



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**Derecho a ser escuchado de niñas, niños y adolescentes:
Mediación en procesos de divorcio.**

AUTOR:

Hernández Malucin, Doménica Julissa

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de
Abogado de los tribunales y juzgados de la república del
Ecuador.**

TUTOR:

Monar Viña, Eduardo Xavier

Guayaquil, Ecuador

15 de septiembre del 2022



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Hernández Malucin Domenica Julissa**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR



Firmado electrónicamente por:
**EDUARDO
XAVIER MONAR
VINA**

f. _____
Monar Viña, Eduardo Xavier

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____

Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2022



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Hernández Malucin Domenica Julissa**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **Derecho a ser escuchado de niñas, niños y adolescentes: mediación en procesos de divorcio** previo a la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2022

LA AUTORA

f.

Hernández Malucin, Domenica Julissa



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Yo, **Hernández Malucin Domenica Julissa**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **Derecho a ser escuchado de niñas, niños y adolescentes: mediación en procesos de divorcio**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2022

LA AUTORA:

f.

Hernández Malucin Doménica Julissa

REPORTE DE URKUND

URKUND Abrir sesión

Documento: [Hernandez Titulación.doc](#) (D143561655)

Presentado: 2022-09-03 16:20 (-05:00)

Presentado por: José Miguel García Auz (jose.garcia05@cu.ucsg.edu.ec)

Recibido: jose.garcia05.ucsg@analysis.orkund.com

Mensaje: Fwd: Titulación Hernández [Mostrar el mensaje completo](#)

0% de estas 21 páginas, se componen de texto presente en 0 fuentes.

Lista de fuentes	Bloques
<input type="checkbox"/> Categoría	Enlace/nombre de archivo
<input type="checkbox"/> >	UNIVERSIDAD TECNICA DE AMBATO / D110075311
<input type="checkbox"/> Fuentes alternativas	
<input type="checkbox"/> Fuentes no usadas	

0 Advertencias. Reiniciar. Compartir



Autora

Doménica Julissa Hernández Malucin



Firmado electrónicamente por:
**EDUARDO
XAVIER MONAR
VIÑA**

Docente-Tutor

Eduardo Xavier Monar Viña

Agradecimiento

Extiendo mi sincero agradecimiento a todos los docentes que participaron en mi estancia universitaria, especialmente al Dr. Juan Pablo Álava y la Dra. Elizabeth Mero; profesionales que sin dudar supieron compartir todo su conocimiento con nosotros, aportando de gran manera en mi formación como profesional;

Al Ab. Eduardo Monar de quién no tuve la oportunidad de ser alumna, pero fue partícipe en el desarrollo de esta tesis, ya que siempre estuvo predispuesto a esclarecer cualquier duda suscitada en el desarrollo de este trabajo;

A mis compañeros, de quienes siempre tuve la oportunidad de aprender;

A mis amigas y; a mi único amigo, en quién se que podré confiar en esta nueva etapa que comenzará, gracias por todas las alegrías transmitidas y los lindos recuerdos que se quedaron en mí.

Dedicatoria

Quisiera dedicar este presente trabajo en primer lugar a Dios, quién me acompañó en cada paso que di y cuidado de los seres que amo;

A mi mamá, Shirley Malusin, quién nunca permitió que me diera por vencida;

A mi Papá, René Hernández, quién siempre me ha demostrado lo orgulloso que se siente de mí;

Sin duda ambos hicieron lo posible para que culmine una etapa de mi vida con mucho éxito.

Gracias a mi abuelita Julia y a mis hermanos, quienes supieron brindarme su apoyo;

Culmino esta etapa de mi vida gracias al apoyo de cada uno de ellos.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____
(NOMBRES Y APELLIDOS)
OPONENTE

f. _____
Dr. LEOPOLDO XAVIER ZAVALA EGAS
DECANO

f. _____ -
Ab. MARITZA REYNOSO GAUTE, Mgs.
COORDINADOR DEL ÁREA



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas

Carrera: Derecho

Periodo: UTE A- 2022

Fecha: 15 de septiembre de 2022

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado **Derecho a ser escuchado de niñas, niños y adolescentes: mediación en procesos de divorcio** elaborado por la/el estudiante **Hernández Malucin, Doménica Julissa**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **9 (nueve)**, lo cual lo califica como **APTA PARA LA SUSTENTACIÓN**



Firmado electrónicamente por:
**EDUARDO
XAVIER MONAR
VIÑA**

Monar Viña, Eduardo Xavier

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	2
Capítulo I.....	3
1.1 Acta de mediación y sus efectos en materia familiar.....	3
1.1.1 Mediación y efectos jurídicos del acta de acuerdo	3
1.1.2 Efectos del acta de acuerdo en la mediación en divorcio	5
1.2 Derecho a ser escuchado y garantías jurisdiccionales.....	6
1.2.1 Derecho a ser escuchado, bloque de constitucionalidad	11
1.2.2 Acción de protección v. Acción extraordinaria de protección	11
Capítulo II.....	15
1.1 Sentencia 2691-18-EP/21 y procedencia en mediación	15
1.1.1 Derecho a ser escuchado vulnerado en un procedimiento cuya resolución no produce cosa juzgado	15
1.1.2 Aceptación de la vulneración independiente del derecho a ser escuchados	17
1.1.3 Procedencia del derecho a ser escuchado en el proceso de mediación en divorcio....	19
1.2 Garantías jurisdiccionales contra las actas de mediación en divorcio y la vulneración en cuestión	21
1.2.1 ¿Por qué no cabe AEP contra el acta de mediación en divorcio?.....	22
1.2.2 ¿Por qué cabe AP contra el acta de mediación en divorcio?.....	22
1.2.3 Inaplicación del derecho a ser escuchado en los procesos de mediación en divorcio .	24
CONCLUSIONES.....	26
RECOMENDACIONES.....	27

RESUMEN

El presente trabajo busca brindar una solución a la falta de regulación específica para solventar la vulneración de derechos constitucionales en el procedimiento de mediación. El derecho vulnerado a analizar consiste en el derecho a ser escuchado de las niñas, niños y adolescentes en el marco de los procedimientos de mediación en divorcio. Las actas de mediación se configuran por regla general bajo la autoridad de cosa juzgada, pero en la especialidad de niñez y adolescencia se otorga, a las resoluciones en materia, una situación jurídica por la que no se configuran bajo autoridad de cosa juzgada. Bajo estas condiciones el acta mantiene su calidad de título de ejecución por lo que un examen del procedimiento o fondo de la resolución no es viable bajo la normativa actual. Los operadores de justicia no cuentan con medios ordinarios para anular un acta de mediación, más bien se rigen bajo los parámetros de ejecutabilidad para determinar si la obligación contenida es líquida y actualmente exigible, pudiendo declarar el acta como inejecutable. Sin embargo, existe una vía para sustanciar las vulneraciones de derechos constitucionales mediante las garantías jurisdiccionales, para lo que se procederá a analizar cuál en específico es la idónea.

Palabras Claves: Derecho a ser escuchados, Mediación en divorcio, acta de mediación, revisión, cosa juzgada, garantías jurisdiccionales

ABSTRACT

The present paper seeks to provide a solution to the lack of specific regulation to solve the violation of constitutional rights in the mediation process. The violated right to analyze consists of the right to be heard of children in the framework of divorce mediation procedures. The mediation agreement is configured as a general rule under the authority of *res judicata*, but in the specialty of children rights, agreements on the matter are granted a legal situation by which they are not configured under the authority of *res judicata*. Under these conditions, the agreement maintains its quality of execution title, so an examination of the procedure or substance of the resolution is not feasible under current regulations. Justice operators do not have ordinary actions to annul a mediation agreement, rather they are governed by the parameters of enforceability to determine if the obligation contained is liquid and currently enforceable, being able to declare the agreement as unenforceable. However, there is a way to substantiate the violations of constitutional rights through jurisdictional guarantees, for which we will proceed to analyze which one is the ideal one.

