

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS
CRITERIO NO VINCULANTE

REMITENTE: PRESIDENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA

OFICIO: 33-2021-P-CPJP-YG

FECHA: 10 DE FEBRERO DE 2021

MATERIA: FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

TEMA: EJECUCIÓN DE UN ACTA DE MEDIACIÓN SOBRE LA TENENCIA DE UN MENOR DE EDAD

CONSULTA:

¿Procede en los centros de mediación tanto públicos como privados, que se resuelva sobre la tenencia de una niña, niño o adolescentes? ¿Cómo se procede al recibir las actas de mediación para su ejecución?

FECHA DE CONTESTACIÓN: 29 DE DICIEMBRE DE 2021

NO. OFICIO: 1165-P-CNJ-2021

RESPUESTA A LA CONSULTA. -

Código de la Niñez y Adolescencia:

Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

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

Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas. (...) 1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija. (...) La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo

de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral. (...).

Art. 118.- Procedencia.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso anterior.

Art. 119.- Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia.- Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia.

Si se trata del cambio de tenencia, se lo hará de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el Juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores.

Art. 120.- Ejecución inmediata.- Las resoluciones sobre tenencia se cumplirán de inmediato, debiendo recurrirse al apremio personal y al allanamiento del domicilio en que se presume se encuentra el niño, niña o adolescente, si ello es necesario. No se reconocerá fuero alguno que impida o dificulte el cumplimiento de lo resuelto.

Ley de Arbitraje y Mediación:

Art. 43.- 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.

Art. 45.- 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.

Art. 46.- La 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;

Art. 47.- El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo. (...) En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador. (...) En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del Código de la Niñez y Adolescencia y otras leyes relativas a los fallos en estas materias. (...).

Art. 53.- Los centros de mediación que se establecieron deberán contar con una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo para las audiencias.

Código Orgánico General de Procesos:

Artículo 363.- Títulos de ejecución. Son títulos de ejecución los siguientes. (...) 3. El acta de mediación. (...).

Art. 364.- Facultades de la o del juzgador y de las partes. La ejecución se circunscribirá a la realización o aplicación concreta de lo establecido en el título de ejecución.

Las partes actuarán en plano de igualdad, pero se limitarán exclusivamente al control del cumplimiento del título de ejecución, conforme con la ley.

ANÁLISIS

El Código de la Niñez y Adolescencia, establece que el interés superior del niño, es un principio de interpretación de la ley, no se podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña y adolescente, que estén en condiciones de hacerlo, con el fin de imponer a todas las autoridades administrativas, judiciales, instituciones públicas y privadas el deber de ajustar sus decisiones y acciones, para mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga para la realización de sus derechos y garantías.

El Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia expresa que para confiar la patria potestad, se regirá por las 6 reglas previstas en ese presente artículo, casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, que habla que cuando se consiente la adopción se pierde la patria potestad, ahora bien el Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia señala que para la procedencia de la tenencia, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, y cuando exista ya un conflicto de intereses por la tenencia, el juez confiara su cuidado y crianza a uno de los progenitores, conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, y si habla de la presencia del juez o jueza, es porque ya estamos delante un proceso judicial, que inicio por la exigencia total de la tenencia del niño, niña o adolescente, considerada por una las reglas establecidas en el art. 106 ibídem, porque de oficio no podría actuar el operador de justicia, es decir existe controversia en torno al cuidado y crianza del sujeto protegido de derecho.

Ley de Arbitraje y Mediación, denomina a la mediación como un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asisten ante un tercero neutral y procuran un acuerdo voluntario, la mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo, estos centros de mediación autorizados sean estos públicos o privados, deberán contar con una sede

dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios, para apoyo de las audiencias.

Referente a los temas de menores y alimentos, el acuerdo de mediación, será susceptible de revisión por las partes, de conformidad con el Código de la Niñez y Adolescencia y otras leyes relativas a esta materia, es por eso cuando conste el acuerdo mediante el acta de mediación, tiene efecto de sentencia ejecutoriada, cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.

Es por eso que en caso no cumplimiento y ejecución serán competentes de conocer estas causas las juezas y jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia de conformidad a lo que establecen los artículos 363 y 364 del Código Orgánico General de Procesos.

ABSOLUCIÓN

Los centros de mediación públicos como privados podrán conocer y atender exclusivamente los acuerdos voluntarios extrajudiciales y existentes entre ellos referente al tema del cuidado y crianza del niño, niña y adolescente, del progenitor que tendrá la tenencia, de acuerdo a lo establecido en el art. 106, n° 1 del Código de la Niñez y Adolescencia, indistintamente de que en la audiencia de mediación se escuche y oiga, por parte del equipo técnico con el que están obligados contar los centros de mediación, la opinión del niño, niña y adolescente, en caso de no cumplimiento y ejecución del acta de acuerdo de mediación, será competencia de las juezas y jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia, siempre que se active mediante proceso judicial de ejecución de acta de mediación como lo establece el COGEP en su art. 363.