UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 294 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, EN RELACIÓN A ESTABLECER LA EXCEPCIONALIDAD DE LAS MATERIAS TRANSIGIBLES DE CONCILIACIÓN.”

Tesis previa a la obtención del Grado de Abogado.

AUTOR: Wilfrido Leovigildo Rojas Arias

DIRECTOR: Dr. Gonzalo Aguirre Valdivieso

Loja – Ecuador

2015

CERTIFICACIÓN

Dr. Gonzalo Aguirre Valdivieso

DIRECTOR DE TESIS

C E R T I F I C A:

Que el presente trabajo de investigación, previo a la obtención del Título de Licenciado en Jurisprudencia y título de Abogado, titulado "NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 294 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, EN RELACIÓN A ESTABLECER LA EXCEPCIONALIDAD DE LAS MATERIAS TRANSIGIBLES DE CONCILIACIÓN", ha sido dirigido, supervisado y revisado en todas sus partes, el mismo que cumple con los requisitos legales que exige la Institución. Por lo que queda autorizada su presentación.

Loja, octubre de 2014

Dr. Gonzalo Aguirre Valdivieso

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, **Wilfrido Leovigildo Rojas Arias,** portador de la cedula de ciudadanía número 2100012802, declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional Biblioteca Virtual.

Autor: Wilfrido Leovigildo Rojas Arias

Cédula: 2100012802

Loja, 02de febrero del 2015

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, **Wilfrido Leovigildo Rojas Arias,** portador de la cedula de ciudadanía número 2100012802, declaro ser autor del presente trabajo de tesis titulada **"NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 294 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, EN RELACIÓN A ESTABLECER LA EXCEPCIONALIDAD DE LAS MATERIAS TRANSIGIBLES DE CONCILIACIÓN."** como requisito para optar al grado de: Abogado, autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para con fines académicos; muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio con la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 02 días del mes de febrero del 2015, firma el autor.

Firma:

Autor: Wilfrido Leovigildo Rojas Arias

Cédula: 2100012802

Dirección: provincia de Sucumbíos, cantón Cascales

Correo electrónico: wilfrido1974@yahoo.es

Teléfono: 0994503932-062800332

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de Tesis: Dr. Gonzalo Aguirre Valdivieso

Presidente del Tribunal: Dr. Mg. Felipe Nepalí Solano Gutiérrez

Miembro del Tribunal: Dr. Mg. Marcelo Armando Costa Cevallos

Miembro del Tribunal Dr. Mg. Juan Carlos Jaramillo Montesino

AGRADECIMIENTO

Dentro de mis años de preparación académica, he recibido el apoyo incondicional de los seres que forman parte de mi existir sin los cuales no podría culminar mi preparación y los objetivos como profesional en la rama del derecho por lo tanto debo manifestar mis agradecimientos; de igual forma al todopoderoso, que forma parte de mi espiritualidad y ser.

El presente trabajo investigativo está dirigido a mis profesores, y en especial a la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja, parte fundamental en esos días de tesón y esfuerzo, que me ha permitido culminar en estos años de preparación académica para de esta forma ser útil a la sociedad y a mi familia, de igual forma lo dedico al doctor Gonzalo Aguirre Valdivieso, en su calidad de Director de Tesis quien supo inculcarme sus conocimientos para la terminación de la presente tesis, por lo que le doy las gracias debidas por apoyo incondicional.

Wilfrido Leovigildo Rojas Arias

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico en especial a mi familia los mismos que son parte fundamental dentro de estos años de preparación académica, de igual forma lo dedico a la Carrera de Derecho, que forman parte de la nueva generación, y son el manantial del cual nace y se fructifica el derecho y la sociedad

Wilfrido Leovigildo Rojas Arias

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. Abstract.

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Mediación

4.1.2. Litigio

4.1.3. Procesos

4.1.4. Derechos

4.1.5. Garantías

4.1.6. Niños, niña y adolescente

4.1.7. Intransigible

4.1.8. Excepciones

4.1.9. Medida alternativa

4.1.10. Solución de conflictos

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes

4.2.2. Mecanismos necesarios para la aplicación de excepciones de los derechos transigibles en materia de la niñez y adolescencia.

4.3. MARCO JURIDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

4.3.2. Código de la Niñez y Adolescencia

4.3.3. Ley de Arbitraje y Mediación

4.3.4. Código Civil

5. MATERIALES Y MÉTODOS

6. RESULTADOS

6.1. Análisis e interpretación de la encuesta

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

7.2. Contrastación de hipótesis

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. Propuesta de reforma

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

ÍNDICE

1. TÍTULO

NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 294 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, EN RELACIÓN A ESTABLECER LA EXCEPCIONALIDAD DE LAS MATERIAS TRANSIGIBLES DE CONCILIACIÓN.

2. RESUMEN

La mediación es una negociación llevada a cabo con la asistencia de una tercera parte. Esto conlleva ser un proceso voluntario durante el cual un profesional imparcial o tercera parte neutral ayuda a las partes en litigio a negociar sus diferencias, con la posibilidad de que se alcance o no un acuerdo.

El Art. 16 del Código de la Niñez y Adolescencia expresa que: "*Por su naturaleza, los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley.*"

Nuestra Constitución y la Ley, no señalan cuáles son esas materias, simplemente deja abierta la posibilidad a todas las materias transigibles. No se ha encontrado alguna disposición legal que señale concretamente cuales son las excepciones, cuales son los casos que se puedan transigir y peor aún cuales son los asuntos materia de mediación; por el contrario, hemos encontrado disposiciones que prohíben la mediación como en los casos de violencia intrafamiliar.

El Art 16 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, jerárquicamente superior a la Ley de Arbitraje y Mediación, que textualmente declara: Por su

naturaleza los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, INTRANSIGIBLES, salvo las excepciones de ley. Simplemente con la lectura de los artículos que se indican, sería suficiente argumento jurídico para sostener que en materia de menores, concretamente en tenencia, visitas y alimentos, no cabe la solución de conflictos a través de la mediación.

El Art. 294 del Código de la Niñez y Adolescencia expresa: "*La mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia.*"

Es necesario que materias se puede transigir, que se utilice la mediación como medida alternativa a la solución de conflictos, la cual debe cumplir ciertos parámetros y preceptos para que puedan tener plena validez y sustanciarse de manera adecuada, estableciéndose el procedimiento como los actos administrativos que son sujetos a Arbitraje, los tiempos de Resolución los recursos que se pueden interponer, y en general una descripción detallada del proceso como tal.

A sabiendas o con la intención de evitar que se someta a mediación materias relacionadas con el derecho de menores y específicamente casos de derecho de familia, países como Argentina en la LEY 24.573, señalan expresamente cuales son las materias sujetas a mediación como alimentos, tenencia y visitas; pero además, están sujetas a la mediación obligatoria previa a un juicio, la

mediación es considerada una atapa prejudicial obligatoria, previa a someter las materias señaladas a la mediación.

Lo que se plantea en esta investigación es crear una herramienta legal y práctica que permita descongestionar los juzgados del país, y garantizar una pronta resolución de las controversias que se susciten de los procesos de la niñez y adolescencia, evitando el detrimento de los derechos que le corresponde a cada sujeto.

2.1. Abstract.

Mediation is a negotiation conducted with the assistance of a third party. Competence includes a voluntary process in which an impartial professional or neutral third party assists the disputing parties to negotiate their differences, with the possibility of whether or not an agreement is reached.

The Article 16 of the Code of Childhood and Adolescence states: "By its nature, the rights and guarantees of childhood and adolescence are public, interdependent, indivisible, inalienable and immutable order, except as expressly stated in the law."

Our Constitution and the law do not indicate what those materials are, just leave it open to all transigibles materials. Could not find any particular legal provision establishing what are the exceptions, which are the cases that may compromise and worse matters which are the subject of mediation; on the contrary, we found provisions prohibiting mediation as in cases of domestic violence.

The Article 16 of the Code of Childhood and Adolescence, hierarchically superior to the Arbitration and Mediation Law, which states verbatim: By its nature the rights and guarantees of childhood and adolescence are mandatory, inviolable, except as law . Just by reading the articles listed, would be sufficient to argue that legal argument relating to minors, specifically holding, visits and food, there is no conflict resolution through mediation.

The Article 294 of the Code of Childhood and Adolescence expressed. "Mediation shall in all materials provided transigibles not violate inalienable rights of children and adolescents."

It is necessary that materials can compromise, mediation is used as an alternative to conflict resolution measure, which must meet certain parameters and precepts for them to have full force and appropriately substantiated, establishing the procedure as administrative acts are subject to arbitration, resolution times the resources that can be brought, and in general a detailed description of the process as such.

Knowingly or with intent to prevent submit to mediation regarding juvenile law matters and specifically family law cases, countries like Argentina in the ACT 24,573, which explicitly indicate the materials are subject to mediation as alimony, custody and visits; but also are subject to mandatory mediation prior to trial, mediation is considered a mandatory preliminary atapa, prior to submitting the matters referred to mediation.

At issue in this research is to create a legal and practical tool to decongest the courts of the country and ensure prompt resolution of disputes arising from the processes of childhood and adolescence, avoiding the expense of its rights corresponding to each subject.

3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, aborda un problema importante dentro de la realidad jurídica actual, cual son, los mecanismos necesarios para la aplicación de la excepcionalidad de los derechos transigibles en materia de la niñez y adolescencia

En esta tesis se analiza que en materia de la niñez y adolescencia, no se permite la transigibilidad, salvo excepciones de ley, pero no se indica cuáles son las materias objeto de mediación, en la solución de controversias en los procesos de la niñez y adolescencia, lo que se hace necesario cumplir ciertos parámetros y preceptos para que puedan tener plena validez y sustanciarse de manera adecuada, estableciéndose el procedimiento como los actos administrativos que son sujetos a Arbitraje y en general una descripción detallada del proceso como tal.

Para un mejor desarrollo del presente trabajo, en la revisión de literatura se analiza lo que es: un Marco Conceptual que abarca conceptos como: Mediación, litigio, procesos, derechos, garantías, niños, niña y adolescente, intransigible, excepciones, medida alternativa, solución de conflictos; marco Doctrinario: Derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, Mecanismos necesarios para la aplicación de excepciones de los derechos transigibles en materia de la niñez y adolescencia; Marco Jurídico: Constitución

de la República del Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, Ley de Arbitraje y Mediación y Código Civil.

Después de la revisión de literatura, se especifican los métodos y técnicas que se utilizó en el desarrollo de la investigación, seguidamente se expone los resultados de la investigación de campo con la aplicación de encuestas. Luego se realizó la discusión con la comprobación de objetivos, contrastación de hipótesis y criterios jurídicos, doctrinarios y de opinión que sustenta la propuesta para finalmente terminar con las conclusiones, recomendaciones y la propuesta de reforma.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Mediación

Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental sostiene que mediación es "*Participación secundaria en un negocio ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes o interesados, Apaciguamiento, real o intentado, en una controversia, conflicto o lucha, Facilitación de un contrato, presentando a las partes u opinando acerca de alguno de sus aspectos. Intervención. Conciliación. Complicidad. Proxenetismo*".[1]

La mediación es un derecho constitucional, ya que en los procesos o inconvenientes jurídicos entre las personas, estas pueden someterse ante una persona tercera imparcial y que mediantes acuerdos se llegue a solucionar un conflicto. Con ello se determina la agilidad, y el descongestionamiento de los juzgados de los procesos que se ventilan.

Gustavo Jalkh Rohens, indica que "*Mediación se define como un proceso alternativo por el cual un tercero neutral intenta, a través de la organización de intercambios entre las partes de un conflicto, permitirles a éstas confrontar sus puntos de vista y buscar con su ayuda una solución al conflicto que los opone. En la mediación, y esto es fundamental, el tercero neutral es un facilitador*

[1] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p. 253

que estimula a las partes para que logren un acuerdo y que no tiene autoridad ni poder sobre ellas puesto que él no está ahí sino por voluntad de las partes. Este tercero no es ni juez ni negociador sino un planificador creativo."[2]

La mediación es un acuerdo en someterse a la solución de una controversia judicial, ante uno tercero imparcial, para lo cual esta persona tratará que las partes lleguen a un pacto entre las mismas, esto se sujeta a los intereses de las partes ya que su decisión no depende de la resolución del juez, sino que existe la voluntad de las partes.

Mediación, como una disputa o negociación, es la intervención de una tercera parte aceptable, imparcial y neutral. La mediación, señala Moore "*involucra intentos de arte y asistencia a las partes para que arriben a un acuerdo propio, mutuamente aceptable, acerca de las cuestiones en disputa.*"[3]

La mediación es un acuerdo de las partes, a estas han llegado con la intervención de una tercera persona, que desde el punto de vista de intersección, es una persona neutral, que lo que le interesa o su participación es que las partes lleguen a un compromiso de forma mutua, de la situación jurídica que se discute.

---

[2] JALKH ROBENS, Gustavo: Resolución Alternativa de conflictos, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, Quito – Ecuador, p. 13

[3] MNNOKIN R, KOLD D., RUBIN, J.: MEDIACIÓN UNA DISPUTA INTERDISCIPLINARIA, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997, Argentina, p. 129

4.1.2. Litigio

Mabel Goldstein expresa que litigio constituye "*Controversia en las relaciones jurídicas. Disputa que da materia a un juicio*"[4]

Los litigios son las controversias entre dos personas por alguna relación, por las cuales no llegan a solucionar y por ello se someten a que el juez decida en derecho a la parte disputada para que se resuelva en un juicio de acuerdo a derecho.