Key words: Right to be heard, divorce mediation, agreement, review, *res judicata*, jurisdictional guarantees

INTRODUCCIÓN

Nuestro sistema de solución alterna de conflictos posee muchas formas de ser ejercitado. Una de esas formas es la mediación, la cual consiste en un concurso de renunciaciones recíprocas realizadas bajo el auxilio de un tercero neutral. Las materias de conflictos que pueden ser abordadas por este método son amplias, sin embargo, necesitan de una regulación especial para solventar las realidades propias de las materias.

Cuando se presentan vicios al momento de proceder con la sustanciación del procedimiento nuestro ordenamiento no nos ha brindado acciones o recursos ordinarios que permitan revisar dichas actuaciones. Sin embargo, cuando dichos vicios ostentan una protección de rango constitucional estos pueden ser conocidos mediante el empleo de las garantías jurisdiccionales. En este caso la falta de regulación especial para determinar la vía idónea para la revisión de un acta de mediación en divorcio origina el objeto de estudio del presente trabajo.

El derecho a ser escuchado consiste en un derecho de participación reconocido por nuestro ordenamiento jurídico en el que las niñas, niños y adolescentes deben intervenir en los procesos cuyas decisiones les afecten. La no aplicación de las normas que garantizan este derecho genera una vulneración constitucional que podrá ser tutelada bajo la garantía jurisdiccional adecuada. Para determinar que garantía jurisdiccional es la apropiada para tutelar la vulneración importante conocer los objetos de tutela de estas. La mayoría de garantías jurisdiccionales buscan la tutela de derechos constitucionales específicos entre esos no se encuentran los derechos de participación. Sin embargo, el resto de garantías, acción de protección y acción extraordinaria de protección, poseen un amplio catálogo de derechos a tutelar entre los que si se incluyen los derechos de participación. La diferencia de sus objetos de tutela depende de los efectos jurídicos que producen los actos u omisiones del cual se origina la vulneración de derechos constitucionales.

Capítulo I

1.1 Acta de mediación y sus efectos en materia familiar

1.1.1 Mediación y efectos jurídicos del acta de acuerdo

La mediación en el Ecuador encuentra su reconocimiento a nivel constitucional como una de las formas alternas de solución de conflictos. El efecto de su reconocimiento a nivel constitucional es la diversificación de canales para la solución de conflictos de relevancia jurídica, los cuales mediante el empleo de instrumentos con fuerza de cosa juzgada reducirían las cargas de los tribunales sobre asuntos transigibles.

Art. 190.- 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. (Constitución, 2008)

Art. 2348.- Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa. (Codigo civil, 2005)

La mediación como herramienta consiste en la intervención de un tercero neutral que habrá de construir puentes de comunicación entre las partes involucradas. El conflicto tradicionalmente se ha entendido como un choque entre dos intereses, uno protagónico y otro antagónico; al igual que el proceso judicial esta conceptualización ha evolucionado si entiende que las relaciones sociales y jurídicas pueden involucrar más de dos posiciones con legitimo interes. Para el tratamiento de estas diferentes complejidades se han planteado diferentes modelos de mediación.

Los modelos de mediación que nuestra legislación reconoce al día de hoy son el método Harvard, transformador y circular narrativo. El método Harvard es el más empleado en nuestro sistema judicial, puesto que se basa en la fijación de los intereses legitimos de las partes despojandose de las

poses de estos. El método transformador consiste en analizar la naturaleza de la relación de los actores y cambiarla para generar cooperación entre estos. El método circular narrativo se sustenta en cuestiones como las pautas familiares que mantienen una causalidad circular.

El método circular narrativo atiende a relaciones de especial naturaleza como son la interdependencia de sus elementos. Estos elementos mantienen una interrelación con todos y cada uno del resto de componentes. En virtud de esto los conflictos suscitados dentro de este tipo de relación deben mantener una forma especial para solucionarlos. Es importante señalar que en el conflicto familiar, se requiere de la totalidad del núcleo familiar para solucionarlo.

Este medio alterno descansa sobre el ejercicio de un conjunto particular de derechos. Estos derechos denominados como transigibles tienen un mayor trasfondo de ejercicio, teniendo que configurarse a su vez otras condiciones que permitan la viabilidad de las sendas renunciadas recíprocas propias de la transacción. La eficacia también habría de depender de la disponibilidad del derecho por cuanto las soluciones planteadas no pueden estar fuera de disposiciones de orden público. Por último, hay que recordar que el acta de mediación se constituye como título de ejecución.

Art. 363.- Títulos de ejecución.- Son títulos de ejecución los siguientes:

1. La sentencia ejecutoriada.
2. El laudo arbitral.
3. El acta de mediación.
4. El contrato prendario y de reserva de dominio.
5. La sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme con las reglas de este Código.
6. Las actas transaccionales.
7. Los demás que establezca la ley.

Las y los juzgadores intervendrán directamente en la ejecución de los laudos arbitrales y de las actas de mediación. Además ejecutarán las providencias preventivas ordenadas por los tribunales de arbitraje nacionales o internacionales. (Código General de Procesos, 2016)

1.1.2 Efectos del acta de acuerdo en la mediación en divorcio

La mediación encuentra su regulación en la ley de arbitraje y mediación de origen preconstitucional, lo cual nos da un indicio de las carencias en cumplimiento con las exigencias constitucionales que resultaron del proceso constituyente en el año 2008. La mediación encuentra su origen histórico en el campo familiar como forma de reivindicar las voces del núcleo familiar, sin embargo, el legislador no ha estado a la altura histórica de emplear herramientas jurídicas con fines sociales, más encontró en este instrumento una finalidad predominantemente comercial. Su desarrollo es novedoso, en tanto que la emisión de instrumentos internacionales y sus exigencias han sido posteriores a la promulgación de la ley. Es el caso que, en tanto a la especialidad de la mediación familiar, son aplicables todos los principios fundamentales en materia de menores.

La mediación en divorcio tiene una regulación especial en lo que respecta a los efectos de sus resoluciones. Las resoluciones que determinan la situación socioeconómica de las niñas, niños y adolescentes abarcan los incidentes de alimentos, tenencia y visitas. El código de niñez y adolescencia expresa el efecto que producen las providencias en materia, sin embargo, como resultado de analogía es compatible determinar que las actas de acuerdo en materia poseen los mismos efectos, es decir no causan ejecutoria.

Art. 119.- Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia.- Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia. Si se trata del cambio de tenencia, se lo hará de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el Juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores. (Código de Niñez y Adolescencia, 2003)

Art. (17).- Del efecto de cosa juzgada.- (Agregado por el Art. Único de la Ley s/n, R.O. 643S, 28VII2009). La providencia que fija el monto de la pensión de alimentos y los obligados a prestarla, no tiene el efecto de cosa juzgada. (Código de Niñez y Adolescencia, 2003)

Se puede concluir que la regla general estipula que las actas de mediación causan ejecutoria siempre y cuando no abarquen los temas de la situación socioeconómica de la niña, niño o adolescente. Por lo que habrán de ser susceptibles a los recursos propios de las providencias en materia, es decir, ante nuevos hechos, podrán ser sometidas a la revisión del juzgador para la emisión de una nueva providencia que regule el cambio.

