



UNIVERSIDAD INDOAMÉRICA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL Y LITIGACIÓN ORAL

TEMA:

**“TENENCIA EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y SU
ADMISIBILIDAD EN PROCESOS DE MEDIACION Y ARBITRAJE”**

Trabajo de Titulación previo a la obtención del título de Magister en Derecho Procesal y
Litigación Oral

Autora:

Ab. Lina Gissela Plasencia Jami

Tutor:

Dr. Mgs Salazar Orozco Ricardo Hernan

AMBATO – ECUADOR.

2026

**AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA,
REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA
DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

Yo, Lina Gissela Plasencia Jami, declaro ser autora del Trabajo Titulación con el nombre **“TENENCIA EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y SU ADMISIBILIDAD EN PROCESOS DE MEDIACION Y ARBITRAJE”** como requisito para optar al grado de Maestría en Derecho Procesal y Litigación Oral, autorizo al Sistema de Biblioteca de la Universidad Indoamérica, para que con fines netamente académico divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI-UTI).

Los usuarios del RDI-UTI podrán consultar el contenido de este trabajo en las redes de información del país y del exterior, con las cuales la Universidad tenga convenio. La Universidad Indoamérica no se hace responsable por el plagio o copia del contenido parcial o total de este trabajo.

Del mismo modo, acepto que los Derechos de Autor, Morales y Patrimoniales, sobre esta obra, serán compartidos entre mi persona y la Universidad Indoamérica, y que no tramitare la publicación de esta obra en ningún otro medio, sin autorización expresa de la misma. En caso de que exista el potencial de generación de beneficios económicos o patentes, producto de este trabajo, acepto que se deberán firmar convenios específicos adicionales, donde se acuerden los términos de adjudicación de dichos beneficios.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Ambato, a los 19 días del mes de mayo de 2026, firmo conforme:

Autora: Lina Gissela Plasencia Jami

Firma:

Número de Cédula: 0502953904

Dirección: Cotopaxi, Salcedo, Barrio La Palmira

Correo Electrónico: linaplasenciajami@gmail.com

Teléfono: 0998925829

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación **“TENENCIA EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y SU ADMISIBILIDAD EN PROCESOS DE MEDIACION Y ARBITRAJE”** presentado por Lina Gissela Plasencia Jami, para optar por el Título de Maestría en Derecho Procesal y Litigación Oral.

CERTIFICO

Que dicho Trabajo de Titulación ha sido revisado en todas sus partes y considero que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte los Examinadores que se designe.

Ambato, 19 de mayo del 2026

Dr. Mg. Ricardo Hernán Salazar Orozco

DIRECTOR

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Quien suscribe, declaro que los contenidos y los resultados obtenidos en el presente Trabajo de Titulación, como requerimiento previo para la obtención del Título de Maestría en Derecho Procesal y Litigación Oral, son absolutamente originales, auténticos y personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor.

Ambato, 19 de mayo del 2026

Ab. Lina Gissela Plasencia Jami

C.C. 0502953904

AUTORA

APROBACIÓN DE LECTORES

El Trabajo Titulación ha sido revisado, aprobado y autorizada su impresión y empastado, sobre el tema: **“TENENCIA EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y SU ADMISIBILIDAD EN PROCESOS DE MEDIACION Y ARBITRAJE”** previo a la obtención del Título en Maestría en Derecho Procesal y Litigación Oral, reúne los requisitos de fondo y de forma para que el estudiante pueda presentar a la sustentación del Trabajo Titulación.

Ambato, 19 de mayo del 2026

Ab. Mg. Acosta Gavilanez Viviana Jackeline
PRESIDENTA DE TRIBUNAL

Ab. Mg. Villalva Fonseca David Gonzalo
EXAMINADOR

Ab. Mg. Salazar Orozco Ricardo Hernán
DIRECTOR

DEDICATORIA

A mi pequeña familia, mi mayor fortaleza. A mis amados padres Jorge Plasencia y Celia Jami, quienes, con su amor incondicional, sacrificio, apoyo han estado presentes en cada etapa de mi vida, enseñándome a perseguir mis sueños. A mi hermana pequeña Eimy Plasencia, por su cariño, compañía y por ser una razón constante para seguir adelante y convertirme en un ejemplo para su vida académica, una guía que le recuerde que nunca debe renunciar a sus sueños y sobre todo doy infinitas gracias a Dios, por bendecir mi camino, sostenerme cada día y permitirme alcanzar este logro. Por ello con profundo amor y gratitud dedico el presente Artículo Científico a mi pequeña familia de cuatro.