Galo Espinosa Merino manifiesta que litigio es una "*Disputa, contienda, proceso, juicio conflicto de intereses*"[5]

Cuando dos personas se enfrentan a una contienda, por una controversia, éstas se someten a un juicio, y desde ese momento existe litigio, porque sus impases los presentan para que sean resueltos en derecho por el juez de la materia

4.1.3. Procesos

Los procesos es el camino a seguirse en un juicio que debe llevarse a cabo en determinado litigio, y de acuerdo a Galo Espinosa Merino es "*El conjunto de actuaciones y escritos en cualquier causa civil o penal. Litigio sometido a*

[4] GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Círculo Austral S.A., Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 360
[5] ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, p.447

conocimiento y resolución de un juez o tribunal"[6]

Los procesos son el conjunto de actuaciones y escritos que se llevan a cabo en un trámite determinado, para lo cual dependiendo del caso, existen diferentes paso y actuaciones que deben llevarse a cabo, omisión que puede acarrear la nulidad del proceso.

4.1.4. Derechos

Jorge Zavala Egas "*El concepto de Derecho debe comprender el concepto de sociedad. No es Derecho lo que pertenece sólo a la esfera del individuo como tal, lo que no trasciende de la vida particular, por tanto sólo hay Derecho donde hay sociedad (ubi ius ibi societas) y, de la misma forma, en rigor estricto donde hay sociedad se encuentran manifestaciones del derecho (ubi societas ibi ius)*"[7].

Los derechos se consideran tales, a la protección de la dignidad de la persona, que garantiza la vida de la sociedad, constituyendo en la protección intrínseca y personal del ser humano, por ello se indica que pertenece a la esfera del individuo como tal, que en la sociedad se exige la protección de los mismos.

Es necesario identificar los contratos en la Ley, al respecto Norberto Bobbio, indique que "*es una tendencia a identificar el derecho con el derecho estatal,*

[6] ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, p.584

[7] ZAVALA EGAS, Jorge: Lecciones de Derecho Administrativo, Editores EDILEX S.A., Primera Edición, Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 45

que hoy todavía existe, es la consecuencia histórica de proceso de concentración del poder normativo y coactivo que caracterizó el surgimiento del Estado nacional moderno."[8]

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes constan en la norma constitucional y en la legislación de la niñez y adolescencia, de las cuales en los procesos que se ventilan en intereses de los niños, no son objeto de mediación en los procesos que no son transigibles, pero los derechos deben ir de la mano en proporcionalidad a la exigencia de los mismos.

4.1.5. Garantías

Julio Prado Vallejo al hablar de la vigencia de la Constitución expresa que: "*El propósito que perseguimos es el de suscitar la mejor difusión de los Derechos Humanos para llenar uno de los vacíos más penosos que nos ha sido dable comprobar en casi todos los niveles sociales y políticos, entre los cuales existe una general desinformación sobre la materia, tanto sobre la legislación interna, como sobre las resoluciones, convenios, pactos y declaraciones internacionales*"[9]

Las garantías son los mecanismo de cómo se darán cumplimiento a los derecho de las personas, siendo la forma o el mecanismo legal para asegurar el cumplimiento de una obligación

[8] BOBBIO, Norberto: Teoría General del Derecho, Editorial Temis, 1987, Bogotá – Colombia, p. 7
[9] PRADO VALLEJO, Julio: Documentos Básicos de Derechos Humanos, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1985, p. 65

4.1.6. Niños, niña y adolescente

Mabel Goldstein, adolescente es el "*Menor impúber que es reconocido como sujeto activo de sus derechos; se les garantiza su protección integral, debe ser informado, consultado y escuchado, respetándole su intimidad, y privacidad, pudiendo cuando se halla afectado o amenazado por si requerir intervención de los organismos competentes.*"[10]

Los adolescentes son personas que aún no han cumplido los dieciocho años de edad, considerándose a éste al menor impúber, reconocido dentro de la constitución y la ley como sujeto de derechos, en la cual el Estado garantiza su protección desde todos los ámbitos.

Galo Espinosa Merino, en su Enciclopedia Jurídica, indica que niñez "*Es el periodo de la vida humana que se extiende desde el nacimiento hasta la adolescencia. Principio o primer tiempo de cualquier cosa.*"[11]

Se indica que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos, y en lo principal al principio superior del niño, donde deben primar en relación a los demás derechos, lo que significa que se le ha dado una protección especial, por estar comprendidos dentro de los grupos de atención prioritaria.

---

[10] GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor magno, Edición, 2008, Buenos Aires – Argentina, p. 43

[11] ESPINOSA MERINO, Galo: La más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p. 497

4.1.7. Intransigible

Intransigible es algo que no puede ser objeto de transacción, para lo cual se encuentra prohibido por la Constitución o la ley como es el caso de los derecho y garantías de la niñez y adolescencia no es objeto de transacción, esto con el objeto de protegerlos en relación a las demás personas, como el pago a un sueldo y a las horas que determine la ley, siempre y cuando tenga la edad permitente, y que las labores que ellos lleven a cabo no afecten su integridad física, psicológica y moral.

4.1.8. Excepciones

Alsina indica que "*En términos generales, como vemos, llámese excepción a toda defensa que el demandado opone a la acción. En un sentido más restringido, llámese excepción la que puede alegarse únicamente por el demandado invocando un hecho impeditivo o extintivo o transformativo, porque mientras no se alegue, la acción subsiste y el juez no puede considerarla de oficio; para las demás se reserva el nombre de defensas en general*."[12]

Quintero y Prieto consideran, en atención a estos parámetros, que "*la excepción es la agregación de hecho y derecho por parte del opositor. La resistencia conserva pues un parangón con la pretensión. El demandado debe denominar su excepción y fundamentarla en hechos y derecho*"[13]

---

[12] ALSINA, Hugo: Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo I, Ediar S.A., Buenos Aires, 1963, págs. 314

[13] QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio: Teoría General del Proceso, Tomo II, Temis, Bogotá, 1995, pág. 143

Las excepciones son aspectos importantes que no se deben topar, o que se les da un trato diferente de protección, como lo indica la ley, que en materia de la niñez y adolescencia se puede llegar a una conciliación, excepto las que no se pueden transigir, en la cual en una materia determina las partes en el proceso no pueden llegar a un acuerdo extrajudicial, sino que deben sujetarse a lo determinado en la ley y a la resolución o sentencia que dicte el juez de la causa.

4.1.9. Medida alternativa

Para José García Falconí, en su Manual de Práctica Procesal Civil, sobre Las Medidas Cautelares en Materia Civil, sostiene que "*las medidas cautelares son instrumentos jurídicos otorgados al acreedor por la ley para la satisfacción del crédito, opera ante el incumplimiento como conminación o construcción. Son todas aquellas que tienen por objeto asegurar el resultado de la acción*"[14]

Las medidas alternativas son instrumentos jurídicos en la cual las partes pueden llegar a solucionar un conflicto extrajudicial, o prever a que las partes se sometan a un juicio, como es la mediación y el arbitraje respectivamente, sistemas que están reconocidos en la norma constitucional, y que pueden ser objeto de aplicación en todas las materias.

[14] GARCÍA FALCONÍ, José: Manual de Práctica Procesal Civil, sobre Las Medidas Cautelares en Materia Civil, Tomo I, Segunda Edición, Quito – Ecuador, 1997, p. 12

Rodrigo Saltos Espinosa expresa que medidas judiciales "*Son las que adopta el juez competente en favor del niño, niña o adolescente, cuando se ha producido o existe el riesgo inminente de que se produzca una violación de sus derechos por acción u omisión del Estado, la sociedad, sus progenitores o responsables o del propio niño, niña o adolescente con el objeto de hacer cesar el acto de amenaza, restituir el derecho que ha sido vulnerado y asegurar el respeto permanente de sus derechos. Pueden decretarse una o más medidas de protección para un mismo caso y en forma simultánea sucesiva.*"[15]

Las controversias que se suscitan entre las personas son sujetos de mediación y arbitraje siempre y cuando la legislación lo permite; por un lado la Constitución lo reconoce, pero por otro la ley los prohíbe, por ejemplo cuando indica que en materia de menores los procesos pueden ser objeto de mediación y arbitraje excepto los que son intransigibles, por lo cual deben someterse a la decisión del juez a lo determinado a las normas constitucionales y legales, por ejemplo un derecho intransigible es la educación, que todo mundo tienen derecho a la instrucción escolar, derecho que no debe vulnerarse a un niño, niña o adolescente.

4.1.10. Solución de conflictos

Guillermo Cabanellas de Torres en su diccionario Jurídico Elemental muestra que la palabra conflictos se refiere.- "*Lo más recio o incierto de un combate,*

[15] SALTOS ESPINOSA, Rodrigo: La conflictividad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, editorial Biblioteca Jurídica, Guayaquil – Ecuador, 2013, p. 102

pelea contienda. Oposición de intereses en que las partes no ceden. El choque o colisión de derechos o pretensiones. Situación difícil"[16]

Los conflictos son las contiendas que se sujetan a la resolución de los jueces de la materia, cuando las partes a sometidos sus contiendas a que la función judicial, a través de un profesional del derecho de solución al inconveniente suscitado entre las partes.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes

Luis Abarca Galeas manifiesta que "*Si bien la función de juzgar implícitamente conlleva la de aplicar las normas jurídicas pertinentes a las sustanciación del debido proceso y a la solución del caso concreto que es su objeto, a tal punto que no existe ninguna actividad jurisdiccional o procesal sin ley que la regule, o resolución en que no se aplique ninguna ley; tanta trascendencia tiene la aplicación de la ley para la solución del caso concreto como medio de garantizar la tutela efectiva de los derechos o derecho a la justicia que en el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil se insiste en que las sentencias, los autos y los decretos se dictarán fundándose en la ley y en los méritos del proceso; por lo que es inadmisible toda forma de discrecionalidad o arbitrio*

[16] CABANELLAS DE TORRES; Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Edición 1998, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina., 1998, p. 85

judicial."[17]

El juzgamiento de los procesos de la niñez y adolescencia deben versar y vigilar que no se vulneren sus derechos y garantías, como es el caso que las acciones allí presentadas no pueden sujetarse a transacción si se vulneran aquellos derechos, esto por cuanto al encontrarse dentro de las personas con atención prioritaria, lo que se mira es la precaución de los intereses del niños, niña o adolescente

Luis Humberto Abarca manifiesta "*el juez en observancia del principio de normatividad no puede pronunciarse sobre asuntos que no son parte de la traba de la litis ni puede aplicar a los puntos controvertidos leyes que no correspondan o dejar de aplicarlas, ya que en estos casos, la resolución no corresponde a los méritos del proceso o las normas que se aplican no corresponden a los hechos controvertidos.*"[18]

Por su naturaleza los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, INTRANSIGIBLES, salvo las excepciones de ley. Lo que se indica, sería suficiente argumento jurídico para sostener que en materia de menores, concretamente en tenencia, visitas y alimentos, no cabe la solución de conflictos a través de la mediación.

---

[17] ABARCA GALEAS, Luis Humberto: La tutela jurídica Constitucional del debido proceso, Editorial Jurídica del Ecuador, primera edición, Quito – Ecuador, 2013, p. 6, 7

[18] ABARCA GALEAS, Luis Humberto: La tutela jurídica Constitucional del debido proceso, Editorial Jurídica del Ecuador, primera edición, Quito – Ecuador, 2013, p. 6, 7

4.2.2. Mecanismos necesarios para la aplicación de excepciones de los derechos transigibles en materia de la niñez y adolescencia.

El profesor Juan Montero Aroca coincide con la distinción entre excepciones procesales y de fondo, revisemos cómo fundamenta la misma: "*La palabra excepción fue adquiriendo en nuestro Derecho tantos sentidos que al final acabó por no significar nada, al haber pretendido significar todo. Después de una larga evolución histórica se había llegado a la conclusión de que por excepción debía entenderse todo lo que el demandado pudiera alegar con el fin de no ser condenado, tanto se refiriera a defectos en la relación jurídico procesal por falta de presupuestos o requisitos procesales, como al tema de fondo. De esta manera cuando, estudiando las actitudes del demandado frente a la demanda, se decía que aquél ha excepcionado, las posibilidades de contenido de esta respuesta eran tantas que en realidad era inútil, por carecer de toda precisión. Con ánimo de no romper con la tradición pero, al mismo tiempo, de dar sentido técnico a las palabras, la doctrina distinguió entre excepciones procesales y excepciones materiales, de modo que cuando el demandado alega excepciones procesales centra su oposición a la falta de presupuestos y/o requisitos procesales, en lo que nuestros tribunales suelen llamar defectuosa constitución en la relación jurídico procesal, y tiende a conseguir una resolución meramente procesal en la que no se entre en el fondo del asunto. Con las excepciones materiales el demandado tiende a la desestimación de la pretensión, refiriendo la oposición a su falta de justificación, de correspondencia con el derecho material, en cuanto esto no*

protege el interés del demandante, aspirando el demandado a una sentencia de fondo absolutoria. La importancia de esta distinción se basa, no en las palabras, sino en reconocer que el demandado puede articular dos líneas de oposición escalonadas; puede primero referirse al proceso, alegando en torno a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales y, después o al mismo tiempo, según los distintos procedimientos, puede referirse al fondo del asunto, alegando en torno al derecho subjetivo alegado por el actor. Las excepciones procesales se refieren a la válida constitución de la relación jurídico procesal, las materiales se refieren al fondo."[19]

Las controversias que se suscitan entre las personas son sujetos de mediación y arbitraje siempre y cuando la legislación lo permite; por un lado la Constitución lo reconoce, pero por otro la ley los prohíbe, por ejemplo cuando indica que en materia de menores los procesos pueden ser objeto de mediación y arbitraje excepto los que son intransigibles, por lo cual deben someterse a la decisión del juez a lo determinado a las normas constitucionales y legales, por ejemplo un derecho intransigible es la educación, que todo mundo tienen derecho a la instrucción escolar, derecho que no debe vulnerarse a un niño, niña o adolescente.