1.2 Derecho a ser escuchado y garantías jurisdiccionales

1.2.1 Derecho a ser escuchado, bloque de constitucionalidad

El marco regulatorio de todo aquello que afecte inequívocamente al menor debe guiarse bajo los principios generales de la Convención de Derechos del niño, entendiendo estos como; el principio de no discriminación, libre desarrollo, interés superior del niño y el derecho a ser escuchado en todos los asuntos que le convengan. La regulación primaria a nivel constitucional reconoce la integración de estos principios en las actuaciones públicas relacionadas con menores y, a nivel legal con un cuerpo normativo preconstitucional, código de niñez y adolescencia, se regula el derecho a ser escuchado directamente en el capítulo que norma la mediación en materia. Sin embargo, el legislador omitió muchas condiciones necesarias que materializarán tal disposición como lo son los informes que expliquen en qué medidas se han tomado en consideración estas opiniones.

Artículo 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir

información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas. (Constitución del Ecuador, 2008)

Si bien la legislación nacional regula vagamente la existencia de los principios fundamentales en materia de menores es importante aclarar el papel trascendental de la flexibilidad constitucional que nos brinda la cláusula abierta de nuestra carta magna. El bloque de constitucionalidad ha permitido la incorporación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos cuando sean más favorables.

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. (Constitución, 2008)

Entre los instrumentos que nuestra legislación ha ratificado se encuentran las declaraciones y convenciones de derechos del niño, desde 1990, con sus respectivas Observaciones Generales y Opiniones Consultivas. Siendo que uno de los instrumentos está bajo el desarrollo del Comité de los derechos del niño de las Naciones Unidas y el otro bajo la tutela de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Las observaciones generales son instrumentos que sirven para explicar y guiar a los estados partes sobre la adecuada aplicación e interpretación de un punto de derecho de los tratados suscritos. La convención analizada en este caso es la de los Derechos del Niño suscrita mediante las Naciones Unidas y desarrolladas por el Comité de derechos del niño.

La observación general 12 en específico desarrolla el décimo segundo artículo de la convención el cual estipula el derecho a ser escuchados de los menores en todos los asuntos que le convengan. La observación general se divide en tres partes y nos brinda herramientas de interpretación y aplicación

de este principio fundamental de la convención. Es el caso en que el comité inicia por analizar palabra a palabra del artículo, después procede a describir los escenarios de aplicación y sus recomendaciones para una efectiva materialización del derecho en cuestión.

14. En la sección A (Análisis jurídico) de la presente observación general, el Comité se ocupa del derecho a ser escuchado que tiene individualmente cada niño. En la sección C (La observancia del derecho a ser escuchado en diferentes ámbitos y situaciones), el Comité examina el derecho a ser escuchado tanto de cada niño individualmente como de los niños considerados como grupo. (Observación General 12 del Comité de Derechos del Niño, 2002)

El comité desarrolla en la presente la obligación de los estados partes a garantizar una participación adecuada de los menores, de forma individual y colectiva, en los procesos que les convengan, ejemplificando los judiciales y administrativos. Se determina la obligación de adecuación por parte de la judicatura para integrar equipos técnicos, lugares de recepción especializados, capacitar al personal que trabaja con menores, entre otras. Es importante determinar que no se limita solo ámbito jurisdiccional, en el campo administrativo crea la exigencia constitucional de adecuar los procedimientos a los principios generales de la convención, enfatizando la flexibilidad de regulación que mantiene la naturaleza administrativa. Esto sin lugar a duda no excluye a las instituciones que trabajan con niños como los centros de internamiento y los centros educativos.

Al respecto sobre los métodos alternos de solución de conflictos la observación general interpreta la configuración "ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño", mencionando que entre estos procedimientos se encuentra reconocida la obligación de adecuación por parte de los estados partes para que incluso dentro de estos procedimientos pueda ser ejercido el derecho en cuestión.

32. El párrafo 2 del artículo 12 especifica que deben darse al niño oportunidades de ser escuchado, en particular "en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño". El Comité recalca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales

pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje. (Observación General 12 del Comité de Derechos del Niño, 2002)

La observación general avanza en el hecho de desarrollar los mecanismos para garantizar la materialización del derecho a ser escuchados. Se empieza por relacionar dos derechos de libertad esencial en la formación de una opinión propia como lo es el derecho a ser informado y el derecho a la libre expresión. Entendiendo que la única forma en que un ser humano puede concretar una opinión es al ser informado respecto de lo acontecido, de las opciones que mantiene para decidir y por último, los efectos que habrían de producir dichas decisiones.

En la materialización del derecho a ser escuchado el comité ha recomendado cinco medidas que podrían garantizarle. Estas medidas se dividen en distintas fases; (I) preparación, (II) audiencia, (III) evaluación de la capacidad del niño, (IV) información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño (comunicación de los resultados al niño) y; (V) quejas, vías de recurso y desagravio. La primera, consiste en informar al menor sobre las implicaciones de su situación y el ejercicio de este derecho, indicando forma, lugar, el tiempo y quienes se involucrarán en la prestación de su opinión. La segunda, trata la seriedad con la que habrá de ser tomada en cuenta la opinión. La tercera, manda una evaluación individualizada de la razonabilidad de la opinión para su consideración. Las últimas fases implican los resultados la escucha y quejas de no existir materialización.

45. En particular, esta Corte acoge las cinco medidas que de forma ejemplificativa enumera el Comité para efectos de garantizar la

observancia del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados, a saber: 1) Preparación: se debe preparar a los niños, niñas y adolescentes antes de que ser escuchados, explicándoles cómo, cuándo y dónde se los escuchará y quiénes serán los participantes. 2) Audiencia: el lugar donde se realice la entrevista tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que los niños, niñas o adolescentes puedan estar seguros de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que hayan decidido comunicar. 3) Evaluación de la capacidad del niño: en cada caso se debe evaluar la capacidad del niño de formarse un juicio propio, luego de ello, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones de los niños, niñas y adolescentes como factor destacado en la resolución de la cuestión. 4) Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño, niña o adolescente (comunicación de los resultados al niño, niña o adolescente): se debe informar al niño, niña o adolescente del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones para efectos de conocer su posición. 5) Quejas, vías de recurso y desagravio: los niños, niñas o adolescentes deben tener la posibilidad de dirigirse a un defensor o una persona con funciones comparables en todas las instituciones dedicadas a los niños, como las escuelas y las guarderías, para expresar sus quejas. (Sentencia 2691-18-EP/21, 2021)

El texto continua desarrollando las obligaciones de los estados partes para garantizar el derecho. Bajo esta situación el comité propone la adecuación de la normativa interna de los estados partes para conseguir la materialización del derecho, sin embargo, al día de hoy estas disposiciones son reconocidas por nuestra Corte Constitucional como parte del bloque de constitucionalidad, y por consiguiente, son de aplicación directa.

Se disponen cinco obligaciones básicas de los estados partes para lo cual necesitan adoptar las siguientes estrategias. La primera abarca la revisión de posibles reservas a la convención respecto del artículo 12. La segunda el establecimiento de organizaciones de derechos humanos con amplias competencia en materia de derechos del niño. La tercera, la

capacitación de los involucrados en los procesos de conveniencia para los menores. La cuarta, el establecimiento de mecanismos que incentiven a los menores a brindar sus opiniones, y también a que estas sean consideradas con seriedad. La última, y a mi criterio la más compleja, es la generación de una opinión pública favorable al ejercicio de este derecho que deje de lado los estigmas históricos que pesan sobre el ejercicio de derechos por parte de los menores en una sociedad adultocentrista.

