de uno niño no puede ser confiado a un sujeto depravado o violento. (Acuña Bustos, 2019)

De lo anterior, podemos concluir que la dificultad para identificar en qué consiste el interés superior del niño no se encuentra precisamente en la zona de certeza positiva o negativa, sino precisamente en la zona de intermedia o se hace evidente que se encuentra en la zona de incertidumbre. Esto radica en la complejidad de las opciones y decisiones, por lo que darle contenido radica en franca oposición a su esencia, pero en términos de interacción con principios, para establecer un fundamento que debe regir siempre nuestras acciones. Considerando el interés superior del niño, se pueden construir ciertos lineamientos que den valor y seguridad a esa aproximación de sentido.

En el ordenamiento jurídico chileno y de mayor relevancia para la decisión de diversas y múltiples materias judiciales. Este principio, si bien propio, mas no exclusivo del derecho familiar, alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente y su finalidad cubre el desarrollo de los potenciales del menor y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida.

El principio del interés superior del niño, niña o adolescente es considerado un concepto indeterminado en Chile, tal como lo reconoce la Corte Suprema en Sentencia Rollo 7150-2012 del 14 de enero de 20133 (Herrera Porras con Galvez Herrera). Se expresa de la siguiente manera.

Asegurar el ejercicio y protección de los derechos básicos de los menores, aunque ese concepto sea incierto (el interés superior del niño), y permitirles su mayor satisfacción en todos los aspectos de su vida. tu personalidad. Este principio se equipara a la plena satisfacción de los derechos de las personas y de sus capacidades subjetivas, y por ende de los derechos de los niños, niñas y adolescentes con el interés superior.

La ley no proporciona una solución directa y general al caso, ya que los sistemas de regla general y los conceptos de derecho indefinido deben ser considerados de acuerdo con la naturaleza y circunstancias del concepto. Hay que tener en cuenta las palabras de Ravetllat y Pinochet (2015).

Es claro que la introducción de disposiciones generales en el ordenamiento jurídico tiene ventajas y desventajas. Entre los aspectos positivos, podemos destacar las posibilidades que ofrece al

intérprete para dar respuesta a las soluciones a los criterios de conciencia social imperantes en cada momento histórico (...) Por otro lado, entre sus aspectos negativos, destaca los problemas que una interpretación personal o subjetiva de la cláusula puede suponer una marcada desviación de lo que la conciencia social considera aceptable en un momento dado (p. 920).

En los últimos años, ante este panorama, la jurisprudencia ha optado por introducir ciertos indicadores o elementos de objetivación a través de numerosas sentencias dictadas tanto por la Corte Suprema⁴ como por la Corte de Apelaciones. principio. Este proceso se ha llevado a cabo mediante la incorporación de un statutory checklist o wellness checklist¹⁵, en particular por la legislación española e inglesa, que incorpora un conjunto de normas que deben seguirse para salvaguardar el bienestar de los menores.

El principio del interés superior del niño, como ya se ha esbozado a lo largo de este artículo, escapa del positivismo, al ser su característica principal el de ser un concepto jurídico indeterminado. Dicha premisa no debe llevarnos a caer en el error de creer que esta imprecisión en su contenido se traduce en una indeterminación de su aplicación, por el contrario, su uso está estrictamente delimitado a dar una única solución justa, la cual es resultado de la relación sujeto-objeto, de carácter cognoscitivo, no estando presente el paradigma de la intersubjetividad. Por ende, el ejercicio de una potestad discrecional que permita la intromisión volitiva del sentenciador para hacer uso de una pluralidad de soluciones equitativas y justas no está permitida como medio interpretativo para dar solución a los casos contenciosos en los cuales está presente el interés superior del niño. (Acuña Bustos, 2019)

Al igual que en Chile, varios países latinoamericanos han acogido al interés superior del niño dentro de sus legislaciones, pero al tratarse de un principio que no ha sido determinado de manera profunda dentro de cada marco jurídico, se lo aplicado dentro de la discrecionalidad de cada juzgador, sin embargo, dentro de la subjetividad de cada caso, el reto consiste en tratar de obedecer ciertos parámetros que vayan en beneficio de los sujetos de derechos como son los niños, niñas y adolescentes.