Para Diego Palomo Vélez, es también conveniente esta clasificación; a saber: "*a) La oposición procesal. Las excepciones procesales constituyen una de las*

[19] MONTERIO AROCA, Juan: Derecho Jurisdiccional, Tomo II Proceso Civil, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 208 y 209.

posibilidades que tiene el demandado para hacer frente a la demanda presentada en su contra. Esta denominación alude a problemas de corte procesal, oponiéndose a los problemas derivados del fondo del asunto. En efecto, se trata de alegaciones que ponen de relieve la ausencia de algún requisito o presupuesto de carácter procesal o la presencia de un óbice del mismo carácter y que, estimadas, impiden una sentencia sobre el fondo. Con ellas el demandado quiere evitar una sentencia sobre el fondo, quiere librarse de una sentencia condenatoria. Esta materia debe relacionarse con uno de los más importantes contenidos que se reservan a la llamada audiencia previa del juicio ordinario, justamente el examen y resolución de cuestiones procesales. (…) La cuestión resulta particularmente importante de destacar, toda vez que es un claro ejemplo del interés del legislador procesal por terminar con el riesgo de las sentencias absolutorias de la instancia (inhibitorias). La estimación de alguna excepción procesal debe poner fin al proceso si el problema es insubsanable o siéndolo ha transcurrido el plazo sin proceder a ella. Ahora, si bien es cierto que se pone fin al juicio, la cuestión objeto del juicio queda imprejuzgada, por lo que no se impide al demandante, corregido que sea el defecto procesal, interponer una segunda demanda e incoar un nuevo juicio con el mismo objeto procesal. b) La oposición material. Las alternativas que tiene el demandado también comprenden oposiciones materiales o de fondo. A través de ellas persigue el demandado una sentencia absolutoria sobre el fondo, la desestimación de la demanda. Mediante ella el demandado niega que el actor tenga derecho a la tutela judicial que pide. (…). Las excepciones

materiales implican la introducción de defensas sustantivas frente al fundamento de la pretensión del actor. El demandado, descolgándose de lo sostenido por el demandante, introduce al proceso hechos nuevos y distintos. Por eso, el planteamiento de excepciones materiales significa, necesariamente, ir más allá de la mera negación de los hechos y fundamentos jurídicos aducidos por el actor."[20]

Las medidas alternativas son instrumentos jurídicos en la cual las partes pueden llegar a solucionar un conflicto extrajudicial, o prever a que las partes se sometan a un juicio, como es la mediación y el arbitraje respectivamente, sistemas que están reconocidos en la norma constitucional, y que pueden ser objeto de aplicación en todas las materias.

Héctor Echanique manifiesta que: "*La mediación se llevará a efecto necesariamente con la presencia de las dos partes, quienes concurrirán en día y hora señaladas, solos o acompañados de sus abogados defensores con el fin de resolver sus controversias, caso contrario no se podrá efectuar la reunión o sesión de mediación sin la asistencia de las partes, en cuyo caso se firmará la correspondiente acta de imposibilidad de la mediación, ya que la audiencia no se puede realizar en rebeldía de cualquiera de las partes, sino que se atenderá al principio de inmediación es decir que las partes se mantengan en contacto*

[20] PALOMINO VÉLEZ, Diego: La Oralidad en el Proceso Civil. El Nuevo Modelo Español, Librotecnia, Santiago, 2008, pág. 208

para discutir, conocer su proceder personal, saber de sus propuestas de arreglo, etc., en la audiencia de mediación."[21]

Las excepciones son aspectos importantes que no se deben topar, o que se les da un trato diferente de protección, como lo indica la ley, que en materia de la niñez y adolescencia se puede llegar a una conciliación, excepto las que no se pueden transigir, en la cual en una materia determina las partes en el proceso no pueden llegar a un acuerdo extrajudicial, sino que deben sujetarse a lo determinado en la ley y a la resolución o sentencia que dicte el juez de la causa.

Héctor Echanique manifiesta. "*La mediación se regirá por éste principio, por lo cual se actuará con absoluta imparcialidad ante las dos partes en conflicto. La neutralidad no es otra cosa que la imparcialidad de una persona ante un conflicto, por lo tanto se muestra en una actitud indiferente, que se inclina ni por uno ni por otro de los contendientes, discrepantes o en conflicto. En consecuencia la imparcialidad consiste en la actitud que tiene una persona (mediador) frente a las partes en conflicto, demostrando un comportamiento sereno, justo, desapasionado, sin mostrar favoritismo o tomar partido por ninguna de las partes litigantes.*"[22]

Es necesario que materias se puede transigir, que se utilice la mediación como medida alternativa a la solución de conflictos, la cual debe cumplir ciertos

[21] ECHANIQUE CUEVA, Héctor: La Mediación, una alternativa de solución de conflictos en el Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito – Ecuador, 2011, p. 60
[22] ECHANIQUE CUEVA, Héctor: La Mediación, una alternativa de solución de conflictos en el Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito – Ecuador, p. 60

parámetros y preceptos para que puedan tener plena validez y sustanciarse de manera adecuada, estableciéndose el procedimiento como los actos administrativos que son sujetos a Arbitraje, los tiempos de Resolución los recursos que se pueden interponer, y en general una descripción detallada del proceso como tal.

Héctor Echanique, indica que "*El acuerdo de mediación es cosa diferente al convenio de mediación, por lo tanto no hay que confundirlos, mientras el convenio de mediación se encuentra incluido dentro de un contrato en la denominada cláusula compromisoria, el acuerdo de mediación se encuentra contenido dentro del Acta de Mediación.*"[23]

A sabiendas o con la intención de evitar que se someta a mediación materias relacionadas con el derecho de menores y específicamente casos de derecho de familia, países como Argentina en la LEY 24.573, señalan expresamente cuales son las materias sujetas a mediación como alimentos, tenencia y visitas; pero además, están sujetas a la mediación obligatoria previa a un juicio, la mediación es considerada una atapa prejudicial obligatoria, previa a someter las materias señaladas a la mediación.

[23] ECHANIQUE CUEVA, Héctor: La Mediación, una alternativa de solución de conflictos en el Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito – Ecuador, p. 56

4.3. MARCO JURIDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

El Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador expresa: "*Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.*"[24]

Cualquier inconveniente que tenga una persona, tiene el derecho de acudir ante la Función Judicial y mediante la tutela jurídica acceder a la justicia para exigir un derecho, o determinar una obligación, para lo cual se rigen ante principios de inmediación y celeridad, es por ello que toda controversia, no necesariamente debe resolverse ante la Función Judicial, sino que se privilegia la inmediación como una conciliación de las partes, para con ello descongestionar la justicia y agilizar la solución de los inconvenientes jurídicos que se presentan.

El Art. 97 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza que "*Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de*

[24] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 75

la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir. Se reconoce al voluntariado de acción social y desarrollo como una forma de participación social."[25]

Las formas alternativas de solución de conflictos, no solo es una actuación entre personas particulares, sino que pueden acogerse todas las organizaciones, siempre y cuando la ley lo permita, esto quiere decir, que ciertas actividades que realizan las organizaciones deben ser de acuerdo a la ley y que su actividad no esté prohibido, por ejemplo actividades de enriquecimiento ilícito, lavado de dinero o narcotráfico no son objeto de mediación o arbitraje. Las organizaciones que creen conveniente que han afectado sus derechos pueden demandar la reparación de daños y perjuicios a los entes públicos o privados que los han demandado.

EL Art. 190 de la Constitución de la República del Ecuador como medios alternativos de solución de conflictos expresa: "*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*

[25] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2014, Art. 97

arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley."[26]

La Constitución reconoce métodos alternativos a la solución de conflictos, como es el arbitraje y la mediación, éstas deben estar determinadas en todas las materias, siempre y cuando no se vulneren los derechos de las personas, y en especial los derechos y garantías de la niñez y adolescencia. Para lo cual existe un procedimiento determinado en las leyes, y su aplicación plena la determina la Ley de Arbitraje y Mediación.

4.3.2. Código de la Niñez y Adolescencia

El Art. 16 del Código de la Niñez y Adolescencia expresa que: "*Por su naturaleza, los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley.*"[27]

Nuestra Constitución y la Ley, no señalan cuáles son esas materias, simplemente deja abierta la posibilidad a todas las materias transigibles. No se ha encontrado alguna disposición legal que señale concretamente cuales son las excepciones, cuales son los casos que se puedan transigir y peor aún cuales son los asuntos materia de mediación; por el contrario, hemos

[26] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2014, Art. 190
[27] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2014, Art. 16

encontrado disposiciones que prohíben la mediación como en los casos de violencia intrafamiliar.

El Art 16 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, jerárquicamente superior a la Ley de Arbitraje y Mediación, que textualmente declara: Por su naturaleza los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, INTRANSIGIBLES, salvo las excepciones de ley. Simplemente con la lectura de los artículos que se indican, sería suficiente argumento jurídico para sostener que en materia de menores, concretamente en tenencia, visitas y alimentos, no cabe la solución de conflictos a través de la mediación.

El Art. 294 del Código de la Niñez y Adolescencia expresa: "*La mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia.*"[28]

Es necesario que materias se puede transigir, que se utilice la mediación como medida alternativa a la solución de conflictos, la cual debe cumplir ciertos parámetros y preceptos para que puedan tener plena validez y sustanciarse de manera adecuada, estableciéndose el procedimiento como los actos administrativos que son sujetos a Arbitraje, los tiempos de Resolución los recursos que se pueden interponer, y en general una descripción detallada del proceso como tal.

[28] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2014, Art. 294

4.3.3. Ley de Arbitraje y Mediación

El Art. 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala "*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 y definitivo, que ponga fin al conflicto*"[29].

Para someterse al procedimiento de mediación es condición Sine qua non que quienes se someten tengan la suficiente capacidad para transigir, para tener una mejor comprensión es necesario definir lo que es transigir, así el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual nos da el siguiente concepto: "Concluir una transacción, sobre lo que se estima justo, razonable o verdadero, para conciliar discrepancias, evitar un conflicto o poner término al suscitado, pero con la imprescindible circunstancia de que haya recíprocas concesiones y renuncias. Encontrar de mutuo acuerdo un medio que parta la diferencia en un trato o situación.

El Art. 44 de la Ley de Arbitraje y Mediación prescribe: "*La mediación podrá solicitarse a los Centros de Mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados.*

[29] LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 43

Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente Ley, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir.

El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder"[30].

Para que proceda la mediación, las partes o una de ellas que tenga interés en someter sus controversias a mediación, deben solicitar a los Centros de Mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados a fin de que procedan a facilitar las negociaciones de las partes en conflicto, en calidad de mediadores, petición que lo formularán por escrito, amparados en el convenio escrito de mediación; pero en el caso de no haber convenio escrito de mediación, las partes en litigio o una de ellas también pueden elevar la petición para someterse a la mediación, mediante escrito dirigido Centro de Mediación o al mediador independiente a fin de que presten su contingente mediador para la solución del conflicto.

Pueden acceder y someterse al procedimiento de mediación de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación y sin restricción alguna, las personas sean éstas naturales o jurídicas, y estas a su vez públicas o privadas, legalmente capaces para transigir.

[30] LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 44

En consecuencia todo ecuatoriano mayor de edad, 18 años, está en capacidad de acceder a la mediación y resolver sus conflictos y de igual manera los extranjeros, ya que según la ley, no existe diferencia entre ecuatoriano y el extranjero en cuanto al goce de los derechos civiles, y uno de los derechos es acceder a la justicia y sin dilaciones.

El Art. 45 de la Ley de Arbitraje y Mediación expresa: "*La solicitud de mediación se consignará por escrito y deberá contener la designación de las partes, su dirección domiciliaria, sus números telefónicos si fuera posible, y una breve determinación de la naturaleza del conflicto*"[31].

La solicitud es la petición que formula una persona con el fin de obtener un resultado, en el caso de la mediación, imperativamente determina la ley que se lo hará por escrito, al Centro de Mediación correspondiente o mediador independiente, por lo que de plano se descarta la petición oral, lo que a mi entender me parece que se restringe la accesión a la mediación de personas que no saben leer *y* escribir *y* también de los letrados que preferirían hacerlo de forma oral, tomando en cuenta que los procesos modernos siguen la oralidad como una forma de procedimiento y de acceso a la justicia en el campo ordinario y no debe ser la excepción en el proceso de mediación, en donde las partes pudieran acudir a un Centro de Mediación y expresar oralmente su petición de su intervención a través de un mediador la solución de

[31] LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 45

sus conflictos, sin perjuicio de que en el Centro de Mediación se la reduzca a escrito.

El Art. 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación prescribe "L*a mediación podrá proceder: a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación. El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales*."[32]

Se someten a mediación y arbitraje los casos que son susceptibles de mediación, negociación o transacción, como asuntos familiares, inquilinato, laborales, de la niñez y adolescencia, de comercio, en materia de tránsito y penal cuando se refieren a reparaciones por daños y perjuicios de orden civiles.

[32] LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 46, literal a)

De esta manera la mediación contribuye al descongestionamiento de los juzgados usando su herramienta del diálogo para la solución de conflictos en materia transigible.