Por último, la normativa nos brinda obligaciones en concreto que han de cumplir los estados partes en distintas materias. De interés para la presente investigación he de tomar en consideración lo expuesto en relación a los procesos de 'divorcio y separación' y cuyos asuntos son abarcados de forma masiva por el sistema de mediación a nivel nacional. Procedimientos que se han extendido con las reformas a la ley notarial en cuanto a divorcio.

52. Por ese motivo, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación. Algunas jurisdicciones, por motivos de política o de legislación, prefieren indicar una edad en que el niño es considerado capaz de expresar sus propias opiniones. Sin embargo, la Convención prevé que este asunto se determine caso por caso, ya que se refiere a la edad y la madurez, por lo que exige una evaluación individualizada de la capacidad del niño. (Observación General 12 del Comité de Derechos del Niño, 2002)

1.2.2 Acción de protección v. Acción extraordinaria de protección

La acción de protección a criterio de la corte constitucional del Ecuador, en la sentencia 001-10-JPO-CC, es un avance de la constitución 2008 respecto de la del año 1998. Esta señala que las garantías jurisdiccionales previas tenían características altamente restrictivas como habría de entenderse su limitación cautelar y el exceso formalismo en la tramitación de estas.

Las garantías limitaban su ámbito material a los derechos civiles y políticos, y una tutela meramente autosatisfactiva, privada de la tutela de conocimiento. La tutela incorporada por la constitución del 2008 con la acción de protección se proyecta con un ámbito material amplísimo, siendo

concebida como la madre de las garantías jurisdiccionales, dado que tiene por objeto garantizar todos los derechos constitucionales que no tengan una garantía especial. Las garantías también presentan cambios en la dimensión procesal por cuanto su tramitación se ha vuelto más informal.

Así, mientras que las pretensiones dentro del trámite administrativo implican la revisión del cumplimiento de normativa legal y reglamentaria que regula competencias, procedimientos y sanciones en el ámbito administrativo, las pretensiones de una acción de protección se basan en vulneraciones de derechos reconocidos en la Constitución...La Corte Constitucional ha establecido que las autoridades judiciales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la existencia de la vulneración de derechos constitucionales. Así, dentro de una acción de protección, la garantía de motivación de la sentencia exige, además de enunciar las normas jurídicas y explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, que se realice el análisis sobre la existencia o no de vulneración de derechos constitucionales. (Sentencia No. 758-15-EP/20, Corte Constitucional de Ecuador)

La constitución ha reconocido en la protección un instrumento para conocer, resolver y reparar vulneraciones de derechos constitucionales ocasionados ya sea por personas públicas, privadas o parapúblicas. Estas vulneraciones pueden ser ejecutadas por acto u omisión de estos. Es importante destacar la naturaleza general de la acción de protección la cual es inadmisibles cuando exista otra garantía especial para la tutela de la vulneración.

Art 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por

delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación. (Constitución del Ecuador, 2008)

El objeto de la acción de protección esta en escrutar las actuaciones públicas o privadas ya sea que estas sean resultado de un acto político, administrativo o política pública. Bajo esta premisa se materializa a los derechos como límite del ejercicio del poder público, y las reparaciones que puedan darse producto de este proceso como expresión de los mandatos de optimización generados por la constitución.

La acción de protección tiene características propias como son su naturaleza autonoma. Esta acción no necesita del agotamiento de vías ordinarias para su admisión, no es residual ni subsidiaria. Esta garantía jurisdiccional esta llamada a tutelar de forma directa y eficaz los derechos constitucionales reconocidos en la integridad del bloque de constitucionalidad.

Para concluir, las resoluciones con fuerza de sentencia se encuentra excluidas del objeto de la acción de protección. Esto es consecuencia de la existencia de la denominada acción extraordinaria de protección la cual mantiene como objeto especial el poder tutelar las vulneraciones resultantes de una resolución con fuerza de sentencia. Su tratamiento es especial y difiere en muchos aspectos del tratamiento de la acción de protección.

La acción extraordinaria de protección tiene un objeto especial, trata de forma residual las vulneraciones producto de resoluciones con fuerza de setencia. Este es otro avance de la constitución del 2008 por cuanto se generaba cierto debate respecto a incorporar una acción autonoma que revise las actuaciones y omisiones de los juzgadores. La incorporación limitó la naturaleza de la acción desde su origen, siendo esta restrictiva.

Dado que la acción extraordinaria de protección no es un mecanismo de impugnación tendiente a corregir errores in iudicando o in procedendo, los laudos arbitrales son impugnables mediante acción extraordinaria de protección siempre que la pretensión se relacione a vulneraciones constitucionales...Debe recordarse que el carácter excepcional de esta garantía exige que sus requisitos y causales de admisión sean interpretadas de forma estricta, de manera que la acción extraordinaria de protección, como su nombre lo indica, sea

extraordinaria. De ahí que, su carácter residual envuelve el agotamiento de todos los mecanismos de impugnación previstos en la legislación ordinaria que sean adecuados y eficaces para solventar la presunta vulneración. (Sentencia No. 323-13-EP/19, Corte Constitucional del Ecuador)

La acción de protección abarca como resoluciones con fuerza de sentencias, diversos ejercicios del poder jurisdiccional. Entre estos ejercicios tenemos las resoluciones de justicia indígena, electoral y alterna. Estas manifestaciones están reconocidas en la constitución al determinar la competencia especial para cierto tipo de materias y los métodos alternos de solución de conflictos.

Si bien es cierto que los dos aspectos antes señalados no se encuentran dentro del catálogo de las nulidades previstas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, la jueza o juez y los árbitros, para garantizar el derecho constitucional al debido proceso en el desarrollo de cualquier procedimiento, estos tienen como primera obligación constitucional y legal, determinar su competencia por mandato del artículo 76 numeral 7 literal k de la Norma Suprema que dice: "Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto", tanto más cuando una de las partes procesales expresamente, cuestione la misma. De ahí que, si el juzgador decide desechar ese argumento de la demanda, obviamente implicaría dejar en indefensión material a la parte actora. (Sentencia N.- 302-15-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador)

Al igual que en otras garantías jurisdiccionales, la revisión de la decisión de mérito no es una regla general. Más bien la revisión de la decisión de mérito debe cumplir con el estándar planteado por la corte constitucional en su línea jurisprudencial, siendo esta una excepción bastante definida. Atendiendo incluso criterios utilizados para la consolidación de las líneas jurisprudenciales obligatorias.

Capítulo II

1.1 Sentencia 2691-18-EP/21 y procedencia en mediación

1.1.1 Derecho a ser escuchado vulnerado en un procedimiento cuya resolución no produce cosa juzgado

Esta sentencia es la primera en su tipo en declarar la vulneración del derecho a ser escuchado de los menores. Este caso surge producto de una acción protección presentada contra una resolución por posesión notoria de una Dirección del Registro Civil. Acción de protección, versada sobre el derecho a la identidad y ser escuchado, que fue negada y ratificada.