¹⁵ “Lista de control o comprobación de bienestar”, consiste en siete criterios que las cortes deben considerar cuando toman decisiones concernientes a un niño, niña o adolescente.

2.4 El interés superior del niño en la legislación ecuatoriana

En el contexto nacional, antes de la promulgación del Código de Menores en el año 1992, las niñas, niños y adolescentes, no podían ejercer sus derechos de forma directa, para ello necesitaban la mediación de organizaciones sociales y gubernamentales; pese al reconocimiento internacional existían vacíos legales e irregularidades que obstaculizaban el goce pleno de estos derechos. Desde ese momento y hasta la actualidad se ha perfeccionado el marco jurídico en este sentido, es así que en el 2003 se proclama el Código de la Niñez y la Adolescencia el que ha sido modificado siempre en la búsqueda de mejores garantías para el trato y respeto de los derechos de estos sujetos. (Paulette Murillo et al., 2020)

Tal es la importancia, que actualmente el Estado ecuatoriano le concede a este principio que lo sitúa en la cima de la pirámide de las garantías para los derechos de las niñas, niños y adolescentes; de esta forma se convierte en un instrumento jurídico que protege y garantiza el cumplimiento de los derechos de la niñez y adolescencia y cuida porque todas las decisiones que de alguna manera tengan que ver con los intereses de este grupo no dañen su desarrollo integral y bienestar, y que siempre sean favorables a los mismos.

La legislación ecuatoriana reconoce en su Carta Magna, en su carácter de norma máxima de la República, a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos; así se evidencia en su articulado al hacer alusión al Principio de Interés Superior del Niño; por ejemplo consagra que: *“El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.*

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales”. (Ecuador, Congreso Nacional, 2017)

Este artículo expresa la esencia y espíritu del Principio de Interés Superior del Niño, el que se recoge y desarrolla en el ordenamiento jurídico del país. Es así, que en el cumplimiento de las

normativas constitucionales referentes a los derechos de los menores, en el 2014 se modifica el Código de la Niñez y la Adolescencia promulgado en el 2013; en su Título I se establece su finalidad, al expresar que *“este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.*

Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral”. (Ecuador, Congreso Nacional, 2017)

Principio que es definido posteriormente en su articulado al enunciar que *“el interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.*

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla”. (Ecuador, Congreso Nacional, 2017)

El que también es tenido en consideración en otras leyes y códigos como el caso de Ley Orgánica de Educación Intercultural (2011), que contempla interés superior de los niños, niñas y adolescentes entre sus principios generales, que fundamentan filosófica, conceptual y constitucionalmente la toma de decisión en el ámbito educacional; en dicha norma expresa que este principio está orientado a *“la garantía del ejercicio efectivo superior de los niños, niñas y adolescentes, está orientado a garantizar el ejercicio efectivo del conjunto de sus derechos e impone a todas las instituciones y autoridades, públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su atención. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla”.* (Ecuador, Congreso Nacional, 2017)

De igual forma en el Código Civil Ecuatoriano se promulga que *“en caso de inhabilidad física grave de ambos padres, o cuando sea contrario al interés superior de niños, niñas y adolescentes, el juez podrá confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas idóneas. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y, sobre todo, a los ascendientes”*. (Ecuador. Congreso Nacional, 2015)

Pero, no sólo este principio se encuentra contenido en la norma y código citados anteriormente, también está presente en otras esferas jurídicas y cuerpos normativos en materia de Derecho Civil, Derecho Laboral, Derecho Penal, Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado, Derecho Tributario, entre otros, convirtiéndose en un principio normativo de los derechos de la niñez y la adolescencia.

Es evidente que, el Estado ecuatoriano trabaja por lograr un sistema legislativo sistémico y sistemático, que salvaguarde el principio de interés superior del niño como expresión de las garantías de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sirviendo de guía hermenéutica del ordenamiento jurídico relativo a este grupo etario. Este principio ha venido a reparar la falencia histórica, adquiriendo consideración primordial en todas las medidas concernientes a la niñez y la adolescencia, supeditando las decisiones y acciones estatales, con el propósito de alcanzar su desarrollo integral y el pleno disfrute de todos sus derechos, en un marco de justicia, igualdad y libertad.