Los jueces comunes, de conformidad con el artículo 46 literal a) de la Ley de Arbitraje y Mediación, están obligados a respetar el convenio escrito y firmado por las partes de someter a mediación las controversias que pudieran surgir de un acto jurídico como el caso de los contratos, sean laborales, de comercio, etc. por lo tanto no pueden ni tienen competencia para conocer demandas que versen sobre conflictos materia del convenio, salvo el caso de que exista acta de imposibilidad de acuerdo debidamente firmada o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación; tómese en cuenta entonces que es a partir del acta de imposibilidad de mediación o de la renuncia escrita de las partes en conflicto cuando el juez ordinario está facultado para conocer demandas que versen sobre materia del convenio y adquiere competencia para conocer la petición de una de las partes y citar a la otra, debiendo considerar, además, que si el acuerdo constante en el Acta de Mediación ha sido parcial, según consta en el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación, las partes pueden acudir a la justicia ordinaria y demandar el cumplimiento únicamente de las diferencias que no hayan sido parte del acuerdo, teniendo entonces competencia para conocer solamente lo que no se haya acordado, debiendo respetar en todo caso el acuerdo de las partes aunque éste sea parcial, sobre el cual nada podrá hacer el juez ordinario pudiendo conocer únicamente, tanto

el acuerdo parcial como el total, para la ejecución del acuerdo en virtud de tener fuerza de sentencia ejecutoriada de última instancia y de cosa juzgada.

El Art. 56 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que "*Los jueces ordinarios no podrán ser acusados de prevaricato, recusados, ni sujetos a queja por haber propuesto fórmulas de arreglo entre las partes en las audiencias o juntas de conciliación.*"[33]

Los jueces ordinarios no pueden ser recusados ni acusados de prevaricato, ni sujetos a queja, por el hecho de haber propuesto fórmula de arreglo amigable y amistosa entre las partes, de un conflicto puesto a su conocimiento, a fin de que los litigantes arreglen en las audiencias o juntas de conciliación.

De lo cual se establece que la mediación es viable en cualquier estado de la causa, cuando el juez ordinario, sea de oficio o a petición de parte interesada, disponga que las partes se sometan a una audiencia de mediación ante un Centro de Mediación debidamente acreditado a resolver sus diferencias, siempre y cuando lo acepten, sin que por ello deban ser recusados, ni acusados de prevaricato, ni sujetos de queja porque así lo faculta la Ley de Arbitraje y Mediación, de esto se determina que la medición puede darse en forma extra o intraprocesal, es decir antes de iniciar un proceso judicial o dentro de un proceso judicial.

[33] LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 56

En el primer caso se da antes de un proceso es decir fuera del de un proceso y de existir arreglo (extrajudicial) el litigio se termina, caso contrario se tornará controvertido. en el segundo caso, el juez puede derivar un proceso puesto en su conocimiento de oficio, o a petición de ambas partes, a uno de los centros de mediación del lugar donde se ventila el caso, debiendo tomar en cuenta que el asunto no tenga sentencia ejecutoriada, en este caso el juez no podría derivar de oficio la causa a un centro de mediación, porque el Acta de mediación equivale a una Sentencia Ejecutoriada de última Instancia; o que no haya subido en grado en apelación salvo que el juez reciba solicitud firmada por ambas partes, y tan sólo en este caso estaría autorizado por los litigantes a poner en conocimiento de un centro de mediación; así mismo es necesario expresar que es pertinente la mediación en las causas que haya subido en grado es decir que se encuentre en apelación siempre y cuando medie petición de los dos lados.

4.3.4. Código Civil

La mediación y la conciliación son procesos alternativos para la composición de la litis. Cuando se tiene éxito en ellas, terminan en transacción

La transacción puede ser modo de extinguir la obligación, conforme el Art. 1583 numeral 4 del Código Civil; y una forma de terminar un litigio o precaver la iniciación de otro.

El Art. 2348 del Código Civil define a la transacción de la siguiente manera: "*La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.*
No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa."[34]

A esta definición legal no pone presente el carácter bilateral del contrato, ya que falta la indicación de que debe haber concesiones recíprocas, por lo que debería añadirse la frase "haciéndose las partes concesiones o sacrificios recíprocos".

La transacción puede ser total o parcial. Es decir, comprender a toda la cuestión litigiosa o a todo el asunto que puede devenir en ella, o a alguna de sus partes. Puede constituir un título declarativo de derechos, que no constituyen nuevo título, o constitutivo. Al respecto, el Art. 718 inciso final del Código Civil prescribe:

"*Las transacciones, en cuanto se limitan a reconocer a declarar derechos preexistentes, no forman nuevo título; pero, en cuanto transfieren la propiedad de un objeto no disputado, constituyen un título nuevo*."[35]

[34] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 2348
[35] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 718

A pesar de la aparente sencillez y claridad del precepto, apenas se lo examina con detenimiento, aparece que la transacción declarativa, de reconocimiento o declaración de derechos preexistentes, pero con la vocación de someterse a juicio, o ya la celebrada dentro de litigio, no presenta carácter meramente declarativo de la situación jurídica existente antes del arreglo, puesto que las concesiones recíprocas modifican el estatus anterior. Por ello, se llega a sostener que esa declaración supuestamente declarativa tiene más bien carácter constitutivo.

Esa clase de transacción que recae sobre un objeto disputado no tiene carácter traslativo, porque no es posible una transferencia sin certeza del derecho que se quiere transferir. Y no hay esa certeza del derecho cuando la litis y la transacción recaen sobre la posible o dudosa titularidad del derecho.

Estas disquisiciones parecerían que inducen a revelarse contra el texto expreso del último inciso del Art. 718 del Código Civil. La tesis señalada no quiere decir desconocimiento del derecho positivo; solo pretende buscar, a la luz de la razón, la verdadera naturaleza de la figura jurídica de que tratamos. Este análisis no se opone a que los preceptos legales tengan, en la práctica, que ser obedecidos como mandatos; pero nada más; es decir, sin atribuirles la calidad de dogmas de fe o de explicaciones inamovibles de los fenómenos.

El Art. 718 está dentro del Título VII del libro Segundo del Código Civil, que trata “De la posesión” considera a la transacción como título de ésta. Su

objetivo es establecer que no constituye título traslaticio de dominio cuando no hay transferencia de la propiedad de un objeto no disputado. Es así que debe tomarse en cuenta que en la medida en que la transacción quita la incertidumbre litigiosa, y transforma en un derecho cierto, establece transferencia; es atributiva de derechos.

Podría argumentarse en contra de esta noción que el art. 2362 del Código Civil da a la transacción el efecto de cosa juzgada. Pero sería válida la réplica de que ese efecto se refiere únicamente a la inamovilidad de la transacción, pero no a los efectos del contrato que zanja la incertidumbre ni a la naturaleza de ellos.

La transacción importa renuncia de las partes a su derecho de acción ya ejercida o por ejercer. Esa abdicación en beneficio de otro de los litigantes, no puede decirse que es por cesión o enajenación. Este litigante no adquiere un derecho nuevo sobre bien alguno, sino la posibilidad de hacer valer la pretensión --constituida en derecho- que invocaba antes. Este sería el significado que tendría la expresión "efecto declarativo.

La transacción, como contrato, tiene las siguientes principales características: consensual; bilateral; oneroso; generalmente conmutativo, excepcionalmente aleatorio; principal; nominado.

La transacción se perfecciona, como contrato, por el simple, mero o puro consentimiento de las partes, como señala el Art. 1459 del Código Civil: “*El*

contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento"[36]

Cuando la transacción forma parte de contratos mixtos o complejos, uno o más de los cuales requiera de solemnidad, por ese hecho, para su existencia y validez, debe celebrarse con esa solemnidad. Así, si existe una promesa, deberá constar por escrito; si se debe inscribir en el registro de la propiedad o mercantil, deberá estar contenida en título auténtico; si una de las partes se está obligando a realizar transferencia de inmueble, deberá constar de escritura pública.

Siendo consensual, puede probarse por otros medios, como la confesión judicial, grabaciones magnetofónicas o de vídeo.

No podrá probarse por medio de testigos, por la limitación que traen el 1725 del Código Civil: "*No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito*"[37]

Este precepto no exige el instrumento privado como requisito de solemnidad sino de comprobación. Para que la transacción otorgada antes o fuera de juicio

[36] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2011, Art. 1459
[37] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 1725

acceda al proceso, necesariamente tendrá que presentarse al juez de la causa por o con escrito. En la transacción ambas partes renuncian a alguna pretensión o a parte de su acción, por lo que es bilateral. Si solamente una parte es la que renuncia, habría más bien desistimiento.

Como contrato bilateral, le es aplicable la excepción del contrato no cumplido o el principio de la mora consagrado en el art. 1568 del Código Civil: "*En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos*"[38]

Es necesario ver que en la transacción opera la condición resolutoria tácita del Art. 1505 del Código Civil, toda vez que el art. 2362 del mismo cuerpo de leyes se refiere a que "*podrá pedirse la declaración de nulidad o la rescisión*"[39], sin mencionar a la resolución. Si la transacción es un contrato bilateral, le comprende la condición resolutoria tácita. No se puede exigir que el asambleísta, al desarrollar cada contrato, se vaya refiriendo a toda figura que podría, en un momento dado, tener incidencia. La técnica asambleísta debe orientarse más bien a resaltar lo que constituye una modificación o excepción a principios generales; y hacerla en forma expresa. Toda excepción es de derecho estricto, sin que pueda aplicarse por analogía.

[38] IBÍDEM, Art. 1568
[39] IBIDEM, Art. 2362

El Art. 1457 del Código Civil indica que: "*El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio*"[40]

Es oneroso por cuanto siempre debe existir un sacrificio de cada parte. Ese sacrificio es, en definitiva, abdicación de una parcela de la pretensión hecha por los protagonistas del juicio existente o del asunto que podría plantearse como tal en el futuro.

Es generalmente conmutativo, ya que las renuncias recíprocas se miran como equivalentes. Excepcionalmente podría ser aleatorio.

También puede ser condicional, ya para el nacimiento o eficacia del contrato, o ya por contener obligaciones condicionales. Es principal, por cuanto la transacción subsiste por sí sola.

La transacción es un contrato consensual, el consentimiento puede expresarse verbalmente, aunque, como ya queda dicho, para acceder al proceso necesariamente deberá constar por escrito.

[40] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 1457

Ese consentimiento puede expresarse mediante poder, que necesariamente deberá ser especial Art. 2350 y 2036 del Código Civil. Así lo establece también el numeral 1 del Art. 48 del Código de Procedimiento Civil. Quien está investido de poder general puede incoar acciones posesorias o interrumpir prescripciones. A pesar de ello, requerirá siempre de poder especial para transigir. El consentimiento debe estar exento de vicios. Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza, dolo y, doctrinariamente, se asimila también la lesión.

El Art. 2358 del Código Civil establece que "*La transacción se presume haberse aceptado por consideración a la persona con quien se transige*"[41].

Este precepto lo convierte en un contrato intuito personae; y eleva este error que, por lo general, es irrelevante en los contratos onerosos, a la categoría de causa principal de la contracción, convirtiéndole así en motivo para la rescisión.

El Art. 2359 del Código Civil preceptúa: "*El error acerca de la identidad del objeto sobre que se quiere transigir anula la transacción*"[42].

Estamos frente a un error sustancial, error obstáculo, que ya se lo consideró el Art. 1469 del Código Civil, cuando estable: "*...sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor*

[41] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2011, Art. 2358
[42] IBIDEM, Art. 2359

entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra"[43].

Sobre esta disposición considero que no existe consentimiento, por lo que no se trata de un vicio que lo afecte, ya que afirman que no existe consentimiento, sino disentimiento. Al faltar el consentimiento debe considerarse el tentado contrato como jurídicamente inexistente.

El Art. 2360 del Código Civil señala que "*el error de cálculo no anula la transacción; solo da derecho a que se rectifique el cálculo*"[44].

Cuando la transacción ha sido fruto del desconocimiento de títulos que apoyan el derecho de una de las partes, y cedido en la transacción, ese desconocimiento, que jurídicamente se asimila al error, puede dar pie para la rescisión de la transacción.

Si constare por títulos auténticos que una de las partes no tenía derecho alguno al objeto sobre que se ha transigido, y estos títulos, al tiempo de la transacción, eran desconocidos de la parte cuyos derechos favorecen, podrá la transacción rescindirse; salvo que no haya recaído sobre un objeto en particular, sino sobre toda la controversia entre las partes, habiendo varios objetos de desavenencia entre ellas.

[43] IBIDEM, Art.1469
[44] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 2360

En este caso, el descubrimiento posterior de títulos desconocidos no será causa de rescisión, sino en cuanto hubiesen sido extraviados u ocultados dolosamente por la parte contraria.

Si el dolo fuere solo relativo a uno de los objetos sobre que se haya transigido, la parte perjudicada podrá pedir la restitución sobre dicho objeto.

El Art. 2357 del Código Civil, señala: "*Es nula, asimismo, la transacción, si al tiempo de celebrarse estuviere ya terminado el litigio por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y de que las partes o alguna de ellas no hayan tenido conocimiento al tiempo de transigir.*"[45]

Si una de las partes hubiera tenido conocimiento del fallo, habría procedido con dolo, del cual se trata en el numeral siguiente. La fuerza y el dolo también anulan la transacción. En una aplicación de las reglas generales el Art. 2355 del Código Civil preceptúa: "*Es nula en todas sus partes la transacción obtenida por títulos falsificados y, en general, por dolo o violencia.*"[46]

En vista de que varios otros artículos de este título XXXVIII se refieren expresamente a la rescisión o nulidad relativa, ha surgido la opinión de que este precepto, cuando hay fuerza o dolo, culmina en nulidad absoluta. Sin

[45] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 2357
[46] IBIDEM, Art. 2355

embargo, no se ve la ratio legis para apartarse del tratamiento general, por lo que debe considerar se que está afectada la transacción de nulidad relativa.

El Art. 2356 del Código Civil señala que “es nula en todas sus partes la transacción celebrada por títulos falsificados y, en general, por dolo o violencia”[47].

La lesión enorme es una sanción solo para determinados contratos. En la transacción hay renuncia de pretensiones y derechos. Por tanto, tal sanción no es aplicable a la transacción.