Posterior a estos procesos legales, la señora M.R.R.S., en calidad de abuela materna del niño, presentó en las oficinas del Registro Civil del cantón Machala, una solicitud de posesión notoria de apellido materno a favor de su nieto, bajo el argumento de que su nieto había usado dicho apellido por más de 11 años. Frente a la petición antes expuesta, la delegada en la provincia de El Oro del Director General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, por medio de la resolución No. DIGERCIC-CZ7.OT07-2018-AG4-11-2018, resolvió negar el trámite solicitado bajo el argumento de que la madre biológica es la representante legal del niño por tener la patria potestad, y en consecuencia la abuela materna no contaba con la legitimación activa para representar a su nieto en esta solicitud. Notificada con la resolución que negaba la posesión notoria del apellido materno a favor de su nieto, la señora M.R.R.S. presentó el 19 de abril del 2018 una acción de protección en contra del Registro Civil del Ecuador, impugnando la referida resolución administrativa⁴. En su demanda, la accionante solicitó que se entrevistase al niño G.E.C.C y se le consulte su opinión, en el ejercicio de su derecho a la autodeterminación personal. (Sentencia 2691-18-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador)

Es el caso en que la señora MRRS interpone ante el registro civil la petición de que su nieto adquiriera por posesión notoria su apellido, puesto que bajo la denominación GECR ha formado parte de su atributo personal de nombre, con el que se ha identificado por más de diez años al momento de la solicitud. Como resultado de un proceso de una impugnación materna un juez

ordenó el cambio no solo de filiación, sino también de nombre del menor, sin considerar la opinión del menor. En virtud de la falta de escucha de la opinión del menor surge la vulneración de derechos constitucionales.

Se puede recoger el proceso que realizó la peticionante para llegar a plantear la extraordinaria de protección en este caso. La decisión administrativa emitida por el registro civil fue impugnada en sede constitucional mediante una acción de protección ante los jueces de su domicilio, la cual ascendió en grado de conocimiento por medio del recurso de apelación.

Dicha acción de protección se tramitó ante la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Machala. El 27 de abril del 2018, la jueza de la causa resolvió negar la acción por no concurrir los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y por considerar que no existían violaciones a derechos constitucionales. (Sentencia 2691-18-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador)

La decisión fue ratificada por el tribunal provincial cuestión que profundizó la vulneración del derecho constitucional peticionado. La accionante recurre a la corte constitucional habiendo agotado todos los mecanismos ordinarios y extraordinarios para la tutela. Sin embargo, esta situación se da por la reiteración en el criterio erróneo de los delegados del registro civil y los juzgadores que acogieron la tesis de estos.

La señora M.R.R.S. interpuso recurso de apelación, el mismo que fue tramitado y resuelto por los jueces del Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de El Oro, quienes a través de sentencia dictada y notificada el 5 de junio del 2018, resolvieron rechazar la apelación y confirmar la sentencia venida en grado, bajo el argumento de que los derechos mencionados como vulnerados no constituyen un problema jurídico que tenga que ser atendido en el ámbito constitucional, sino ser resuelto en el ámbito de la administración de la justicia ordinaria. (Sentencia 2691-18-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador)

1.1.2 Aceptación de la vulneración independiente del derecho a ser escuchados

La corte dentro de su análisis se plantea dos preguntas, si la decisión tomada dentro de la acción de protección vulneró el interés superior del niño y el derecho a ser escuchado en los asuntos que les afecte; y si esta misma, vulneró el derecho de defensa en la garantía de motivación y al debido proceso en la garantía a ser oportunamente escuchados. Al estudio en cuestión nos es de relevancia el primer análisis realizado por la corte en cuanto a las implicaciones que acarrea el derecho a ser escuchados, su reconocimiento y garantía por parte del estado ecuatoriano. Es mediante este desarrollo argumentativo que se introduce no solo la observación general 12 del Comité de derechos del niño, también se incluyen al bloque de constitucionalidad la Opinión Consultiva OC-17/2002 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La base para este reconocimiento procesal se encuentra en la propia Convención del Niño, de la cual se puede extraer que en cualquier proceso en que se puedan ver afectados los derechos de una persona menor de edad, a esta se le debe conceder la oportunidad de expresar su opinión, la que debe a su vez ser valorada por el juez de acuerdo a la edad y la madurez del afectado. El punto de discusión en este momento es que la definición de cuando un niño puede ejercer por sí mismo sus derechos no lo establece la Convención del Niño, sino que lo deja en manos del derecho interno. (Sentencia 2691-18-EP/21 citando a Garcia,S, Corte Constitucional del Ecuador)

En la Opinión Consultiva OC-17/2002 se determina la obligación de los estados partes a materializar las garantías esenciales propias del sistema en manera general, sin embargo, debemos recordar que los niños guardan una protección constitucional como parte de los grupos de atención prioritaria. Esta protección viene dada por los artículos 76 y 45 de nuestra constitución, cabe señalar la falencia frente a los defensores de derechos.

La Corte IDH y el Comité de Derechos del niño coinciden en señalar que los menores no pueden ser escuchados en condiciones iguales a los adultos puesto que sería desconocer sus realidades. Siendo las exigencias de adecuación trascendentales para la materialización de este derecho,

encontrándose la judicatura a disponer de los recursos suficientes para generar ambientes de confianza y protección a los menores que han de emitir su opinión. En sentido contrario, el incumplimiento de estas exigencias puede llegar a generar repercusiones negativas y graves perjuicios para los menores en cuestión.

La sentencia nos trae respecto de la observación general 12 una obligación expresa de seguir los lineamientos recomendados por la misma para la materialización del derecho. Como ya ha expuesto el autor previamente, se necesitan condiciones mínimas para lograr este objetivo puesto que el comité no busca una incorporación formal del derecho a los procedimientos, sino una incorporación real en la que se le brinde seriedad a la opinión del menor. Siempre se presentan cuestiones respecto de la edad y madurez introducidas por legislación, pero estos factores de desarrollo se dan por condiciones externas al menor más no vienen exclusivamente dada por su realidad biológica, por lo que es válido reconocer las opiniones de menores incluso si estos aun no desarrollan una comunicación verbal. Siendo imprescindibles la aplicación individualizada de los lineamientos.

44. En la Observación General No. 12, el Comité de los Derechos del Niño interpretó el contenido del referido artículo. Explicó, entre otras cosas que los Estados deben, al menos (i) garantizar que existan mecanismos para obtener las opiniones de los niños y tenerlas en cuenta; (ii) suponer que el niño tiene capacidad para formar sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas y, en esa medida, no le corresponde al niño demostrar que tiene dicha capacidad; y (iii) garantizar que el niño pueda expresar su opinión, no la de los demás, sin influencias o presiones indebidas, lo cual también implica que puede decidir si quiere o no ser escuchado. En adición a ello señaló que (iv) sus opiniones deben considerarse seriamente a partir de su capacidad de formarse un juicio propio; (v) es una exigencia que se aplica a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño; y (vi) en caso de que el niño actúe por medio de representante o apoderado, estos deben ser conscientes de que representan exclusivamente los intereses del niño. (Sentencia 2691- 18-EP/21, 2021)

En los siguientes párrafos la corte procede también a acoger las cinco medidas ejemplificativas desarrolladas en el subtítulo anterior. Y para terminar con el examen de la aplicación de la observación general 12 incluye la definición de desarrollo evolutiva incorporada en la misma. De tal manera indica a las autoridades normativas y los aplicadores la forma adecuada de interpretación de este principio habilitador.

El Comité define dicha evolución como un principio habilitador que aborda el proceso de maduración y aprendizaje por medio del cual los niños adquieren progresivamente competencias, comprensión y mayores niveles de autonomía para asumir responsabilidades y ejercer sus derechos. (Observación General 12 del Comité de Derechos del Niño, 2002)

Para finalizar con este análisis, la corte nos trae a colación la disposición del artículo 31 del Código Orgánico General de Procesos. Es en este artículo que una norma de naturaleza general dispone de forma específica que “Las niñas, niños y adolescentes serán escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos”. (Código Orgánico General de Procesos, 2016).