A través de la revisión bibliográfica se analizó el concepto del principio de interés superior del niño, que es implementado e interpretado por la legislación ecuatoriana, pudo observarse que es una norma jurídica que viene a erradicar el vacío legal nacional e internacional sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Es un principio internacional de derechos humanos y ha sido asumido e incorporado en la legislación ecuatoriana como un principio de garantía y salvaguarda de los derechos de la niñez y la adolescencia.

Es una norma jurídica con carácter constitucional, mediado por el concepto de niñez y adolescencia según el contexto sociocultural de que se trate. Su conceptualización es compleja, flexible y subjetiva, que debe ser evaluada según la situación y circunstancias de cada caso.

Su indeterminación y carácter subjetivo deja espacio para la manipulación y hace difícil su implementación práctica en el ejercicio jurídico en la toma de decisiones y cumple con las funciones de orientación, regulación, hermenéutica, resolución de normas, directriz, prioridad y obligatoriedad.

2.5 El interés superior del niño una cuestión sustantiva o adjetiva

Dentro una clasificación amplia de las normas jurídicas, pueden ser divididas en sustantivas o de derecho material y adjetivas o de derecho procesal. Las primeras que establecen derechos y obligaciones, y las segundas que establecen las vías a través de las cuales hacer exigibles esos derechos y obligaciones, o como dice Devis Echandía, estas últimas reglamentan "las exigencias sociales, principalmente por el aspecto de la forma, o porque sirve de instrumento para aplicar la ley".¹⁶

Las normas sustantivas o materiales, regulan el deber ser, son las que tienen un fin propio, crean reglas de conducta, son estáticas, regulan situaciones de fondo, mientras que las normas adjetivas o formales, son dinámicas, dependientes y subordinadas, pues se crean para facilitar el cumplimiento de las reglas establecidas por las normas sustantivas, trazan el camino procesal para la consecución de las reglas de conducta, como, los requisitos de la demanda, competencia judicial, contestación, prueba. El derecho sustantivo consagra en abstracto los derechos, el adjetivo la forma de realización de esos derechos. Si el Derecho sustantivo, material o sustancial es el fin, el derecho adjetivo o procesal es el medio. (Yanes Sevilla, 2016)

Así pues, el interés superior del niño es derecho sustantivo porque existen normas que protegen derechos en abstracto inspiradas en el interés superior del niño, por ejemplo, el derecho a ser escuchado; y también el interés superior del niño es norma adjetiva, porque hay leyes que prevén cómo ejecutar ese derecho. A la inversa, se han creado leyes sustantivas que han inspirado la concepción interés superior del niño; y así también, otras procesales para llegar a la consecución de ese interés superior del niño.

¹⁶ Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997).

Es así que este principio rector, constituye la columna vertebral de la normativa sustantiva y adjetiva en el derecho de la infancia y adolescencia, que induce a la producción legislativa; o al contrario, pues de esa producción dimana el mismo. El interés superior del niño, es un principio del que dimanen normas sustantivas, que dan vida a una determinada figura jurídica, por ejemplo patria potestad, tenencia, custodia, los cuales imponen los comportamientos que deben seguir los individuos en la sociedad, regula el deber ser, establece derechos a favor de los niños e impone obligaciones a las entidades públicas y privadas, a la administración de justicia, a la legislatura, de cumplimiento de objetivos orientados a la consecución de todos y cada uno de los derechos de los niños.

El principio del interés superior del niño, también es simiente de normas adjetivas porque se han creado cuerpos legales internos como el mismo Código de la Niñez, que al ser orgánico tiene normas sustantivas como adjetivas; así también externos como por ejemplo la Convención de New York para la Obtención de alimentos en el Extranjero, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, entre otros, que prevén trámites destinados a garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones consagradas por el derecho sustantivo. (Yanes Sevilla, 2016)

Como vemos, el principio del interés superior del niño es una cuestión sustantiva como adjetiva, pues se crean y se han creado normas tanto sustantivas como adjetivas a partir de él; es importante que se vayan fraguando criterios uniformes, para que su delicada indeterminación no siga creando abusiva discrecionalidad y consiguiente desconfianza.