El objeto de la transacción es poner fin al juicio existente, o prevenir un litigio futuro. Es nulo el contrato de transacción que carece de causa u objeto, como, verbigracia, el que se celebra sin haber juicio pendiente ni temor de que se inicie alguno sobre la materia que recae. Es de la esencia del contrato de transacción que en sí mismo llene el objetivo de terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o de precaver uno eventual. Si estos efectos no se dan en el mismo contrato, mal podría decirse que en él las partes terminan o precaven un litigio.

La esencia de la transacción reside en la renuncia que cada contratante hace de lo que cree su derecho a fin de evitar que un fallo judicial le quite todo a uno

[47] IBIDEM, Art. 2356

u otro. La transacción no puede extenderse a más de lo que literalmente expresa, sea con relación a los contratantes o a las cosas que son objeto de ella. Por ende, no revisten los caracteres jurídicos de la transacción. Los convenios celebrados entre los accionistas de un canal de regadío.

Debe existir una pretensión o derecho dudoso entre las partes. Esa duda no requiere de declaración judicial.

La transacción, como todo contrato, se la celebra con base en la buena fe. Ésta desaparecería si se simulara esa duda por uno o ambos de los contratantes. Se ha discutido si esa incertidumbre es subjetiva u objetiva.

Derecho de percibir alimentos Art. 2353 del Código Civil expresa: "*La transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deban por ley, no valdrá sin aprobación judicial; ni podrá el juez aprobarla, si en ella se contraviene a lo dispuesto en los Arts. 362 y 363.*"[48]

En esta disposición puede versar la transacción sobre monto de la pensión o sobre pensiones atrasadas como señala los Arts. 362 y 363 del Código Civil.

Sobre pactos de sucesión futura, que son: De renuncia a una sucesión futura; de disposición de una sucesión futura; y, de institución de heredero.

[48] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 2353

Sobre el estado civil no se puede transigir como señala el Art. 2352 del Código Civil, que expresa: "*No se puede transigir sobre el estado civil de las personas*"[49]; pero sí puede transigirse sobre las consecuencias derivadas de esa calidad.

Sobre el dominio de locales individualizados de inmuebles, que no están sometidos al régimen de propiedad horizontal. Sobre actos que sin reunir los requisitos propios de la promesa, tiendan a generar obligaciones de un hacer jurídico; o que constituyan desmembraciones de inmuebles ubicados en el sector urbano.

Sobre adjudicaciones de bienes o partes de los mismos, que sean objeto más bien de partición. Con la conciliación se distingue según las modalidades como aquella que se realice. La conciliación extrajudicial tiene bastante proximidad con la mediación al estar ambas despojadas del marco litigioso que enfrentan pretensiones interesadas.

De todos modos es suficiente ver que las actitudes son diferentes; mientras la conciliación arrima posiciones desde la perspectiva del objeto a decidir, la mediación facilita la comunicación entre las partes, no se detienen en el contenido del problema aun cuando lo lleva en su destino, sino en conducir un proceso de interpretación sobre las verdaderas necesidades e intereses de los sujetos en conflicto.

[49] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 2352

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. MÉTODOS

El desarrollo de la presente tesis, está encaminado a realizar una investigación descriptiva, aquella que nos permite descubrir detalladamente y explicar un problema, objetivos y fenómenos sociales mediante un estudio con el propósito de determinar las características de un problema social. La investigación bibliográfica consistirá en la búsqueda de información en bibliotecas, internet, revistas, periódicos, libros de derecho; en las cuales estarán ya incluidas las técnicas de utilización de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

Pues la información empírica, se obtendrá de la observación directa de la codificación de otras leyes, y en especial a la Constitución de la República del Ecuador, el Código Civil, el Código de la Niñez y Adolescencia, y que afecta de forma directa su ámbito personal, familiar, económico, social, etc.; obteniéndose información a través de los informes, compendios y análisis a nivel jurisdiccional.

Durante esta investigación utilizare los métodos: Inductivo, Analítico, Deductivo y Científico. El método inductivo, parte de aspectos particulares para llegar a las generalidades es decir de lo concreto a lo complejo, de lo conocido a lo desconocido, en cambio el método deductivo, parte de aspectos generales utilizando el racionamiento para llegar a conclusiones particulares.

El método analítico tiene relación al problema que se va a investigar por cuanto nos permite estudiar el problema en sus diferentes ámbitos. El análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para su verificación y perfeccionamiento. El método deductivo en cambio, parte de aspectos generales utilizando el racionamiento para llegar a conclusiones particulares. El método científico, nos permite el conocimiento de fenómenos que se dan en la naturaleza y en la sociedad, a través de la reflexión comprensiva y realidad objetiva, de la sociedad por ello en la presente investigación me apoyare en este método.

5.2. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS

Como fases en el desarrollo de la presente investigación, corresponde analizar el campo de acción a estudiarse, el que está determinado por la problemática en cuanto a garantizar la aplicabilidad de la mediación en los procesos transigibles de la niñez y adolescencia, aplicada en el Código de la Niñez y Adolescencia, así como de la aplicación de la Ley de Arbitraje y Mediación, en aspectos de celeridad, economía procesal, inimpugnabilidad e independencia judicial. Se iniciará con la revisión de literatura, la inmersión en la problemática de estudio que en conjunto la hipótesis con los objetivos se determinará que se violan garantías constitucionales por falta de mediación en asuntos de derechos de la niñez y adolescencia. Con esta recolección de datos se hará el análisis de los mismos, determinando que es conveniente que se garantice una mejor tramitación de los laudos arbitrales.

Fundamentalmente en el desarrollo del presente trabajo investigativo, se utilizará la técnica de la encuesta, a 30 profesionales del Derecho, como instrumentos de recolección sintética de datos y contenidos.

6. RESULTADOS

6.1. Análisis e interpretación de la encuesta

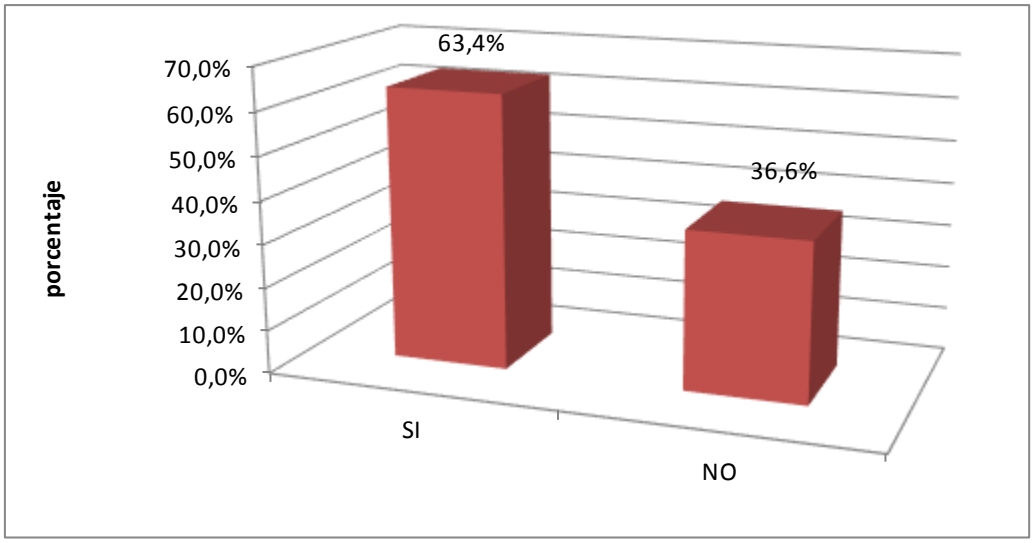
PRIMERA PREGUNTA: **¿Está usted de acuerdo que en los procesos de niñez y adolescencia existan acuerdo de mediación?**

CUADRO N° 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	19	63.4%
NO	11	36.6%
TOTAL	**30**	**100 %**

Autor: Wilfrido Leovigildo Rojas Arias
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional

GRÁFICO Nº 1



Interpretación:

De la primera pregunta de un universo de treinta encuestados, diecinueve que corresponde el 63.4% indicaron estar de acuerdo que en los procesos de niñez y adolescencia existan acuerdo de mediación. En cambio once personas que engloba el 36.6% no están de acuerdo que en los procesos de niñez y adolescencia existan acuerdo de mediación

Análisis.

La mediación es una negociación llevada a cabo con la asistencia de una tercera parte. Esto conlleva ser un proceso voluntario durante el cual un profesional imparcial o tercera parte neutral ayuda a las partes en litigio a negociar sus diferencias, con la posibilidad de que se alcance o no un acuerdo.

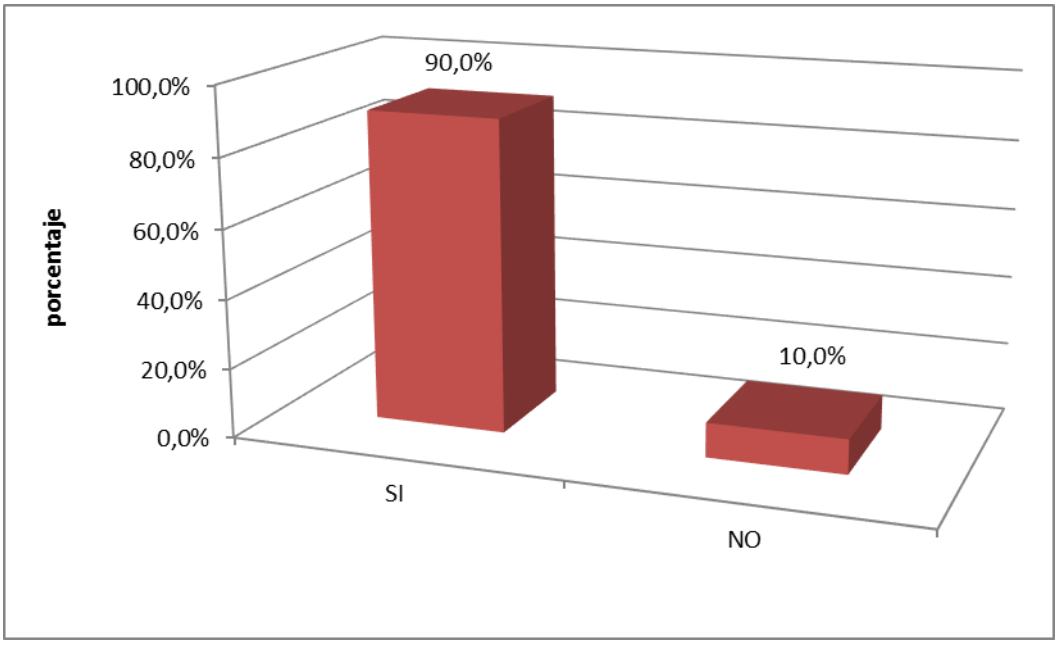
SEGUNDA PREGUNTA: **¿Cree usted adecuado que el Código de la Niñez y Adolescencia prohíba que en materia de derecho y garantías de la niñez y adolescencia se pueda transigir?**

CUADRO N° 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90 %
NO	3	10 %
TOTAL	**30**	**100 %**

Autor: Wilfrido Leovigildo Rojas Arias
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional

GRÁFICO Nº 2



Interpretación:

En la segunda pregunta veintisiete personas que equivale el 90 % indicaron estar de acuerdo que el Código de la Niñez y Adolescencia prohíba que en materia de derecho y garantías de la niñez y adolescencia se pueda transigir; en cambio tres personas que corresponde el 10 % manifestaron que no es preferente que el Código de la Niñez y Adolescencia prohíba que en materia de derecho y garantías de la niñez y adolescencia se pueda transigir

Análisis:

Nuestra Constitución y la Ley, no señalan cuáles son esas materias, simplemente deja abierta la posibilidad a todas las materias transigibles. No se ha encontrado alguna disposición legal que señale concretamente cuales son las excepciones, cuales son los casos que se puedan transigir y peor aún cuales son los asuntos materia de mediación; por el contrario, hemos encontrado disposiciones que prohíben la mediación como en los casos de violencia intrafamiliar.

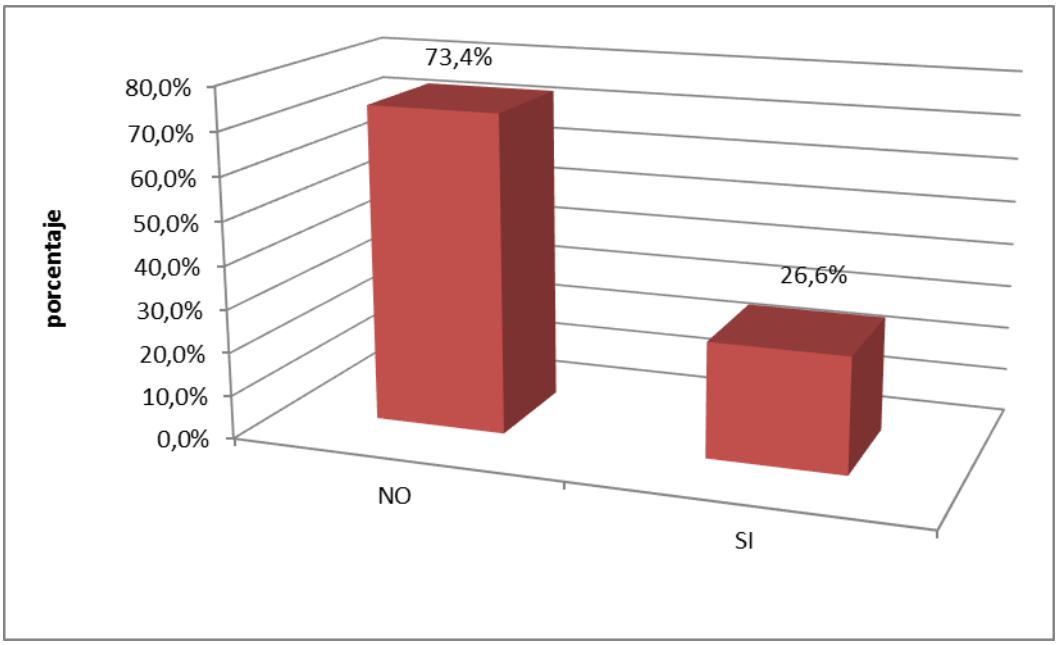
TERCERA PREGUNTA: **¿La Constitución señala que existen excepciones que se puede transigir en materia de derechos y garantías en la niñez y adolescencia, conoce usted cuales son estas excepciones?**

CUADRO N° 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	22	73.4%
SI	8	26.6%
TOTAL	**30**	**100 %**

Autor: Wilfrido Leovigildo Rojas Arias
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional

GRÁFICO Nº 3



Interpretación:

En la tercera pregunta veintidós personas que equivale el 73.4% expresaron que la Constitución señala que existen excepciones que se puede transigir en materia de derechos y garantías en la niñez y adolescencia, no conocen cuales son estas excepciones. En cambio ocho personas que engloba el 26.6% señalaron que a Constitución señala que existen excepciones que se puede transigir en materia de derechos y garantías en la niñez y adolescencia, si conocen cuales son estas excepciones.