1.1.3 Procedencia del derecho a ser escuchado en el proceso de mediación en divorcio

Si bien hemos analizado al derecho a ser escuchado de manera general, y su jurisprudencia respecto a las vulneraciones en los procedimientos administrativos y judiciales se debe señalar que este derecho no se agota en estos procedimientos. La Observación General 12 nos ejemplifica el uso de métodos alternos de solución de conflictos como la mediación en los cuales pueden intervenir las niñas, niños y adolescentes.

Esto se relaciona con la naturaleza no restrictiva que ostenta los términos ‘todos los procesos’ o ‘todos los asuntos’. La observación sugiere de forma auténtica que la interpretación de esta expresión debe ser entendida de forma extensa a fin de ampliar la participación de estos sujetos en las decisiones que habrían de afectarles. Por otra parte, nuestra constitución determina que la aplicación de los derechos y principios contenidos en esta

deben ser aplicados de forma directa y no restrictiva, a fin de que estos siempre se constituyan como límites materiales de las actuaciones públicas.

En ese sentido la mediación se constituye como un proceso legítimo en el que las niñas, niños y adolescentes deben participar cuando se encuentren en condiciones objetivas. El modelo adecuado para su tramitación debe responder al método circular narrativo a fin de dar voz a todos los integrantes del núcleo familiar.

La mediación es un espacio de encuentro y realización de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Según Valdebenito (2013), la mediación crea un espacio democrático para la familia, en el que los niños desde pequeños pueden expresarse con libertad y “desenvolverse en un ambiente de tolerancia, comprensión, respeto y solidaridad” que potencia la capacidad de tomar decisiones en temas que son de su interés... La participación de los niños y ser escuchados por los adultos favorece que sus intereses, necesidades y deseos sean integrados a la discusión y a la generación de acuerdos con los padres... Analizar, mediar y/o negociar conflictos entre madres/padres e hijos/as implica el reconocimiento mutuo como actores del mismo y la aceptación del otro como interlocutor válido. Así mismo, favorece que niñas, niños y adolescentes participen en la generación de opciones y se responsabilicen de manera cooperativa con sus padres de llevarlas a cabo. (Almada, 2020)

Por último, los mediadores encuentran en el Código de Niñez y Adolescencia la procedencia de este derecho constitucional y su obligación de garantizarlo. Esta obligación se encuentra contenida en el artículo 295 que regula la mediación en materia de niñez y adolescencia, lo cual incluye la mediación en divorcio.

Art. 295.- Reglas especiales.- Se llevará a cabo ante un Centro de Mediación de los señalados en el artículo siguiente.

Los interesados podrán intervenir personalmente o por medio de apoderados.

Se oirá la opinión del niño, niña o adolescente que esté en condiciones de expresarla. (Código de Niñez y Adolescencia, 2003)

1.1.4 Inaplicación del derecho a ser escuchado en los procesos de mediación en divorcio

Los centros de mediación a nivel nacional no recogen reglas específicas para el tratamiento de la mediación en divorcio, aplicándole reglas generales de la materia. Otros presentan normativas restrictivas como es el caso del Centro de Mediación de la Función Judicial, quien para el año 2022 ha emitido dentro de su guía de operaciones la siguiente disposición.

Solo se permitirá el ingreso a las partes directamente interesadas y sus abogados de ser el caso. No se permitirá el ingreso de niños, niñas o adolescentes a la audiencia de mediación, salvo cuando se verifique la necesidad de hacerlo conforme lo dispuesto en los Arts. 60 y 106, inciso final del Código de la Niñez y Adolescencia. (Guía de operación y gestión de oficinas de mediación a nivel nacional, 2022)

Sin embargo, a pesar de no existir esta disposición los mediadores nunca han permitido el ejercicio de este derecho constitucional. La importancia radica en como este centro de mediación que funciona como modelo nacional, inspira al resto de centros para tolerar el mismo tipo de vulneraciones de derechos en su gestión de procesos de mediación en divorcio.

Podemos concluir que a pesar de existir regulación constitucional y legal que determinen la obligación de los mediadores a escuchar a las niñas, niños y adolescentes estos no aplican dichas normas al momento de sustanciar el conflicto. Dicha inaplicación deviene en una vulneración de derechos constitucionales.

1.2 Garantías jurisdiccionales contra las actas de mediación en divorcio y la vulneración en cuestión

1.2.1 ¿Por qué no cabe AEP contra el acta de mediación en divorcio?

Las acciones extraordinarias de protección como hemos revisado previamente tienen por objeto tutelar vulneraciones producidas por resoluciones con fuerza de sentencia. Las actas de acuerdo en general ostentan fuerza de sentencia, no siendo el caso de los acuerdos de mediación en divorcio. Los acuerdos de mediación en divorcio no causan ejecutoria por lo que se encontrarían fuera del objeto de tutela de la acción extraordinaria de protección.

La tutela de las resoluciones con fuerza de sentencia son parte de los deberes del estado para garantizar que los derechos sean límites al ejercicio de los poderes públicos. Pero estas excepciones a la naturaleza del acta de acuerdo impiden que la corte constitucional de primera mano mediante la acción extraordinaria de protección conozca sobre las vulneraciones que se han originado durante la sustanciación del proceso.

Debe resaltarse que la procedencia de la AEP frente a las resoluciones con fuerza de sentencia tiene como regla general la no revisión de la decisión de mérito. Lo cual es extensivo no solo a las sentencias, sino a otros ejercicios de la jurisdicción como los laudos arbitrales u otras sentencias de justicia especializada. Contemplándose el acta de acuerdo como un ejercicio de la solución alterna de conflictos y habiéndosele otorgado la fuerza de sentencia, no siendo el caso del acuerdo de mediación en divorcio.

1.2.2 ¿Por qué cabe AP contra el acta de mediación en divorcio?

El acta de mediación posee efecto de cosa juzgada bajo regla general, sin embargo, un acuerdo de mediación en divorcio no posee este efecto jurídico. El objeto de la tutela mediante acción de protección es la de reparar y terminar con el cese de vulneraciones constitucionales independiente de su origen, siempre que otra garantía jurisdiccional no mantenga dichos actos dentro su objeto.

Habiendo descartado la naturaleza de los efectos producidos por el acta de acuerdo de una mediación de divorcio como parte del objeto de la acción extraordinaria de protección se puede señalar que esta vulneración se ha tutelar mediante la garantía jurisdiccional más amplia. En virtud de lo expuesto es viable obtener una tutela frente a las vulneraciones generadas por la resolución mediante la interposición de una acción de protección.

La acción de protección debe tener la pretensión de declarar la vulneración del derecho a ser escuchado y la nulidad del acto que resultó de dicha vulneración. La reparación del derecho debe concretarse en plantear disculpas por parte de las autoridades que han restringido el ejercicio de derechos y como medidas de no repetición; la adecuación de la normativa para garantizar este derecho y capacitación de los operadores jurídicos involucrados.