CAPÍTULO 3

3 La Mediación Familiar

3.1 Antecedentes

La mediación familiar se desarrolló a inicios del año de 1980, en países anglosajones como Estados Unidos y Canadá en la solución de conflictos en controversias en crisis conyugales, responsabilidad parental y diferencias en las familias por el cuidado de personas

discapacitadas a su cargo. En la segunda década del siglo XX, se destacó el desarrollo de Europa, el consejo de Europa adoptó la Recomendación n.º (1)1998, sobre mediación familiar, incluso en ausencia de normas legales en muchos países. A partir de la promulgación de la Directiva europea (CE) 52/2008 el desarrollo normativo ha sido generalizado, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea DIRECTIVA 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos asuntos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Por lo que, el derecho positivo español contiene muchas referencias en cuanto a la mediación, desde 1990 se empezaron a realizar pruebas piloto. La Ley 15/2005, de 8 de julio, reforma el divorcio, introdujo la mediación como mecanismo para resolver conflictos familiares. (Gutiérrez & Martínez, 2017)

En Estados Unidos, en 1939 surge en el Estado de California el Primer Servicio de Mediación Familiar y en 1970, la mediación familiar aparece como actividad alternativa al procedimiento contencioso en los Tribunales, tanto de Estados Unidos como de Canadá. En 1978, profesionales del Derecho y de la Salud Mental conjuntamente con expertos en trabajos en sistemas de adjudicación en el sistema judicial estadounidense, contemplaron la posibilidad de buscar procesos alternativos a la adjudicación y arbitraje para solucionar los conflictos de pareja, situación que origino importantes proyectos en el contexto de la mediación en divorcio. (Gutiérrez & Martínez, 2017)

En Chile la mediación inicio a incorporarse en el ámbito familiar, inicialmente en la resolución de conflictos derivados de la separación, divorcio, para ir abarcando nuevas temáticas familiares como los conflictos post-divorcio, conflictos intergeneracionales, a partir de este mecanismo de resolución de conflictos, se desarrollaron iniciativas legales, programas piloto, en las áreas de la justicia penal y comunitaria, salud, derecho de los consumidores entre otras. Chile, tiene más de diez años que se ha venido implementando esta modalidad de solución de conflicto en situaciones familiares, estableciéndose en el año 2004 la Ley N°19.947de Matrimonio Civil y en el año 2005 la Ley N°19.958de Tribunales de Familia, la mediación familiar como una alternativa que podía ser sugerida a las partes mediante el juez, es hasta en el año 2008, en los asuntos de alimentos, cuidado de los hijos y relación directa y regular del padre o madre que no vive con sus hijos, se añadiera la obligación de participar en un proceso de mediación, siendo en estas materias en las que ha teniendo un buen desarrollo la mediación familiar.

En México tiene poco tiempo que se le ha dado vitalidad, desde 1997 empezó hacer acto de presencia en legislaciones como Quintana Roo, actualmente son más los estados que regulan estos mecanismos alternativos de solución de controversia. Y no sólo en la legislación, sino que, a partir del 18 de junio del 2008, se encuentra regulado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estos mecanismos alternativos, con el fin de ampliar el acceso a la justicia como derecho humano, actuando de forma más rápido y eficaz.

En el derecho comparado en los procesos alternativos de resolución de conflictos, se han implementado países como Inglaterra, Francia, Alemania, Canadá y Estados Unidos, en cuanto Argentina señala que es de importancia darles a las partes la oportunidad de convenir lo que presentan en sus vidas, reflexionar sobre el bienestar de su familia, renegociando su marco de relaciones. Por consiguiente, nos encontramos en un proceso de cambio añadiendo al sistema de administración de justicia estos mecanismos alternativos de solución de conflicto como la mediación, con la intención de cambiar el paradigma tradicional de tener como única instancia las autoridades para resolver sus conflictos, ahora se tiene la oportunidad de adoptar estas nuevas formas de enfrentar los conflictos y resolverlos con la participación de las partes interesadas, con el fin de reconstruir las relaciones y mantener los vínculos dentro del entorno familiar.

El concepto de mediación ha ido evolucionando al igual que su campo de acción en los últimos tiempos, a causa de las características y transformaciones que ha venido adoptando la familia como base fundamental en nuestra sociedad, la familia ha cambiado como institución social, existe un panorama muy amplio, la independencia de la mujer en el campo matrimonial, el divorcio, el matrimonio celebrado por personas del mismo sexo, entre otras características que han orientado la evolución del derecho de familia en su marco conceptual y por lo tanto su forma de concebirla y regularla.