AGRADECIMIENTO

Agradezco profundamente a Dios por las innumerables bendiciones recibidas, por concederme salud y fortaleza y la dicha de contar con la presencia de mis padres, pilares fundamentales en mi vida, quienes con su amor y apoyo incondicional han sido parte de este gran logro. Así mismo un especial agradecimiento a mi hermana menor, con el sincero deseo de que continúe persiguiendo sus sueños y alcance grandes éxitos en su vida académica y profesional.

Al mismo tiempo, agradecer a la Universidad Tecnología Indoamérica, a cada profesional que ha compartido sus conocimientos, en especial al Dr. Mg. Ricardo Hernán Salazar Orozco, por su valiosa orientación, dedicación, tiempo y paciencia, cualidades que ayudaron a culminar exitosamente el presente artículo científico.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Portada	1
Autorización Por Parte Del Autor Para La Consulta, Reproducción Parcial O Total, Y Publicación Electrónica Del Trabajo De Titulación.....	2
Aprobación del Tutor y Certificado.....	3
Declaración de Autenticidad.....	4
Aprobación de Lectores	5
Dedicatoria	6
Agradecimiento.....	7
Índice de Contenidos.....	8
Resumen	10
Abstract	11
Introducción	12
Desarrollo.....	14
1. El Interés Superior Del Niño Como Principio Rector Del Derecho De Familia Ecuatoriano.....	14
1.1 Evolución histórica del principio y su reconocimiento internacional (Convención Sobre los Derechos del Niño, Observación General n.º 14).....	14
1.2 Desarrollo constitucional en el Ecuador (art. 44 CRE) y su interpretación por la Corte Constitucional.....	15
1.3. Aplicación del interés superior del niño en los procesos de familia, con especial referencia a la tenencia.....	16
1.4. La motivación reforzada y el derecho del niño a ser escuchado como garantías de efectividad del principio.....	17
2. Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	18
2.1. Conceptualización de los MASC y su reconocimiento constitucional.....	18
2.2. Desarrollo normativo en la Ley de Arbitraje y Mediación y en el Código Orgánico General de Procesos.....	19
2.3. Ventajas y principios de la mediación familiar: celeridad, consenso y confidencialidad.....	20
2.4. Diferencias sustantivas entre mediación y arbitraje.....	21
3. LÍMITES JURÍDICOS DE LA MEDIACIÓN Y LA INADMISIBILIDAD DEL ARBITRAJE EN CONFLICTOS DE TENENCIA.....	22
3.1 La naturaleza indisponible de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.....	22
3.2 El rol del juez de familia en la homologación de acuerdos de mediación.....	24
3.3 Inaplicabilidad del arbitraje por involucrar derechos de terceros sin capacidad de ejercicio.....	25
3.4 Jurisprudencia y doctrina nacional sobre la no arbitrabilidad de los derechos de la niñez.....	27
4. LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO COMPLEMENTARIO EN LOS PROCESOS DE TENENCIA: CONTROL JUDICIAL Y GARANTÍAS DE PROTECCIÓN.....	28

4.1 Criterios jurisprudenciales sobre la validez de la mediación en conflictos de familia.....	29
4.2 El control judicial como salvaguarda del interés superior.....	30
4.3 Experiencias comparadas (Colombia, Chile y España) sobre mediación familiar con control estatal.....	31
4.4 Recomendaciones para fortalecer la mediación en el ámbito familiar ecuatoriano.....	32
Discusión.....	33
Conclusiones.....	34
Referencias Bibliograficas.....	35