CONCLUSIONES

- La mediación familiar debe concebirse como una especialidad por sus reglas formales específicas a las que deben someterse los operadores jurídicos al conocerse estos conflictos.
- La constitución y la Convención de Derechos del Niño ratificada por el Ecuador en 1990 reconoce el derecho a ser escuchado de las niñas, niños y adolescentes en todos los procesos que les afecten.
- La Observación General 12 se incorpora al bloque de constitucionalidad de forma expresa mediante sentencia 2691-18-EP/21.
- Las exigencias reconocidas en la sentencia 2691-18-EP/21 son plenamente aplicables al procedimiento de mediación como a otros asuntos que afecten a las niñas, niños y adolescentes.
- Estas exigencias se configuran de un derecho constitucional reconocido como justiciable de forma expresa en la sentencia 2691-18-EP/21.
- Las vulneraciones de este derecho, aun de forma independiente, pueden ser tuteladas en sede constitucional, la acción correspondiente ha de variar dependiendo del acto que generó la vulneración.
- Las actas de acuerdo de mediación en divorcio no generan efecto de cosa juzgada como es la regla general en actas de mediación.
- La garantía jurisdiccional idónea para sustanciar vulneraciones constitucionales producto de un acta de acuerdo de mediación en divorcio es la acción de protección.
- No existe en la legislación actual una acción ordinaria que permita a los juzgadores revisar vicios en la tramitación del acta de mediación en general, mucho menos para abordar el vicio estudiado.

RECOMENDACIONES

- Acción de protección respecto de las actas de mediación por parte de los perjudicados y desarrollo jurisprudencial constitucional por prioridad en asuntos de niñas, niños y adolescentes.
- Acción de inconstitucionalidad contra la norma restrictiva contenida en el Manual y Guía de Operaciones del Centro de Mediación de la Función Judicial
- Aplicación directa de la observación general 12 y los parámetros emitidos mediante sentencia 2691-18-EP/21 por parte de los mediadores
- Reformular las políticas públicas de la Dirección Nacional del Centro de Mediación de la Función Judicial por constituirse como centro modelo en nuestro sistema de justicia
- Fortalecimiento de las capacidades de los mediadores mediante la instrucción en temas específicos de psicología sobre niñez y adolescencia
- Fortalecimiento de las capacidades de los mediadores mediante la potenciación de sus conocimientos en el método circular narrativo por su mayor ajuste a la realidad de la materia a abordar
- Seguimiento del cumplimiento de la norma mediante el requerimiento de informes en cómo la intervención influyó en la decisión acordada
- Estipular la falta del informe del mediador como causal de nulidad del acta de acuerdo
- Fijar como indicador de cumplimiento el número de informes emitidos dividido para el número de expedientes conocidos
- Determinar cómo calificación de la carrera judicial el cumplimiento de esta norma mediante indicadores, tendiendo a que se emita un informe sobre cada incidente abordado en mediación.
- El Consejo de la Judicatura debe resolver la coordinación entre sus departamentos técnicos ya existentes con la Dirección Nacional del Centro de Mediación de la Función Judicial.
- Creación de una acción de nulidad propia de las actas de mediación por el incumplimiento de derechos formales del proceso, levantando la confidencialidad y reserva a los jueces que conozcan la acción.

Proyecto de ley reformativa a la ley de arbitraje y mediación

Exposición de motivos

La legislación actual no contempla una acción ordinaria mediante la cual impugnar vicios in procedendo dentro de la sustanciación del proceso de mediación.

El acuerdo de mediación es un título de ejecución protegido bajo la fuerza de cosa juzgada por lo que su escrutinio de nulidad debe someterse a razones *numerus clausus* como es el caso de la acción de nulidad de laudo arbitral y de sentencia ejecutoriada.

Es necesario conciliar las finalidades propuestas bajo el marco de los métodos alternos de solución de conflictos y el derecho al debido proceso en su desarrollo legislativo.

La inexistencia de una acción para solventar estos vicios podría dejar en indefensión frente a prácticas colusorias, por lo que es indispensable brindar un recurso ordinario a fin de evitar el uso excesivo de garantías jurisdiccionales

Considerandos

Que, nuestra constitución reconoce a la mediación como un método alternativo de solución de conflictos

Que, el resultado positivo de un proceso de mediación es el acuerdo de mediación cuyo efecto jurídico es de sentencia de última instancia

Que, el acuerdo de mediación es reconocido por nuestra legislación procesal como título de ejecución

Que, el acuerdo de mediación ostenta fuerza de cosa juzgada y el fondo de la decisión está protegido de forma reforzada

Que, no existe un recurso que permita revisar de forma estricta los vicios procesales que pudiesen presentarse en el proceso de mediación

Que, los recursos de nulidad de laudo arbitral y sentencia ejecutoriada contemplan una naturaleza distinta al proceso de mediación

Que, el acta de mediación sigue las reglas del convenio de transacción enmarcándose como un tipo de negocio jurídico, civil o mercantil

Articulado

Artículo 1.- Dispóngase la incorporación del siguiente texto al capítulo de mediación en la ley de arbitraje y mediación:

Acción de nulidad de acta de mediación. - El acta de mediación podrá ser susceptible de nulidad bajo el reconocimiento de su doble naturaleza procesal y civil, reconociendo la posibilidad de subsanación de estos vicios cuando sea posible:

- a) Por incumplimiento de los elementos esenciales de todo acto jurídico contemplados en el código civil
- b) Por incumplimiento de los elementos esenciales del acta de mediación
- c) Por incompetencia, cuando el centro de mediación no conste como registrado por el Consejo de la judicatura o cuando el sustanciador del proceso no conste como mediador calificado
- d) Por falta de legitimación en la causa de los intervinientes
- e) Por falta de legitimación en el proceso de los intervinientes
- f) Por no conformar de manera completa el concurso de voluntades de aquellos que se constituyen como legitimados en la causa o proceso
- g) Por falta de notificación a la Procuraduría General del Estado en los casos que corresponda
- h) Por vulneración al acceso a la defensa técnica
- i) Por vulnerar el derecho a ser escuchado de las niñas, niños y adolescentes.

Artículo 2.- Dispóngase la inclusión del siguiente texto al capítulo de mediación en la ley de arbitraje y mediación:

Competencia de la acción. – El juzgador que ostenta la competencia territorial para conocer la acción de nulidad es el presidente de la Corte Provincial de Justicia donde fue suscrita el acta de mediación, siendo un proceso de única instancia sin posibilidad de apelación. La competencia

temporal se limitará a quince años desde la celebración del acto, caducando la acción de nulidad. La caducidad debe ser declarada de oficio, de no ser el caso se podrá petitionar.

Artículo 3. - Dispóngase la inclusión del siguiente texto al capítulo de mediación en la ley de arbitraje y mediación:

Tramitación – Calificada la demanda de la acción se citará al mediador y al centro de mediación como legitimados pasivos. Sentada la razón de citación se dispondrá el llamamiento a audiencia única en el plazo máximo de 30 días contados a partir de la citación. De forma complementaria esta acción se registrará bajo lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos.

La confidencialidad del proceso de mediación no supondrá un límite al momento de tramitar la causa para el juzgador competente. Se levanta la obligación de guardar confidencialidad respecto del desarrollo del proceso de nulidad. Se limita el principio de publicidad en su dimensión externa, correspondiente a la publicidad con la sociedad en general. Se garantiza el principio de publicidad en su dimensión interna para con las partes procesales.

Artículo 4.- Dispóngase la inclusión del siguiente texto al capítulo de mediación en la ley de arbitraje y mediación:

Prescripción de la nulidad. – La prescripción de la acción de nulidad del acta de mediación se registrará por la naturaleza del vicio de nulidad, siendo nulidad relativa prescribirá después de cinco años desde la celebración del acto y nulidad absoluta después de quince años desde la celebración del acto. La prescripción no podrá ser declarada de oficio, tendrá que ser peticionada por las partes.