La mediación es un proceso de resolución y manejo del conflicto que devuelve a las partes la responsabilidad de tomar sus propias decisiones en relación con sus vidas, consideraciones que se aprecian en las diversas definiciones que a continuación se señalan:

En cuanto a la doctrina, el acento principal que se le debe dar a la mediación familiar, sea el proceso de construcción y reconstrucción del vínculo familiar sobre los ejes de la autonomía y de la responsabilidad de las partes afectadas por conflicto, en cuyo proceso interviene un tercero

imparcial, independiente, cualificado y sin ningún poder de decisión, que es el mediador familiar.

17

Por su parte, Ripol-Millet, Aleix, se refiere a la mediación familiar como la intervención en un conflicto o una negociación por parte de una tercera persona aceptable a las partes, imparcial y neutral, sin ningún poder de decisión y que pretende ayudarlas a que ellas mismas desarrollen un acuerdo, viable satisfactorio y capaz de responder a las necesidades de todos los miembros de una familia.

La mediación también es el proceso mediante una tercera persona imparcial colabora con los afectados por la ruptura familiar en general y por la separación y divorcio de la pareja en particular, con el fin de mejorar la comunicación y entendimiento, y se toman decisiones sobre el futuro familiar.¹⁸ Definiciones que difieren en algunas consideraciones, esto es, algunos la denominan como proceso, por otra parte, presentan características comunes: la figura del tercero denominado mediador, su función debe ser de forma imparcial y neutral, la autonomía de las partes para poder tomar sus propias decisiones, se busca alternativas considerando las necesidades de cada una de las personas que integran la familia, se tiene el interés de reestructurar la relación entre las partes a través del diálogo y la comunicación.

En base a lo antes estudiado, podríamos definir a la mediación familiar, como un proceso que se dedica a favorecer al obtener soluciones pacíficas, con la ayuda del mediador, posibilita la mejora del diálogo y la comunicación entre las partes, para asegurar la continuidad de las relaciones de los interesados y los demás miembros de la familia, así también, se debe considerar además que la mediación reduce el tiempo de solución de conflictos, considerándola como un instrumento de eficacia en cuanto a la intervención en conflictos convivenciales, tanto preventivo como en la resolución de conflictos.

¹⁷ GARCÍA PRESAS, Inmaculada, La mediación familiar desde el ámbito jurídico, Jurúa, 2010, p.44.

¹⁸ Citado por Rondón García, Luis Miguel, Bases para la mediación familiar, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2012, p. 29.

3.2 La mediación familiar

3.2.1 Objetivo de la actividad

El objetivo de la mediación, no es obtener un resultado a toda costa para el sistema-cliente sino tratar de llegar a un consenso sobre los aspectos implicados, que ofrezcan una mayor garantía de permanencia de dichos acuerdos. Los objetivos de la mediación tratan de reducir la hostilidad y establecer una comunicación eficaz, ayudar a las partes a comprender las necesidades y los intereses del otro, satisfacer las necesidades de las partes interesadas, hace preguntas que revelan los intereses reales de cada una de las partes, plantea y revela cuestiones que se han pasado por alto o que no están recibiendo suficiente atención, y anima a las personas a generar nuevas ideas. partes en conflicto; ayudamos a reconstruir propuestas en términos más aceptables; lo ayudamos a moderar demandas realistas, verificar la receptividad a nuevas propuestas y formular acuerdos que resuelvan los problemas actuales, protejan las relaciones y hagan que el futuro sea predecible. Satisfacer necesidades y llegar a acuerdos accionables y duraderos. (García-Longoria Serrano & Sánchez Uríos, 2004)

3.2.2 Etapas de la mediación

Teniendo en cuenta que la mediación es un proceso, se debe aplicar diferentes etapas, las cuales dentro de la legislación ecuatoriana se tiene bien establecido en la Ley de Mediación y Arbitraje, sin embargo, para las fases y técnicas de específicamente la mediación familiar podríamos considerar lo siguiente:

1. Establecer estructura y confianza, enmarcar la intervención. - La primera tarea del mediador sería la de garantizar que las partes se sienten a negociar, puesto que es posible que haya sido una de las partes la que ha tenido la iniciativa de acudir a la mediación. En este sentido es preciso que ambas partes entiendan que comparten el poder. Esta etapa supone comprometerse con ambas partes y explicarles los principios y términos de la mediación, detenerse en un diagnóstico previo que busca contestar a preguntas tales como cuales son los temas de conflicto, las partes, como se han manejado hasta ahora, que procedimientos se han

empleado. Por qué se han usado tales procedimientos y que resultados se han obtenido, así como la identificación de posición e intereses.

2. Búsqueda de los hechos. Recoger y ordenar la información. - A lo largo de esta fase se intentará jerarquizar la cantidad de información que las partes han aportado en el momento inicial. Este proceso exigirá una postura directiva. La valoración se realizará en función de las siguientes categorías (Irving y Benjamín, 1995) Funcionamiento de los miembros de la familia después del hecho causante del conflicto (separación, disputa de intereses.): comunicación, tipos de conflictos, aceptación de la separación, planes de futuro década uno de ellos. Atención a los miembros dependientes: capacidad de ambos para cuidar y atender a los hijos, ancianos etc. Recursos que potencialidades personales, sociales o económicas que tienen los miembros de la familia.

3. Creación de opciones y alternativas. El objetivo es identificar cuáles son exactamente los temas o puntos de disputa y los aspectos que las partes no hayan aclarado: Ayudarles a identificar las necesidades de todos aquellos involucrados, identificando sus posiciones, hacer aflorar los intereses ocultos, resumir y obtener un acuerdo sobre similitudes y diferencias de intereses.

4. Negociación y toma de decisiones. Estimular a las partes a tomar acuerdos que puedan aceptar ambos. Construir nuevas situaciones Sintetizar las opciones que suponen un beneficio mutuo. Para ello es preciso separar las cuestiones de relación de las cuestiones de contenido, descargando de cada posición la carga afectiva asociada.

5. Clarificación y acuerdo final. Llegar a un acuerdo, y precisar la duración del mismo, así como los criterios para evaluarlo y el proceso para modificarlo. El mediador realiza la prueba de los tres criterios para comprobar la validez de los acuerdos conseguidos. En definitiva, se trata de saber si el acuerdo es justo, si satisface a las partes y si no se opone a la ley. (Marlow,1999).

Por último, una de las técnicas utilizadas se refiere a la escucha activa. La forma activa de escuchar es necesaria para entender las necesidades y sentimientos de la otra persona, constituye además un elemento crítico para aliviar la tensión de los sentimientos que se encuentran muy activos por el proceso de separación. Las partes expresan alternativamente sus miedos y necesidades. El mediador actúa como espejo reflejándole lo que ha comprendido, proyectándose una situación de futuro para crear a las partes nuevas expectativas. (García-Longoria Serrano & Sánchez Uríos, 2004)

Se aprovechan las expectativas de futuro para trabajar la motivación en los temas conflictivos del presente. La paradoja se produce cuando un miembro plantea una proposición absurda o una hipótesis descabellada, el mediador le debe guiar hacia la resolución más viable. Los silencios y el establecimiento de pausas son muy necesarias, sobre todo cuando el tono es demasiado duro y el mediador se encuentra un poco perdido o le falta lucidez. La proposición de alternativas viene bien en los casos en que el mediador detecta que las partes están muy cerradas y no llegan a ver alternativas. El mediador lanza propuestas a nivel general. Sugerir posibilidades lo más vagas posibles, para que sean las partes las que concreten. Esta técnica se utiliza cuando las partes se llegan a ofuscar.