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS****MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL Y LITIGACIÓN ORAL**

TEMA: “LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL: SU ADMISIBILIDAD Y VALORACIÓN”

AUTOR: Ab. LINA GISSELA PLASENCIA JAMI

TUTOR: Dr. Mg. RICARDO HERNÁN SALAZAR OROZCO

RESUMEN

El presente estudio analiza la validez constitucional de la mediación en procesos de tenencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a partir de la tensión existente entre la promoción de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (art. 190 de la CRE) y el modelo de protección reforzada de niñas, niños y adolescentes consagrado en el artículo 44 del mismo cuerpo normativo. La investigación parte del reconocimiento del interés superior del niño como principio rector del Derecho de Familia y como parámetro de validez de toda decisión que incida en su desarrollo integral. Mediante un análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal, se examinan los límites materiales de la mediación y la inadmisibilidad del arbitraje en conflictos de tenencia, considerando la naturaleza indisponible de los derechos de la niñez. Se identifican las ventajas procedimentales de la mediación (celeridad, consenso y confidencialidad), pero se sostiene que estas no constituyen criterios autónomos de legitimación cuando se encuentran comprometidos derechos fundamentales. El estudio concluye que la mediación en procesos de tenencia es constitucionalmente admisible únicamente bajo control judicial sustantivo, con motivación reforzada y garantía del derecho del niño a ser escuchado. En contraste, el arbitraje resulta estructuralmente incompatible con este tipo de controversias. Se afirma, en consecuencia, que la mediación puede operar como mecanismo complementario del proceso judicial, pero nunca como sustituto del control jurisdiccional exigido por el principio del interés superior del niño.

Palabras clave

Interés superior del niño; mediación familiar; tenencia; métodos alternativos de solución de conflictos; control judicial; derechos de la niñez; no arbitrabilidad.

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

FACULTY OF JURISPRUDENCE AND POLITICAL SCIENCE

Master's Degree in Procedural Law and Oral Litigation

AUTHOR: PLASENCIA JAMI LINA GISSELA

TUTOR: MG. SALAZAR OROZCO RICARDO HERNAN

THEME

ADMISSIBILITY OF CUSTODY PROCEEDINGS INVOLVING CHILDREN AND ADOLESCENTS IN MEDIATION AND ARBITRATION PROCESSES

ABSTRACT

This study analyzes the constitutional validity of mediation in custody proceedings within the Ecuadorian legal system, based on the tension between the promotion of Alternative Dispute Resolution methods (Article 190 of the Constitution of the Republic of Ecuador) and the model of enhanced protection for children and adolescents enshrined in Article 44 of the same legal framework. The research begins with the recognition of the best interests of the child as a guiding principle of Family Law and as a parameter for the validity of any decision that affects their comprehensive development. Through a normative, jurisprudential, and doctrinal analysis, this study examines the material limits of mediation and the inadmissibility of arbitration in custody disputes, considering the inalienable nature of children's rights. It identifies the procedural advantages of mediation (speed, consensus, and confidentiality) but argues that these do not constitute independent criteria for legitimacy when fundamental rights are at stake. The study concludes that mediation in custody proceedings is constitutionally admissible only under substantive judicial oversight, with enhanced justification and a guarantee of the child's right to be heard. In contrast, arbitration is structurally incompatible with this type of dispute. It is therefore argued that mediation can operate as a complementary mechanism to the judicial process, but never as a substitute for the judicial oversight required by the principle of the best interests of the child.

KEYWORDS: alternative dispute resolution methods, best interests of the child, children's rights, custody, family mediation, judicial oversight, non-arbitrability.



INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, los sistemas jurídicos contemporáneos han promovido la incorporación de mecanismos alternativos de solución de conflictos como respuesta a la sobrecarga judicial y a la necesidad de ofrecer soluciones más ágiles y menos adversariales. Esta tendencia ha impactado de manera significativa en el derecho de familia, ámbito en el que la naturaleza relacional de los conflictos exige respuestas que trasciendan la lógica estrictamente contenciosa. Sin embargo, la expansión de estos mecanismos plantea desafíos relevantes cuando su aplicación involucra derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes.