Análisis:

El Art 16 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, jerárquicamente superior a la Ley de Arbitraje y Mediación, que textualmente declara: Por su naturaleza los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, INTRANSIGIBLES, salvo las excepciones de ley. Simplemente con la lectura de los artículos que se indican, sería suficiente argumento jurídico para sostener que en materia de menores, concretamente en tenencia, visitas y alimentos, no cabe la solución de conflictos a través de la mediación.

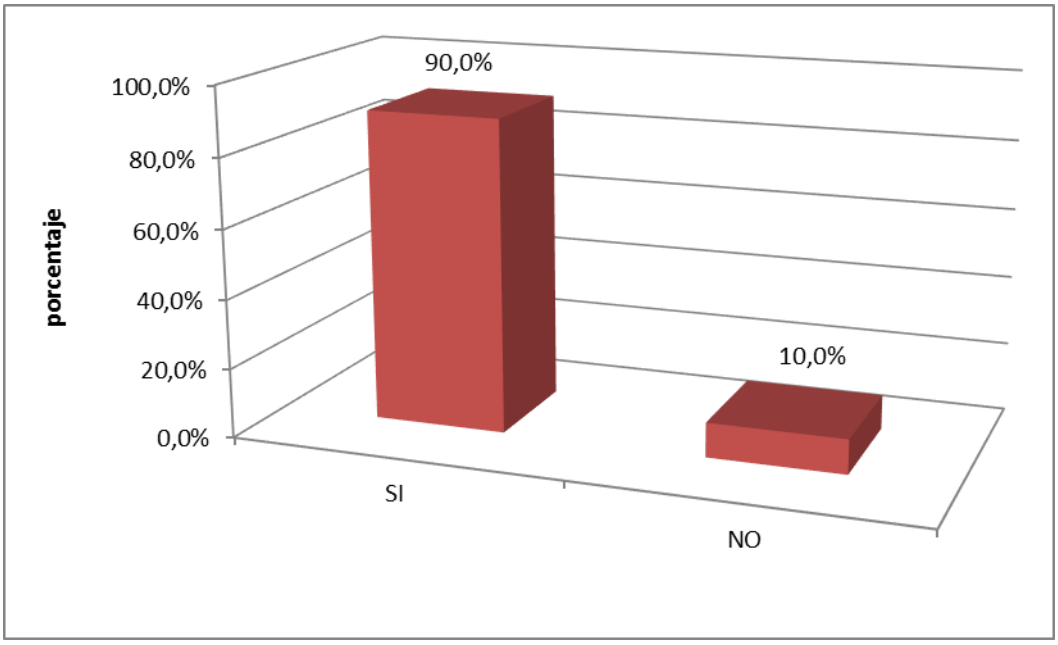
CUARTA PREGUNTA: **¿Cree usted, que en materia de menores, concretamente en tenencia, visitas y alimentos, cabe la solución de conflictos a través de la mediación?**

CUADRO N° 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90 %
NO	3	10 %
TOTAL	**30**	**100 %**

Autor: Wilfrido Leovigildo Rojas Arias
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional

GRÁFICO Nº 4



Interpretación:

En esta pregunta, veintisiete encuestados que corresponde el 90 % expresaron que en materia de menores, concretamente en tenencia, visitas y alimentos, si cabe la solución de conflictos a través de la mediación. En cambio tres personas que corresponde el 10 % señalaron no estar de acuerdo que en materia de menores, concretamente en tenencia, visitas y alimentos, cabe la solución de conflictos a través de la mediación

Análisis:

Es necesario que materias se puede transigir, que se utilice la mediación como medida alternativa a la solución de conflictos, la cual debe cumplir ciertos parámetros y preceptos para que puedan tener plena validez y sustanciarse de manera adecuada, estableciéndose el procedimiento como los actos administrativos que son sujetos a Arbitraje, los tiempos de Resolución los recursos que se pueden interponer, y en general una descripción detallada del proceso como tal

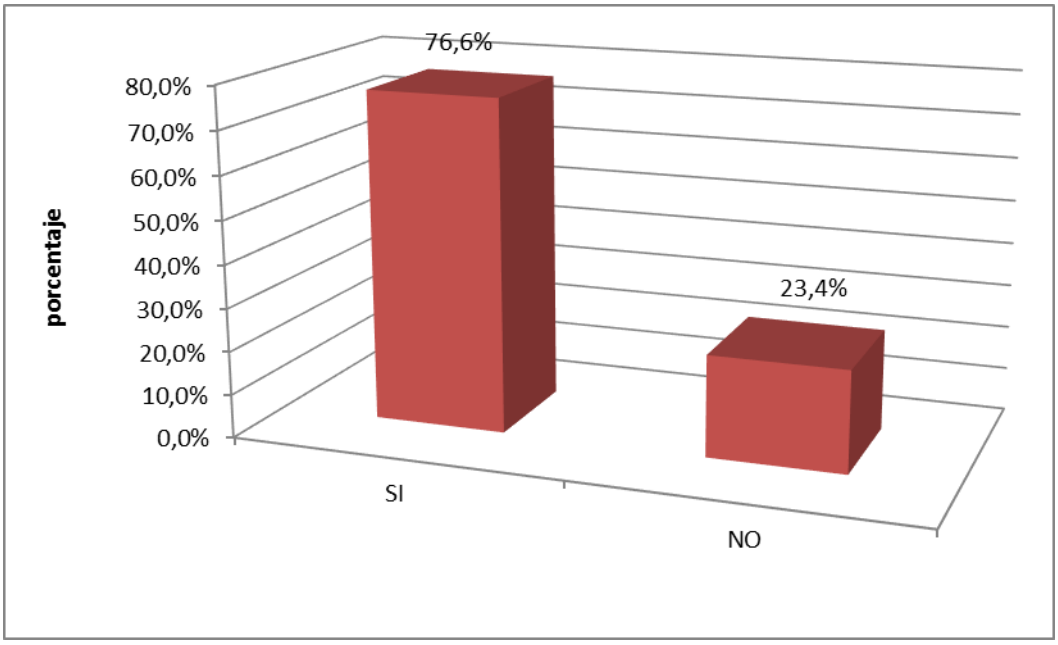
QUINTA PREGUNTA: **¿Está usted de acuerdo que en materia de menores de tenencia, visitas y alimentos, se contemplaría la mediación, siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia?**

CUADRO N° 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	23	76.6%
NO	7	23.4%
TOTAL	**30**	**100 %**

Autor: Wilfrido Leovigildo Rojas Arias
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional

GRÁFICO Nº 5



Interpretación:

En esta pregunta veintitrés personas que corresponde el 76.6% estima estar de acuerdo que en materia de menores de tenencia, visitas y alimentos, se contemplaría la mediación, siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia, en cambio, siete personas que corresponde el 23.4% no están de acuerdo que en materia de menores de tenencia, visitas y alimentos, se contemplaría la mediación, siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia.

Análisis:

El objeto de la transacción es poner fin al juicio existente, o prevenir un litigio futuro. En materia de menores de tenencia, visitas y alimentos, se contemplaría la mediación, siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia.

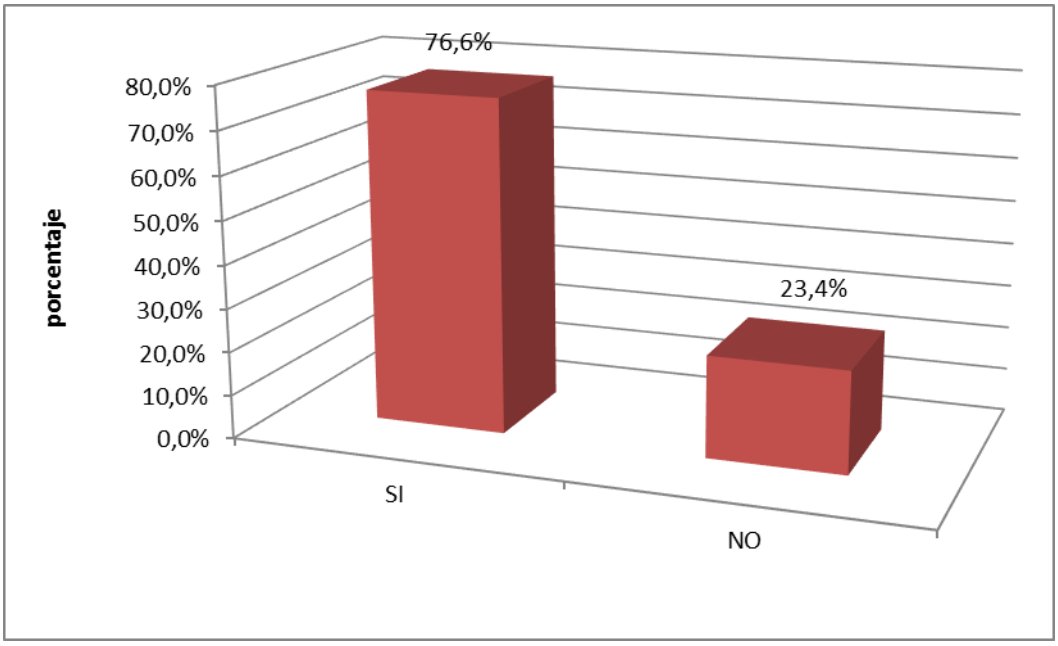
SEXTA PREGUNTA: **¿Cree usted para que no se vulneren derecho y garantías de la niñez y adolescencia y que los procesos sean transigibles la mediación debe aplicarse obligatoriamente previa a un juicio?**

CUADRO N° 6

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	23	76.6%
NO	7	23.4%
TOTAL	**30**	**100 %**

Autor: Wilfrido Leovigildo Rojas Arias
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional

GRÁFICO Nº 6



Interpretación:

En la sexta pregunta veintitrés encuestados que encierra el 76.6 % indicaron que para que no se vulneren derecho y garantías de la niñez y adolescencia y que los procesos sean transigibles la mediación debe aplicarse obligatoriamente previa a un juicio. En cambio siete personas que engloba el 23.4 % señalaron no estar de acuerdo para que no se vulneren derecho y garantías de la niñez y adolescencia y que los procesos sean transigibles la mediación debe aplicarse obligatoriamente previa a un juicio

Análisis:

Para que no se vulneren derecho y garantías de la niñez y adolescencia y que los procesos sean transigibles la mediación debe aplicarse obligatoriamente previa a un juicio

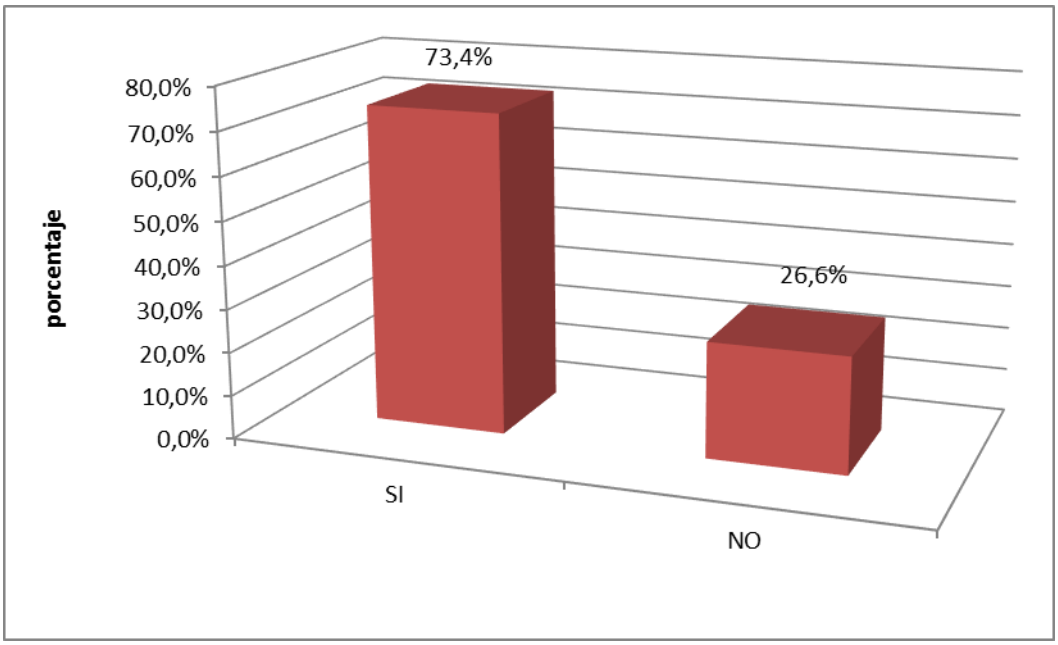
SÉPTIMA PREGUNTA: **¿Cree usted que la mediación en los proceso de la niñez y adolescencia permite descongestionar los juzgados del país y garantiza una pronta resolución de controversias sujetas a estos procesos?**

CUADRO N° 7

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	22	73.4%
NO	8	26.6%
TOTAL	**30**	**100 %**

Autor: Wilfrido Leovigildo Rojas Arias
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional

GRÁFICO Nº 7



Interpretación:

En la séptima pregunta veintidós personas que equivale el 73.4% expresaron estar de acuerdo que la mediación en los proceso de la niñez y adolescencia permite descongestionar los juzgados del país y garantiza una pronta resolución de controversias sujetas a estos procesos. En cambio ocho personas que engloba el 26.6% señalaron no estar de acuerdo que la mediación en los proceso de la niñez y adolescencia permite descongestionar los juzgados del país y garantiza una pronta resolución de controversias sujetas a estos procesos.