3.3 Ventajas de la mediación familiar

La mediación se caracteriza por ser un sistema no adversarial, es decir está basado en la autoridad de las partes para resolver sus propios conflictos de una manera colaborativa, no es una forma de enfrentamiento para conseguir un resultado a toda costa. Es por ello que la mediación respeta mejor la privacidad, las partes controlan aquellos temas en los que desean profundizar y sobre que situaciones no desean tratar. La mediación tiene un menor desgaste emocional que otras formas de resolución de conflictos, ya que está basado no en una confrontación y en una profundización de las emociones negativas, de las agresiones, sino que trata de centrarse en los contenidos de la negociación y no en las emociones o conflictos de relación. Además, implica un aprendizaje en la resolución de problemas que aumenta el bagaje personal para aplicarlo en otras situaciones conflictivas. Establece relaciones en lugar de destruirlas. Produce acuerdos creativos. Pone el acento en las oportunidades del futuro y no en los problemas del pasado. Esta percepción de relación no agresiva para resolver los problemas produce indirectamente un crecimiento personal. Además, la mediación no es coercitiva en el sentido de que está basada en la voluntariedad de las partes. Las partes pueden llegar a un acuerdo o no y pueden retirarse en cualquier momento sin ninguna dificultad u objeción.

Conclusiones

Luego del análisis realizado sobre la factibilidad de que la mediación sea obligatoria en los procesos de pensiones alimenticias, se concluye lo siguiente:

-) La prejudicialidad de la mediación como requisito previo a plantear una demanda judicial de alimentos no resulta factible porque se estaría afectando a la naturaleza misma de la mediación, que es la voluntad de las partes el acudir a este método alternativo de solución de conflictos.
-) La mediación al convertirla en obligatoria previo a un juicio de alimentos involucraría una reforma a la normativa ecuatoriana, puesto que, de acuerdo al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 8 establece que la fijación de la pensión alimenticia inicia desde la presentación de la demanda; particular que debería ser desde que se plantea la primera invitación a participar de una mediación, con el fin de no violentar al interés superior del menor.
-) La mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos busca una vía de acuerdo generando acciones constructoras de paz, considerando que en los casos de familia, niñez y adolescencia resultan involucrados sentimientos y emociones de las partes, quienes por los vínculos que tienen con los menores, conviene tengan una relación saludable y de diálogo a largo plazo.

Recomendaciones

En base al desarrollo realizado sobre el tema planteado se plantean las siguientes recomendaciones:

-) Siguiendo el modelo de la legislación argentina, se recomendaría reformar la ley de mediación, así como la normativa procesal en lo concerniente a temas de alimentos, con la finalidad de obtener un descongestionamiento en los juzgados de la niñez y adolescencia, y de esta manera recibir una mejor administración de justicia más ágil en materia de niñez.
-) La mediación obligatoria como un proceso prejudicial, ha dado buenos resultados en los países donde se la ha implementado y forma parte de la norma como un requisito de la demanda de un proceso judicial, hay que considerar que, no todas las materias son susceptibles de transigir, de no llegar a ningún acuerdo o acuerdo parcial, todo lo que no se logró transigir, será materia del proceso judicial. Cuando la norma se refiere a alimentos, implica otros factores muy relevantes para el normal desarrollo de la o el alimentario, tales como, la salud integral, la educación, vestuario, vivienda, entre otros.