En este contexto, la mediación ha sido incorporada como instrumento de gestión colaborativa de conflictos familiares, incluso en sede administrativa, bajo el argumento de que favorece el diálogo y permite construir acuerdos ajustados a las particularidades de cada familia. No obstante, dicha justificación resulta insuficiente cuando se trata de procesos de tenencia, en los cuales no solo se confrontan intereses de los progenitores, sino que se define el entorno de cuidado, desarrollo y protección de personas menores de edad. La aparente neutralidad procedimental de la mediación se ve tensionada por la exigencia de garantizar estándares reforzados derivados del principio del Interés Superior del Niño.

El problema que motiva esta investigación radica en la incertidumbre jurídica respecto de la validez, eficacia y control de las actas de mediación emitidas en procesos administrativos de tenencia. En la práctica, estas actas adquieren efectos jurídicos relevantes, ya sea como instrumentos ejecutables, antecedentes administrativos o documentos que influyen en decisiones judiciales posteriores. Sin embargo, no siempre existe claridad normativa acerca de los límites materiales de los acuerdos alcanzados ni de los criterios sustantivos que deben orientar su evaluación, especialmente cuando pueden verse comprometidos derechos indisponibles de los menores involucrados.

Esta situación se agrava por la falta de un desarrollo normativo y jurisprudencial sistemático que delimite el alcance de la mediación en materia de tenencia. Aunque los ordenamientos reconocen expresamente el principio del Interés Superior del Niño como eje rector de toda decisión que les concierna, en la práctica administrativa su invocación suele ser genérica, sin traducirse en parámetros concretos de control sobre el contenido de las actas de mediación. Ello genera un espacio de discrecionalidad que puede dar lugar

a acuerdos formalmente consensuados, pero materialmente incompatibles con los estándares de protección integral que el ordenamiento impone.

En este escenario se identifica un vacío jurídico consistente en la ausencia de criterios claros respecto de: a) la naturaleza jurídica de las actas de mediación en procesos administrativos de tenencia; b) los límites de la autonomía de la voluntad de los progenitores en este tipo de acuerdos; y c) los mecanismos de control sustantivo necesarios para verificar su compatibilidad con el Interés Superior del Niño. La inexistencia de lineamientos uniformes afecta la coherencia del sistema y compromete la seguridad jurídica, al permitir interpretaciones disímiles por parte de las autoridades administrativas encargadas de validar o ejecutar dichos acuerdos.

Asimismo, el debate sobre los métodos alternativos en el derecho de familia ha estado marcado por imprecisiones técnicas, como la equiparación acrítica entre mediación y arbitraje. Tal asimilación resulta jurídicamente incorrecta. El arbitraje, por su naturaleza decisoria y vinculante, se circunscribe a materias transigibles, esto es, aquellas en las que las partes pueden disponer libremente de sus derechos. En consecuencia, su admisibilidad queda excluida en controversias relativas a la tenencia, que involucran derechos indisponibles y un interés público reforzado en la protección de la niñez.

La mediación, por el contrario, se fundamenta en la facilitación del diálogo y la construcción conjunta de acuerdos. Sin embargo, su admisibilidad en procesos de tenencia no implica una habilitación irrestricta para que los progenitores dispongan libremente sobre derechos del niño. En este ámbito, la mediación debe concebirse como un procedimiento condicionado, sujeto a límites materiales estrictos y a un control sustantivo que garantice la compatibilidad de los acuerdos con el principio del Interés Superior del Niño. Confundir esta distinción debilita el rigor conceptual y puede propiciar prácticas institucionales contrarias al orden público familiar.

La investigación se orienta, por tanto, a examinar críticamente el uso de la mediación administrativa en procesos de tenencia, centrándose en la tensión entre la autonomía de la voluntad de los progenitores y la obligación estatal de protección reforzada de los derechos de los menores. La cuestión central consiste en determinar si las actas de mediación, tal como se producen y validan actualmente, constituyen instrumentos idóneos para garantizar el Interés Superior del Niño o si, por el contrario, trasladan la responsabilidad decisoria a los adultos sin un control efectivo de su impacto en la esfera jurídica del menor.