Análisis:

Lo que se plantea en esta investigación es crear una herramienta legal y práctica que permita descongestionar los juzgados del país, y garantizar una pronta resolución de las controversias que se susciten de los procesos de la niñez y adolescencia, evitando el detrimento de los derechos que le corresponde a cada sujeto.

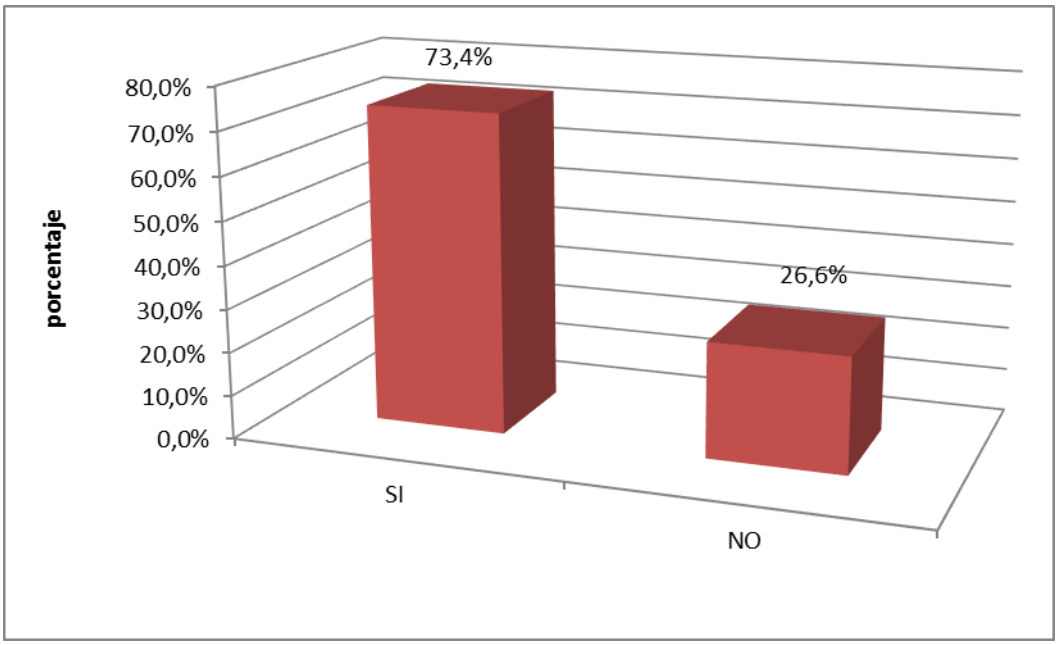
OCTAVA PREGUNTA: **¿Cree usted necesario proponer una reforma al Art. 294 del Código de la Niñez y Adolescencia, señalando la excepcionalidad de las materias que son transigibles en materia de menores?**

CUADRO N° 8

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	22	73.4%
NO	8	26.6%
TOTAL	**30**	**100 %**

Autor: Wilfrido Leovigildo Rojas Arias
Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional

GRÁFICO Nº 8



Interpretación:

En la última pregunta veintidós personas que equivale el 73.4% expresaron que es necesario proponer una reforma al Art. 294 del Código de la Niñez y Adolescencia, señalando la excepcionalidad de las materias que son transigibles en materia de menores. En cambio ocho personas que engloba el 26.6% señalaron que no es necesario proponer una reforma al Art. 294 del Código de la Niñez y Adolescencia, señalando la excepcionalidad de las materias que son transigibles en materia de menores

Análisis:

Es necesario que materias se puede transigir, que se utilice la mediación como medida alternativa a la solución de conflictos, la cual debe cumplir ciertos parámetros y preceptos para que puedan tener plena validez y sustanciarse de manera adecuada, estableciéndose el procedimiento como los actos administrativos que son sujetos a Arbitraje, los tiempos de Resolución los recursos que se pueden interponer, y en general una descripción detallada del proceso como tal.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

Objetivo General

- Realizar un estudio doctrinario, jurídico y semántico, sobre la transigibilidad mediante la mediación en los procesos de la niñez y adolescencia

Objetivos Específicos

- Analizar la naturaleza jurídica de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes señalados en el Código de la Niñez y Adolescencia.

- Determinar los mecanismos necesarios para la aplicación de la excepcionalidad de los derechos transigibles en materia de la niñez y adolescencia.

- Proponer una reforma al Art. 294 del Código de la Niñez y Adolescencia, señalando la excepcionalidad de las materias que son transigibles en materia de menores.

7.2. Contrastación de hipótesis

En materia de la niñez y adolescencia, no se permite la transigibilidad, salvo excepciones de ley, pero no se indica cuáles son las materias objeto de mediación, en la solución de controversias en los procesos de la niñez y

adolescencia, lo que se hace necesario cumplir ciertos parámetros y preceptos para que puedan tener plena validez y sustanciarse de manera adecuada, estableciéndose el procedimiento como los actos administrativos que son sujetos a Arbitraje y en general una descripción detallada del proceso como tal.

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

Para Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental sostiene que mediación es "*Participación secundaria en un negocio ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes o interesados, Apaciguamiento, real o intentado, en una controversia, conflicto o lucha, Facilitación de un contrato, presentando a las partes u opinando acerca de alguno de sus aspectos. Intervención. Conciliación. Complicidad. Proxenetismo*".[50]

La mediación generalmente presenta la peculiaridad de ser de creación facultativa decir que no hay una obligación jurídica. A pesar de ser este carácter facultativo una peculiaridad casi constante de aquella, se han dado algunas oportunidades en que se ha tratado de hacerla menos optativa, buscando darle posibilidades de mayor eficacia. Solamente habría obligatoriedad para la mediación en el caso de que las partes así lo hayan concertado; sin embargo, no desvirtúan la regla del carácter optativo, del pedido o del ofrecimiento de la mediación.

[50] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p. 253

La mediación deberá ser conducida en la manera convenida por las partes. Si es que las partes no hubieren hecho dicho acuerdo, el mediador puede, de acuerdo con estas reglas, determinar la manera en la cual la mediación debe ser conducida.

El Art. 190 de la Constitución de la República del Ecuador, indica que "*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."[51]

De acuerdo a esta disposición el arbitraje como procedimiento alternativo de resolución de conflictos reconocidos por la Constitución, debe en última instancia estar sometido al control de legalidad, que sólo lo puede ejercer las Cortes de Justicia.

La mediación y la conciliación son procesos alternativos para la composición de la litis. Cuando se tiene éxito en ellas, terminan en transacción

[51] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013, Art. 190

La transacción puede ser modo de extinguir la obligación, conforme el Art. 1583 numeral 4 del Código Civil; y una forma de terminar un litigio o precaver la iniciación de otro. El Art. 2348 del Código Civil define a la transacción de la siguiente manera: "*La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.*
No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa."[52]

A esta definición legal no pone presente el carácter bilateral del contrato, ya que falta la indicación de que debe haber concesiones recíprocas, por lo que debería añadirse la frase "haciéndose las partes concesiones o sacrificios recíprocos".

La transacción puede ser total o parcial. Es decir, comprender a toda la cuestión litigiosa o a todo el asunto que puede devenir en ella, o a alguna de sus partes. Puede constituir un título declarativo de derechos, que no constituyen nuevo título, o constitutivo. Al respecto, el Art. 718 inciso final del Código Civil prescribe:

"*Las transacciones, en cuanto se limitan a reconocer a declarar derechos preexistentes, no forman nuevo título; pero, en cuanto transfieren la propiedad de un objeto no disputado, constituyen un título nuevo*."[53]

[52] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 2348

A pesar de la aparente sencillez y claridad del precepto, apenas se lo examina con detenimiento, aparece que la transacción declarativa, de reconocimiento o declaración de derechos preexistentes, pero con la vocación de someterse a juicio, o ya la celebrada dentro de litigio, no presenta carácter meramente declarativo de la situación jurídica existente antes del arreglo, puesto que las concesiones recíprocas modifican el estatus anterior. Por ello, se llega a sostener que esa declaración supuestamente declarativa tiene más bien carácter constitutivo.

Esa clase de transacción que recae sobre un objeto disputado no tiene carácter traslativo, porque no es posible una transferencia sin certeza del derecho que se quiere transferir. Y no hay esa certeza del derecho cuando la litis y la transacción recaen sobre la posible o dudosa titularidad del derecho.

Estas disquisiciones parecerían que inducen a revelarse contra el texto expreso del último inciso del Art. 718 del Código Civil. La tesis señalada no quiere decir desconocimiento del derecho positivo; solo pretende buscar, a la luz de la razón, la verdadera naturaleza de la figura jurídica de que tratamos. Este análisis no se opone a que los preceptos legales tengan, en la práctica, que ser obedecidos como mandatos; pero nada más; es decir, sin atribuirles la calidad de dogmas de fe o de explicaciones inamovibles de los fenómenos.

[53] IBIDEM, Art. 718

El Art. 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala "*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 y definitivo, que ponga fin al conflicto*"[54].

Para someterse al procedimiento de mediación es condición Sine qua non que quienes se someten tengan la suficiente capacidad para transigir, para tener una mejor comprensión es necesario definir lo que es transigir, así el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual nos da el siguiente concepto: "Concluir una transacción, sobre lo que se estima justo, razonable o verdadero, para conciliar discrepancias, evitar un conflicto o poner término al suscitado, pero con la imprescindible circunstancia de que haya recíprocas concesiones y renuncias. Encontrar de mutuo acuerdo un medio que parta la diferencia en un trato o situación.

El Art. 44 de la Ley de Arbitraje y Mediación prescribe: "*La mediación podrá solicitarse a los Centros de Mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados.*

Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente Ley, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir.

[54] LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 43

El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder"[55].

Para que proceda la mediación, las partes o una de ellas que tenga interés en someter sus controversias a mediación, deben solicitar a los Centros de Mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados a fin de que procedan a facilitar las negociaciones de las partes en conflicto, en calidad de mediadores, petición que lo formularán por escrito, amparados en el convenio escrito de mediación; pero en el caso de no haber convenio escrito de mediación, las partes en litigio o una de ellas también pueden elevar la petición para someterse a la mediación, mediante escrito dirigido Centro de Mediación o al mediador independiente a fin de que presten su contingente mediador para la solución del conflicto.

Pueden acceder y someterse al procedimiento de mediación de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación y sin restricción alguna, las personas sean éstas naturales o jurídicas, y estas a su vez públicas o privadas, legalmente capaces para transigir.

En consecuencia todo ecuatoriano mayor de edad, 18 años, está en capacidad de acceder a la mediación y resolver sus conflictos y de igual manera los

[55] LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 44

extranjeros, ya que según la ley, no existe diferencia entre ecuatoriano y el extranjero en cuanto al goce de los derechos civiles, y uno de los derechos es acceder a la justicia y sin dilaciones.

Es importante comenzar señalando que el artículo 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación, dispone que la mediación podrá proceder: a) cuando exista la cláusula compromisoria en convenio suscrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación; b) a solicitud de las partes o de una de ellas; y, c) cuando el juez ordinario lo disponga en cualquier estado de la causa.

Téngase presente por el primer caso que la voluntad de las partes está dirigida a someter sus discrepancias a mediación por cláusula expresa del convenio, mientras que el literal b) señala el caso que no existe compromiso previo de someter sus diferencias a mediación, empero una o ambas partes solicitan directamente al Centro de Mediación que se instaure un proceso de mediación. De otro costado el literal c) señala el caso que sometido el conflicto en la judicatura, el juez de la causa disponga en cualquier estado de ésta, que se realice una audiencia de mediación.

El Art. 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación prescribe "L*a mediación podrá proceder: a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de*

imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación. El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales."[56]

Se someten a mediación y arbitraje los casos que son susceptibles de mediación, negociación o transacción, como asuntos familiares, inquilinato, laborales, de la niñez y adolescencia, de comercio, en materia de tránsito y penal cuando se refieren a reparaciones por daños y perjuicios de orden civiles.

De esta manera la mediación contribuye al descongestionamiento de los juzgados usando su herramienta del diálogo para la solución de conflictos en materia transigible.