Referencias

- Acuña Bustos, A. P. (2019). Principio del interés superior del niño: Dificultades en torno a su aplicación en la legislación chilena. *Opinión Jurídica*, 18(36), 17-35. <https://doi.org/10.22395/ojum.v18n36a1>
- Aguirrezabal Grünstein, M. (2013). Mediación previa obligatoria y acceso a la justicia en el proceso de familia. *Revista chilena de derecho privado*, 20, 295-308. <https://doi.org/10.4067/S0718-80722013000100017>
- Ballesté, I. R. (2012). El interés superior del niño: Concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, 30(2), Art. 2.
- Bautista Guerra, Nicolás. (2018). *LA MEDIACION COMO REQUISITO DE PREJUDICIALIDAD EN MATERIA DE ALIMENTOS EN ECUADOR* [UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR FACULTAD DE DERECHO]. <https://repositorio.uide.edu.ec/bitstream/37000/2857/1/T-UIDE-2016.pdf>
- Benítez, P. C. (2001). *LA MEDIACIÓN: UNA ALTERNATIVA EFICAZ PARA RESOLVER CONFLICTOS EMPRESARIALES*. 20.
- Cely, D. del P. C. (2015). Análisis de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. *Salud & Sociedad Uptc*, 2(1), Art. 1. https://revistas.uptc.edu.co/index.php/salud_sociedad/article/view/3978
- García-Longoria Serrano, M. P., & Sánchez Uríos, A. (2004). *La mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares*. <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/218>
- Giannini, L. J. (2014). *Experiencia Argentina en la mediación obligatoria. (Argentinian Experience on Mandatory Mediation)* (SSRN Scholarly Paper ID 2458242). Social Science Research Network. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2458242>
- Ginebra Molins, M. E., & Tarabal, J. (2013). *La Obligatoriedad De La Mediación Derivada De La Voluntad De Las Partes: Las Cláusulas De Mediación (Mandatory Mediation by Agreement of the Parties: Mediation Clause)* (SSRN Scholarly Paper ID 2352844). Social Science Research Network. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2352844>
- Gutiérrez, J. A. P., & Martínez, C. B. L. (2017). LA MEDIACION EN EL ÁMBITO FAMILIAR. *Perfiles de las Ciencias Sociales*, 5(9), Art. 9. <https://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/article/view/3563>
- La mediación escolar en contexto | Poiésis*. (s. f.). Recuperado 25 de enero de 2023, de <https://revistas.ucatolicaluisamigo.edu.co/index.php/poiesis/article/view/570>
- Lescano Galeas, N. V., Mena Mena, M. C., & Méndez Reátegui, R. (2016). Eficacia, eficiencia y efectividad en la resolución de conflictos transigibles de niñez y adolescencia en el Ecuador. *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, 0(18), 567. <https://doi.org/10.5944/rduned.18.2016.16890>

- Martín Serrano, M., & Martín Serrano, M. (1976). *Mediación* [Info:eu-repo/semantics/bookPart]. Instituto de Estudios Políticos patrocinado por la UNESCO. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/10657/>
- Massafro, C., & Soledad, M. (2016). *El debate acerca de la obligatoriedad de la Mediación*. 42. Nacional, B. del C. (2004, agosto 30). *Biblioteca del Congreso Nacional | Ley Chile*. [Www.Bcn.Cl/Leychile](http://www.bcn.cl/Leychile). <https://www.bcn.cl/leychile>
- Napoleón, Á. B. J. (2016). *Interés Superior del niño*. 31.
- Paulette Murillo, K., Banchón Cabrera, J. K., Vilela Pincay, W. E., Paulette Murillo, K., Banchón Cabrera, J. K., & Vilela Pincay, W. E. (2020). El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(2), 385-392.
- Pérez Padilla, S. D. (2013). *La mediación prejudicial obligatoria en los juicios de alimentos* [Thesis, Universidad Internacional SEK]. <http://localhost:8080/xmlui/handle/123456789/618>
- Pérez Saucedo, J. B. (2015). Cultura de Paz y Resolución de Conflictos: La importancia de la Mediación en la construcción de un Estado de Paz. *Ra Ximhai*, 109-134. <https://doi.org/10.35197/rx.11.01.2015.06.jp>
- Ruiz, L. (2016). La neutralidad e imparcialidad del mediador. *Mediando Conflictos*. <https://www.mediandoconflictos.es/la-neutralidad-e-imparcialidad-del-mediador/>
- Salazar Villarroel, D., & Vinet Reichhardt, E. (2011). Mediación familiar y violencia de pareja. *Revista de derecho (Valdivia)*, 24(1), 9-30. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502011000100001>
- Torrecuadrada García-Lozano, S., & Torrecuadrada García-Lozano, S. (2016). El interés superior del niño. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 16, 131-157.
- Vaca Andrade, R. (2020, octubre). *LA PREJUDICIALIDAD | Análisis Jurídico* [Revista en línea]. Análisis Jurídico En Búsqueda de una Justicia Justa. <http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/la-prejudicialidad/>
- Vargas, M. G. de la T., & Vargas, M. G. de la T. (2018). Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, 18, 117-137. <https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>
- Vásquez, F. M. T., & Loza, E. P. (2019). Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes en los procesos Arbitrales. *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminológicas*, 4(7 (Julio-Diciembre)), 97-114.
- Villaluenga, L. G. (2010). *La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. III Época, (4), 40.
- Wright, W. A. (2014). La protección de la confidencialidad en la mediación. *Recuperado de https://www.mediate.com/articulos/la_proteccion_de_la_confidencialidad.cfm Legislación*, 7.