La relevancia del problema no es únicamente teórica. La ausencia de criterios claros sobre la validez de las actas de mediación puede generar escenarios de inseguridad jurídica, en los que acuerdos administrativos son posteriormente cuestionados en sede judicial, prolongando el conflicto y afectando la estabilidad del niño. Asimismo, la falta de estándares uniformes dificulta la labor de los operadores administrativos, quienes deben resolver situaciones complejas sin un marco interpretativo suficientemente definido.

Desde el punto de vista metodológico, el estudio adopta un método deductivo con enfoque cualitativo. Se parte de los principios generales del derecho de familia, del marco constitucional de protección de la niñez y de la regulación de los métodos alternativos de solución de conflictos, para analizar su aplicación concreta en los procesos administrativos de mediación en materia de tenencia. Este enfoque permite identificar vacíos regulatorios y contradicciones entre el diseño normativo y la práctica institucional.

En definitiva, la investigación busca no solo evidenciar deficiencias, sino proponer criterios jurídicos que fortalezcan la seguridad jurídica en sede administrativa, estableciendo límites materiales claros y mecanismos de control sustantivo que aseguren la primacía efectiva del Interés Superior del Niño en los procesos de mediación sobre tenencia.

DESARROLLO

1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO PRINCIPIO RECTOR DEL DERECHO DE FAMILIA ECUATORIANO.

1.1 Evolución histórica del principio y su reconocimiento internacional (Convención Sobre los Derechos del Niño, Observación General n.º 14).

El principio del interés superior del niño surge como resultado de la transformación del paradigma jurídico de la niñez, que pasó de concebir al menor como objeto de tutela a reconocerlo como sujeto pleno de derechos. En los modelos tradicionales, predominaba una visión adultocéntrica en la que la patria potestad estructuraba la organización familiar, subordinando las necesidades individuales del niño a la autoridad de los progenitores y al orden familiar (Cillero Bruñol, 2007).

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, impulsó un cambio estructural en esta concepción. La Declaración de los Derechos del Niño introdujo la idea de que el bienestar del menor

debía orientar la actuación estatal (Organización de las Naciones Unidas ONU, 1959). No obstante, fue la Convención sobre los Derechos del Niño la que otorgó carácter vinculante al principio, estableciendo en su artículo 3 que en todas las medidas concernientes a niños deberá atenderse primordialmente a su interés superior (ONU, 1989).

El Comité de los Derechos del Niño profundizó esta noción en la Observación General N.º 14, al reconocerle una triple dimensión: derecho sustantivo, principio interpretativo y regla de procedimiento (Comité de los Derechos del Niño, 2013). Esta última impone a las autoridades la obligación de motivar de manera expresa las decisiones que afecten a menores, mediante una evaluación individualizada que considere su edad, entorno y necesidades específicas.

Así, el interés superior del niño no constituye una cláusula abstracta, sino un parámetro jurídico obligatorio que condiciona la interpretación normativa y limita la autonomía privada en asuntos familiares. Este estándar internacional constituye el fundamento sobre el cual se estructura su recepción constitucional en el ordenamiento.

1.2 Desarrollo constitucional en el Ecuador (art. 44 CRE) y su interpretación por la Corte Constitucional

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 consolidó el principio del interés superior del niño como eje rector del sistema de protección integral. El artículo 44 establece que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar prioritariamente el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes, asegurando la prevalencia de sus derechos sobre los de las demás personas (Constitución de la República del Ecuador CRE, 2008, art. 44).

Este mandato no constituye una directriz meramente programática, sino una obligación jurídica vinculante. En esa línea, la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que el interés superior del niño obliga a las autoridades administrativas y judiciales a adecuar sus decisiones para asegurar su cumplimiento efectivo, lo que demanda atender a las circunstancias concretas de cada niño, niña o adolescente (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 785-20-JP/22, 2022, párrs. 77-79). Por ello, la sola invocación retórica del principio no satisface el estándar constitucional si la decisión no demuestra, de manera objetiva, cómo tutela el desarrollo integral del menor.