Artículo 5.- Dispóngase la inclusión del siguiente texto al capítulo de mediación en la ley de arbitraje y mediación:

Daños. - Los daños generados producto del acuerdo de mediación anulado serán regulados de conformidad a la legislación civil, para poder plantear una acción de daños es indispensable la declaratoria de nulidad del acta de acuerdo.

REFERENCIAS

- Alarcón, M. 2015. Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación. Universidad Católica de Temuco. Chile.
- Almada, M. 2020. La mediación familiar y el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados. <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2021.1.3>
- Cárcamo, R. B. 2019. El derecho del menor a ser oído ya que su opinión sea tenida en cuenta. Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR, (17), 5-21.
- Código de Niñez y Adolescencia. 2003. Honorable Congreso de la República del Ecuador. Quito. Ecuador.
- Código Orgánico General de Procesos. 2016. Asamblea Nacional del Ecuador. Quito. Ecuador.
- Comité de los Derechos del Niño. 2017. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador. Estados Unidos de América.
- Constitución de la República del Ecuador. 2008. Asamblea Constituyente. Montecristi. Ecuador.
- Convención de los Derechos del niño. 1989. Naciones Unidas. Nueva York. Estados Unidos de América.
- Cossío, S. 2022. La participación del niño, niña y adolescente en la Conciliación Extrajudicial sobre tenencia monoparental, en observancia a su derecho a ser escuchado, a la luz de las Observaciones Generales N° 12 y 14 del Comité de los Derechos del Niño. Tesis. Universidad Católica San Pablo. Perú.
- Curí, S. 2003. Mediación en divorcio y el derecho de los chicos a ser escuchados. Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia. Año 2. Número 2. Argentina.
- Curuchelar, C. 2006. Mediación resiliente. In Actas del primer Congreso de Mediación.
- Demicheli, G. 2000. Comunicación y modelos de mediación: Epistemología, teoría y técnicas. Revista de Estudios Sociales, 106.
- Dirección Nacional del Centro de Mediación de la Función Judicial. 2022. Guía de operación y gestión de oficinas de mediación a nivel nacional. Quito.

Ecuador.

- Garrido Soler, S., & Munuera Gómez, P. 2016. Contra la neutralidad. Ética y estética en el modelo circular-narrativo de mediación de conflictos. *Ene*, 12, 35.
- Granados, A. 2022. El derecho de las niñas y los niños a ser oídos y escuchados en los procesos judiciales. Tesis de Master. Univesidad Complutense de Madrid. España.
- Herrera Bernal, L. L. 2018. Mediación como Alternativa en la Solución de Conflictos en las en Empresas Familiares. *Revista de la Facultad de Derecho*, (45), 185-205.
- Ley de Arbitraje y Mediación. 1999. Congreso de la República del Ecuador. Quito. Ecuador.
- Morán, J. A. S., Topete, N. R., & Verdín, E. G. Á. 2020. La nueva gerencia pública como limitante de la mediación transformativa en México. *RICSH Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas*, 9(18), 151-169.
- Munuera Gómez, P. 2007. El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas. Sara Cobb´s circular narrative model and its techniques. Observación General 12. 2002. Comité de los Derechos del Niño. Nueva York. Estados Unidos de América.
- Sagastume, V. 2015. Conexiones Dicotómicas del Adultocentrismo y el Patriarcado en la Promoción y Desarrollo Social de la Niñez y Adolescencia en el Contexto Guatemalteco. *Revista de la Escuela de Trabajo Social de la Universidad de San Carlos de Guatemala*, 1(34), 97-111.
- Salgado, H. 2008. El proceso constituyente del Ecuador: algunas reflexiones. *Revista IIDH*, (47), 205-223.
- Parkinson, L. 2005. Mediación familiar. Teoría y Práctica.
- Pérez Jaraba, M. 2020. Teorías de la mediación y derechos fundamentales. *Teorías de la mediación y derechos fundamentales*, 1-555.
- Pussetto, M. 2016. Entre niñez, estado y adultocentrismo. Cercanías y distancias desde una práctica extensionista. *Crítica y Resistencias. Revista de conflictos sociales latinoamericanos*, (2), 188-205.
- Quintero-De-Moya, H. F. 2020. Manual de mediación penal, civil, familiar y

- justicia restaurativa. *Eirene Estudios de Paz y Conflictos*, 3(5), 153-157.
- Sentencia 11-18-CN/19. 2019. Corte Constitucional del Ecuador. Quito. Ecuador.
- Sentencia 2691-18-EP/21. 2021. Corte Constitucional del Ecuador. Quito. Ecuador.
- Valero, J. 2010. La inclusión de los niños en el proceso de mediación familiar: reflexiones desde el caso neozelandés. *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*. Volumen 9. Número 1. Universidad de Santiago de Compostela. España.
- Zamora, X. R. 2018. El derecho de la niñez y la adolescencia a ser escuchada en la justicia de familia en Nicaragua. *Revista de Derecho*, (24), 87-114.
- Zapata, Z., & Yiveth, M. 2021. Mediación familiar y violencia de pareja. Una revisión sistemática de la literatura científica publicada en los últimos 16 años.



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



SENESCYT

Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Hernández Malucin, Domenica Julissa**, con C.C: #**0925553273** autora del trabajo de titulación: **Derecho a ser escuchado de niñas, niños y adolescentes: Mediación en procesos de divorcio** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **15 de septiembre de 2022**

f.

Nombre: **Hernández Malucin, Domenica Julissa**

C.C: **0925553273**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA			
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN			
ÍTULO Y SUBTÍTULO:	Derecho a ser escuchado de niñas, niños y adolescentes: Mediación en procesos de divorcio.		
AUTOR(ES)	Domenica Julissa Hernández Malucin		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Eduardo Monar Viña		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	15 de septiembre de 2022	No. DE PÁGINAS:	31
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derechos humanos, Procesal Constitucional, Niñez y Adolescencia.		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Derecho a ser escuchados, Mediación en divorcio, acta de mediación, cosajuzgada, garantías jurisdiccionales, revisión		
RESUMEN:	<p>El presente trabajo busca brindar una solución a la falta de regulación específica para solventar la vulneración de derechos constitucionales en el procedimiento de mediación. El derecho vulnerado a analizar consiste en el derecho a ser escuchado de las niñas, niños y adolescentes en el marco de los procedimientos de mediación en divorcio. Las actas de mediación se configuran por regla general bajo la autoridad de cosa juzgada, pero en la especialidad de niñez y adolescencia se otorga, a las resoluciones en materia, una situación jurídica por la que no se configuran bajo autoridad de cosa juzgada. Bajo estas condiciones el acta mantiene su calidad de título de ejecución por lo que un examen del procedimiento o fondo de la resolución no es viable bajo la normativa actual. Los operadores de justicia no cuentan con medios ordinarios para anular un acta de mediación, más bien se rigen bajo los parámetros de ejecutabilidad para determinar si la obligación contenida es líquida y actualmente exigible, pudiendo declarar el acta como inejecutable. Sin embargo, existe una vía para sustanciar las vulneraciones de derechos constitucionales mediante las garantías jurisdiccionales, para lo que se procederá a analizar cuál en específico es la idónea.</p>		
ADJUNTO PDF:	SI	NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	<input checked="" type="checkbox"/>	Teléfono: +593-4-6045604	<input type="checkbox"/> E-mail: dome_yuly@hotmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	<input type="checkbox"/>	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza Teléfono: +593-4-2222024 E-mail: maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec	
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			