Los jueces comunes, de conformidad con el artículo 46 literal a) de la Ley de Arbitraje y Mediación, están obligados a respetar el convenio escrito y firmado

[56] LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 46, literal a)

por las partes de someter a mediación las controversias que pudieran surgir de un acto jurídico como el caso de los contratos, sean laborales, de comercio, etc. por lo tanto no pueden ni tienen competencia para conocer demandas que versen sobre conflictos materia del convenio, salvo el caso de que exista acta de imposibilidad de acuerdo debidamente firmada o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación; tómese en cuenta entonces que es a partir del acta de imposibilidad de mediación o de la renuncia escrita de las partes en conflicto cuando el juez ordinario está facultado para conocer demandas que versen sobre materia del convenio y adquiere competencia para conocer la petición de una de las partes y citar a la otra, debiendo considerar, además, que si el acuerdo constante en el Acta de Mediación ha sido parcial, según consta en el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación, las partes pueden acudir a la justicia ordinaria y demandar el cumplimiento únicamente de las diferencias que no hayan sido parte del acuerdo, teniendo entonces competencia para conocer solamente lo que no se haya acordado, debiendo respetar en todo caso el acuerdo de las partes aunque éste sea parcial, sobre el cual nada podrá hacer el juez ordinario pudiendo conocer únicamente, tanto el acuerdo parcial como el total, para la ejecución del acuerdo en virtud de tener fuerza de sentencia ejecutoriada de última instancia y de cosa juzgada.

Héctor Echanique señala que "*La mediación es un proceso que no está reñida con la justicia ordinaria, por el contrario ésta acude en ayuda de la judicatura habitual, conociendo conflictos y mediando entre las partes en controversia y*

buscando la solución de problemas en materia transigible, tal el caso de los conflictos laborales, contractuales, de comercio, inquilinato, etc., descongestionando las causas que llegan a diario y en gran cantidad a la judicatura, esto sumado a la falta de juzgados sean estos comunes o especiales y al escaso número de personal en la función judicial, motivo por el cual se acumulan los procesos en los pocos juzgados que existen en comparación a la cantidad de conflictos y al constante aumento poblacional que existen en el país, por lo que no se dan abasto para satisfacer la demanda de las personas que acuden a los jueces comunes en busca de solución de los conflictos que se han generado por diversa índole."[57]

Los Centros de Mediación en consecuencia son entidades con plenas facultades que cuentan con la correspondiente autorización y registro del Consejo de la Judicatura, siendo éste uno de los requisitos para su funcionamiento, así lo dispone el artículo 52 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Los jueces comunes u ordinarios, están facultados para disponer en cualquier estado de la causa, puesta a su conocimiento, ya sea de oficio o a petición de parte, pase el proceso a un Centro de Mediación a fin de que se realice una audiencia de mediación en un centro, debidamente acreditado, a fin de que se solucione un conflicto mediante la firma del Acta de Mediación, si las partes lo aceptan, en caso de ser de oficio o si ellas la proponen de común acuerdo,

[57] ECHANIQUE, Héctor: La Mediación, p. 49, 50

caso contrario se seguirá sustanciado el proceso por la vía ordinaria hasta la solución definitiva del conflicto mediante sentencia, así lo dispone el artículo 46, literal c), de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Los jueces comunes al momento de calificar una demanda puesta a su conocimiento, deben revisar si existe o no convenio de mediación, caso de existir no podrán conocer dicha demanda, es decir no tendría competencia para conocer y sustanciar dicha causa, debiendo ordenar su archivo inmediato; pero también puede darse el caso de que no se apareje a la demanda el contrato, y se califique la misma por reunir los requisitos de la ley adjetiva civil, y se cite a la parte contraria, el demandado puede excepcionarse con la existencia de un convenio de mediación, en este caso los jueces no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia el convenio, salvo que exista acta de imposibilidad de acuerdo de mediación, otorgada por un Centro de Mediación o mediador independiente o renuncia voluntaria de las partes en forma expresa o en forma tácita cuando el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación.

8. CONCLUSIONES

PRIMERA: En los procesos de niñez y adolescencia existan acuerdo de mediación.

SEGUNDA: El Código de la Niñez y Adolescencia prohíba que en materia de derecho y garantías de la niñez y adolescencia se pueda transigir.

TERCERA: La Constitución señala que existen excepciones que se puede transigir en materia de derechos y garantías en la niñez y adolescencia, pero no señala cuales son estas excepciones.

CUARTA: En materia de menores, concretamente en tenencia, visitas y alimentos, cabe la solución de conflictos a través de la mediación.

QUINTA: En materia de menores de tenencia, visitas y alimentos, se contemplaría la mediación, siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia.

SEXTA: Para que no se vulneren derecho y garantías de la niñez y adolescencia y que los procesos sean transigibles la mediación debe aplicarse obligatoriamente previa a un juicio.

SÉPTIMA: La mediación en los proceso de la niñez y adolescencia permite descongestionar los juzgados del país y garantiza una pronta resolución de controversias sujetas a estos procesos.

OCTAVA: Es necesario proponer una reforma al Art. 294 del Código de la Niñez y Adolescencia, señalando la excepcionalidad de las materias que son transigibles en materia de menores.

9. RECOMENDACIONES

PRIMERA: Que la Comisión Especializada de la Asamblea Nacional analice que en los procesos de niñez y adolescencia existan acuerdo de mediación.

SEGUNDA: Que el Consejo de la Judicatura analice, lo establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia analice en que situaciones se prohíba que en materia de derecho y garantías de la niñez y adolescencia se pueda transigir.

TERCERA: Que el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, proponga en qué sentido se puede aplicar que la Constitución señala que existen excepciones que se puede transigir en materia de derechos y garantías en la niñez y adolescencia, y se señales cuáles son estas excepciones.

CUARTA: En materia de menores, concretamente en tenencia, visitas y alimentos, cabe la solución de conflictos a través de la mediación.

QUINTA: En materia de menores de tenencia, visitas y alimentos, se contemplaría la mediación, siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia.

SEXTA: A los abogados patrocinadores en procesos de la niñez y adolescencia, para que no se vulneren derecho y garantías de la niñez y adolescencia y que los procesos sean transigibles la mediación debe aplicarse obligatoriamente previa a un juicio.

SÉPTIMA: Al Consejo de la Judicatura establezca pautas para la mediación en los proceso de la niñez y adolescencia, ello permite descongestionar los juzgados del país y garantiza una pronta resolución de controversias sujetas a estos procesos.

OCTAVA: A la Asamblea Nacional reforme el Art. 294 del Código de la Niñez y Adolescencia, señalando la excepcionalidad de las materias que son transigibles en materia de menores.

9.1. Propuesta de reforma

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDOS

Que el Art. 190 de la Constitución de la República del Ecuador como medios alternativos de solución de conflictos 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.

Que el Art. 16 del Código de la Niñez y Adolescencia expresa que por su naturaleza, los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley.

Que el Art 16 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, jerárquicamente superior a la Ley de Arbitraje y Mediación, que textualmente declara: Por su naturaleza los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, INTRANSIGIBLES, salvo las excepciones de ley. Simplemente con la lectura de los artículos que se indican, sería suficiente argumento jurídico para

sostener que en materia de menores, concretamente en tenencia, visitas y alimentos, no cabe la solución de conflictos a través de la mediación.

Que el Art. 294 del Código de la Niñez y Adolescencia expresa l*a mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia.*

Que es necesario que materias se puede transigir, que se utilice la mediación como medida alternativa a la solución de conflictos, la cual debe cumplir ciertos parámetros y preceptos para que puedan tener plena validez y sustanciarse de manera adecuada, estableciéndose el procedimiento como los actos administrativos que son sujetos a Arbitraje, los tiempos de Resolución los recursos que se pueden interponer, y en general una descripción detallada del proceso como tal.

En uso de las facultades que le otorga el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

Art. 1.- A continuación del Art. 294 del Código de la Niñez y Adolescencia agréguese el siguiente inciso:

Está sujetas a mediación material como alimentos, tenencia y visitas; pero además, están sujetas a la mediación obligatoria previa a un juicio, la mediación es considerada una atapa prejudicial obligatoria, previa a someter las materias señaladas a la mediación.

ARTÍCULO FINAL: Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito de la República del Ecuador, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los ..... días del mes de ..... del 2015

f. LA PRESIDENTA f. LA SECRETARIA

10. BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA GALEAS, Luis Humberto: La tutela jurídica Constitucional del debido proceso, Editorial Jurídica del Ecuador, primera edición, Quito – Ecuador, 2013, p. 6, 7

- ALSINA, Hugo: Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo I, Ediar S.A., Buenos Aires, 1963, págs. 314

- BOBBIO, Norberto: Teoría General del Derecho, Editorial Temis, 1987, Bogotá – Colombia, p. 7

- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p. 85, 253

- CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 718, 1457, 1458, 1459, 1568, 1725, 2348, 2352, 2355, 2356, 2357, 2359, 2360, 2362

- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2014, Art. 16, 294

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 75, 97, 190

- ECHANIQUE CUEVA, Héctor: La Mediación, una alternativa de solución de conflictos en el Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito – Ecuador, 2011, p. 56, 60

- ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, p. 447, 497, 584

- GARCÍA FALCONÍ, José: Manual de Práctica Procesal Civil, sobre Las Medidas Cautelares en Materia Civil, Tomo I, Segunda Edición, Quito – Ecuador, 1997, p. 12

- GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Círculo Austral S.A., Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 43, 360

- JALKH ROBENS, Gustavo: Resolución Alternativa de conflictos, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, Quito – Ecuador, p. 13

- LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 43, 44, 45, 46, 56

- MNNOKIN R, KOLD D., RUBIN, J.: MEDIACIÓN UNA DISPUTA INTERDISCIPLINARIA, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997, Argentina, p. 129

- MONTERIO AROCA, Juan: Derecho Jurisdiccional, Tomo II Proceso Civil, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 208 y 209.

- PALOMINO VÉLEZ, Diego: La Oralidad en el Proceso Civil. El Nuevo Modelo Español, Librotecnia, Santiago, 2008, pág. 208

- PRADO VALLEJO, Julio: Documentos Básicos de Derechos Humanos, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1985, p. 65

- QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio: Teoría General del Proceso, Tomo II, Temis, Bogotá, 1995, pág. 143

- SALTOS ESPINOSA, Rodrigo: La conflictividad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, editorial Biblioteca Jurídica, Guayaquil – Ecuador, 2013, p. 102

- ZAVALA EGAS, Jorge: Lecciones de Derecho Administrativo, Editores EDILEX S.A., Primera Edición, Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 45

11. ANEXOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

Señor Abogado, sírvase contestar la siguientes preguntas que a continuación detallo relacionado con el tema "NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 294 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, EN RELACIÓN A ESTABLECER LA EXCEPCIONALIDAD DE LAS MATERIAS TRANSIGIBLES DE CONCILIACIÓN", su colaboración nos será de mucha ayuda en el desarrollo de la presente investigación.

1. ¿Está usted de acuerdo que en los procesos de niñez y adolescencia existan acuerdo de mediación?

Si ( ) No ( )

Por qué.....

.....

2. ¿Cree usted adecuado que el Código de la Niñez y Adolescencia prohíba que en materia de derecho y garantías de la niñez y adolescencia se pueda transigir?

Si ( ) No ( )

Por qué.....

.....

3. ¿La Constitución señala que existen excepciones que se puede transigir en materia de derechos y garantías en la niñez y adolescencia, conoce usted cuales son estas excepciones?

Si ( ) No ( )

Por qué.....

.....

4. ¿Cree usted, que en materia de menores, concretamente en tenencia, visitas y alimentos, cabe la solución de conflictos a través de la mediación?

Si ( ) No ( )

Por qué.....

.....

5. ¿Estima usted que en materia de menores de tenencia, visitas y alimentos, se contemplaría la mediación, siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia?

Si ( ) No ( )

Por qué.....

.....

6. ¿Cree usted para que no se vulneren derecho y garantías de la niñez y adolescencia y que los procesos sean transigibles la mediación debe aplicarse obligatoriamente previa a un juicio?

Si ( ) No ( )

Por qué.....

.....

7. ¿Cree usted que la mediación en los proceso de la niñez y adolescencia permite descongestionar los juzgados del país y garantiza una pronta resolución de controversias sujetas a estos procesos?

Si ( ) No ( )

Por qué.....

.....

8. ¿Cree usted necesario proponer una reforma al Art. 294 del Código de la Niñez y Adolescencia, señalando la excepcionalidad de las materias que son transigibles en materia de menores?

Si ( ) No ( )

Por qué.....

.....

ÍNDICE

PORTADA	i
CERTIFICACIÓN	ii
AUTORÍA	iii
CARTA DE AUTORIZACION	iv
AGRADECIMIENTO	v
DEDICATORIA	vi
TABLA DE CONTENIDOS	vii
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN	2
2.1. Abstract.	5
3. INTRODUCCIÓN	7
4. REVISIÓN DE LITERATURA	9
4.1. MARCO CONCEPTUAL	9
4.1.1. Mediación	9
4.1.2. Litigio	11
4.1.3. Procesos	11
4.1.4. Derechos	12
4.1.5. Garantías	13
4.1.6. Niños, niña y adolescente	14
4.1.7. Intransigible	15
4.1.8. Excepciones	15
4.1.9. Medida alternativa	16

4.1.10. Solución de conflictos 17

4.2. MARCO DOCTRINARIO 18

4.2.1. Derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes 18

4.2.2. Mecanismos necesarios para la aplicación de excepciones de los derechos transigibles en materia de la niñez y adolescencia. 20

4.3. MARCO JURIDICO 26

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador 26

4.3.2. Código de la Niñez y Adolescencia 28

4.3.3. Ley de Arbitraje y Mediación 30

4.3.4 Código Civil 36

5. MATERIALES Y MÉTODOS 49

6. RESULTADOS 52

6.1. Análisis e interpretación de la encuesta 52

7. DISCUSIÓN 68

7.1. Verificación de objetivos 68

7.2. Contrastación de hipótesis 68

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma 69

8. CONCLUSIONES 80

9. RECOMENDACIONES 82

9.1. Propuesta de reforma 84

10. BIBLIOGRAFÍA 87

11. ANEXOS 90

ÍNDICE 93