En consecuencia, toda autoridad administrativa o judicial debe justificar, con base en elementos objetivos, que la decisión adoptada responde a una evaluación

individualizada y prioriza los derechos del niño frente a intereses contrapuestos. Esta exigencia adquiere especial relevancia en procesos de tenencia y en escenarios de mediación administrativa, donde la autonomía de los progenitores encuentra límites materiales en la protección constitucional reforzada de la niñez.

De este modo, el desarrollo constitucional ecuatoriano no solo incorpora los estándares internacionales, sino que impone un deber estricto de control sustantivo sobre cualquier acuerdo o decisión que pueda incidir en la esfera jurídica de niñas, niños y adolescentes, reforzando la coherencia del sistema de protección integral.

1.3. Aplicación del interés superior del niño en los procesos de familia, con especial referencia a la tenencia.

La aplicación del principio del interés superior del niño en los procesos de familia constituye un ámbito de elevada complejidad constitucional, debido a que las decisiones adoptadas inciden directamente en el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes. En los procesos de tenencia, esta incidencia es particularmente intensa, pues se define el entorno afectivo, social y material en el que el menor ejercerá sus derechos fundamentales.

El artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce al interés superior del niño como un principio de aplicación prevalente frente a los derechos de las demás personas y establece el deber del Estado, la sociedad y la familia de asegurar su desarrollo integral (CRE, 2008, art. 44). Desde esta perspectiva, se trata de una norma de eficacia directa y contenido vinculante, cuya observancia resulta exigible en toda actuación pública o privada que pueda afectar los derechos de niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, su operatividad se traduce en un parámetro de validez material de las decisiones judiciales y administrativas.

Sobre esta base, la Corte Constitucional del Ecuador ha precisado que la aplicación del interés superior del niño exige una motivación reforzada, construida a partir de un examen concreto de las circunstancias particulares de cada niño, niña o adolescente y de una justificación razonada acerca de la idoneidad y necesidad de la medida adoptada (Corte Constitucional del Ecuador, 2022, Sentencia No. 785-20-JP/22, párrs. 77-79). De ello se sigue que la mera referencia retórica al principio no basta para satisfacer las exigencias constitucionales, pues es indispensable demostrar, con argumentos verificables, que la decisión efectivamente tutela su bienestar y desarrollo integral.

Sin embargo, esta exigencia tiende a debilitarse en los procedimientos administrativos de mediación especialmente en arbitraje en materia de tenencia. En la práctica, las actas de mediación suelen limitarse a reflejar el acuerdo entre progenitores, sin incorporar una fundamentación que permita verificar si el contenido del acuerdo responde sustantivamente al interés superior del menor. Esta situación genera una tensión estructural entre la autonomía de la voluntad de los adultos y la naturaleza indisponible de los derechos de la niñez.

La ausencia de motivación expresa, de evaluación individualizada y de control jurisdiccional sistemático sobre estas actas plantea interrogantes respecto de su compatibilidad con el modelo constitucional de protección integral. En este contexto, resulta necesario examinar si los estándares argumentativos exigidos en sede jurisdiccional se proyectan también sobre la mediación administrativa, cuestión que conduce al análisis de la motivación reforzada y del derecho del niño a ser escuchado como garantías de efectividad del principio.

1.4. La motivación reforzada y el derecho del niño a ser escuchado como garantías de efectividad del principio.

La eficacia del interés superior del niño depende de su operatividad concreta en los procedimientos que lo involucran. En este contexto, la motivación reforzada y el derecho a ser escuchado constituyen garantías estructurales que transforman el principio en un estándar exigible de racionalidad jurídica.

La Corte Constitucional del Ecuador ha precisado que el interés superior del niño posee una dimensión procedimental que obliga a las autoridades a incorporar una evaluación prospectiva de las posibles repercusiones, positivas o negativas, de sus decisiones sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes (Corte Constitucional del Ecuador, 2022, Sentencia No. 785-20-JP/22, párr. 78). En ese sentido, su aplicación no se satisface con una invocación abstracta del principio, sino que exige una justificación expresa y contextualizada sobre la forma en que la decisión adoptada tutela efectivamente el interés superior en el caso concreto (Corte Constitucional del Ecuador, 2022, Sentencia No. 785-20-JP/22, párrs. 78-79).

En la Sentencia No. 239-17-EP/22, el máximo órgano de control constitucional determinó que la entrega inmediata de menores sin análisis individualizado vulneró el principio, al omitirse la valoración de factores psicoemocionales y contextuales relevantes (Corte Constitucional del Ecuador, 2022). La decisión estableció que la

motivación debe evidenciar el proceso de ponderación efectuado y no limitarse a referencias genéricas.

La motivación reforzada implica, por tanto: a) análisis concreto del entorno familiar; b) identificación de eventuales riesgos; c) valoración de informes técnicos; y d) explicitación de la ponderación realizada. La ausencia de estos elementos configura un déficit constitucional.

De manera complementaria, el derecho del niño a ser escuchado, reconocido en el artículo 45 de la Constitución y en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, constituye una garantía sustantiva del debido proceso (Naciones Unidas, 1989). El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la participación del menor debe ser efectiva y acorde con su grado de madurez, integrando su opinión en la decisión final (Comité de los Derechos del Niño, 2013).

La omisión de esta garantía impide una valoración completa de las circunstancias del caso y afecta la legitimidad de la resolución adoptada. En consecuencia, la escucha efectiva no es un acto formal, sino un componente esencial del análisis constitucional del interés superior.

En síntesis, la motivación cualificada y la participación del niño operan como condiciones de validez de las decisiones en materia de tenencia. Sin ellas, el principio rector pierde densidad normativa y se transforma en una cláusula meramente declarativa, incompatible con el modelo constitucional de protección integral.

2. Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

2.1. Conceptualización de los MASC y su reconocimiento constitucional

Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) constituyen mecanismos jurídicos orientados a resolver controversias mediante procedimientos distintos a la jurisdicción ordinaria. Su finalidad es facilitar soluciones ágiles y consensuadas, promoviendo la descongestión judicial y el fortalecimiento de una cultura de diálogo. No obstante, su legitimidad no deriva exclusivamente de la voluntad de las partes, sino del marco constitucional que delimita su procedencia y alcance.

Desde el punto de vista conceptual, los MASC comprenden mecanismos heterogéneos, entre los cuales destacan la mediación y el arbitraje. La mediación supone la intervención de un tercero imparcial que facilita la comunicación sin imponer una decisión; el arbitraje, en cambio, implica la atribución de potestad decisoria a un tercero

privado cuya resolución es vinculante. Esta distinción resulta especialmente relevante en materias sensibles, como los conflictos de familia, donde la disponibilidad de derechos y el control estatal adquieren especial intensidad.

El artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos, siempre que se apliquen en materias transigibles y con sujeción a la ley (Asamblea Nacional Constituyente, 2008). La constitucionalización de los MASC no configura una habilitación irrestricta, sino una autorización condicionada al respeto de los principios constitucionales y a la naturaleza del derecho involucrado.

El requisito de transigibilidad constituye, por tanto, un límite material. La aplicación de los MASC exige verificar que el objeto del conflicto sea susceptible de disposición privada y que su resolución no comprometa intereses constitucionalmente protegidos. Esta exigencia adquiere particular relevancia cuando la controversia incide en derechos de niñas, niños y adolescentes, cuya protección reforzada se encuentra consagrada en el artículo 44 de la Constitución.

En consecuencia, el reconocimiento constitucional de los MASC debe interpretarse de manera sistemática con el régimen de protección integral de la niñez. La coexistencia de ambos mandatos plantea una cuestión central para esta investigación: determinar si la mediación en procesos de tenencia respeta los límites constitucionales derivados del interés superior del niño o si, por el contrario, requiere mecanismos adicionales de control y garantía.

2.2. Desarrollo normativo en la Ley de Arbitraje y Mediación y en el Código Orgánico General de Procesos

El marco constitucional de los MASC se desarrolla principalmente en la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) y en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), instrumentos que regulan sus condiciones de procedencia y efectos jurídicos.

La LAM establece que el arbitraje procede respecto de controversias susceptibles de transacción y siempre que las partes tengan capacidad para transigir (Ley de Arbitraje y Mediación LAM, 2018, arts. 1 y 4). Este presupuesto no constituye una formalidad, sino una delimitación sustantiva que excluye materias indisponibles o vinculadas a intereses públicos prevalentes.

En cuanto a la mediación, la LAM la configura como un procedimiento consensual cuyo resultado se materializa en un acta con efectos jurídicos vinculantes. Sin

embargo, la eficacia del acuerdo no elimina la necesidad de compatibilidad con el orden constitucional. Cuando el objeto del acuerdo incide en derechos fundamentales, el control de legalidad adquiere mayor relevancia.

Por su parte, el COGEP integra los MASC al sistema procesal bajo los principios de tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica (Código Orgánico General de Procesos, 2021, arts. 1-3). En particular, dichas disposiciones delimitan el ámbito general de aplicación del régimen procesal y atribuyen a la o al juzgador la dirección del proceso, el control de la actividad de las partes y la prevención de dilaciones innecesarias, de modo que la articulación de los mecanismos autocompositivos con la jurisdicción debe desarrollarse dentro de un marco de legalidad, orden procesal y garantía efectiva de derechos. Asimismo, reconoce el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en los procesos que afecten sus derechos (COGEP, 2021, art. 31), reforzando el carácter garantista que debe regir en materia de familia.

Desde esta perspectiva normativa, el sistema jurídico ecuatoriano promueve la utilización de los MASC como mecanismos complementarios a la jurisdicción. No obstante, su aplicación en procesos de tenencia no puede desvincularse del principio del interés superior del niño ni de la exigencia de protección reforzada.

La articulación entre la LAM, el COGEP y la Constitución evidencia que la admisibilidad de la mediación en materia de familia depende no solo de la voluntad de los progenitores, sino de la naturaleza del derecho comprometido y del nivel de control estatal que asegure su tutela efectiva. Esta constatación resulta fundamental para evaluar críticamente la validez constitucional de las actas de mediación en procesos de tenencia, eje problemático del presente trabajo.

2.3. Ventajas y principios de la mediación familiar: celeridad, consenso y confidencialidad

La mediación familiar se ha consolidado como uno de los MASC más utilizados en el ámbito del Derecho de Familia, debido a su capacidad para ofrecer soluciones menos adversariales en contextos donde subsisten vínculos personales y responsabilidades parentales. Su promoción normativa responde a la necesidad de gestionar conflictos familiares de manera más ágil y participativa, particularmente en controversias relativas a la tenencia (Ley de Arbitraje y Mediación LAM, 2018).

Entre sus principales ventajas destaca la celeridad, entendida como la posibilidad de alcanzar acuerdos en plazos inferiores a los de un proceso judicial ordinario. En materia de familia, esta característica adquiere especial relevancia, pues la prolongación del conflicto puede afectar la estabilidad emocional de niñas, niños y adolescentes. La mediación permite, en principio, reducir tiempos y evitar la intensificación del conflicto.

El consenso constituye tanto un principio estructural como el resultado esperado del procedimiento. A diferencia del modelo jurisdiccional, la solución no es impuesta por una autoridad, sino construida por las partes con la asistencia de un tercero imparcial. En el ámbito familiar, este elemento favorece la corresponsabilidad parental y el cumplimiento voluntario de los acuerdos. No obstante, el consenso no puede legitimarse únicamente por la coincidencia de voluntades adultas, sino que debe ser compatible con el interés superior del niño, cuya prevalencia está constitucionalmente garantizada (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, art. 44).

La confidencialidad asegura que la información compartida durante el proceso no sea divulgada, generando un entorno de confianza que facilita el diálogo. Sin embargo, este principio no es absoluto: encuentra límites cuando la reserva puede afectar derechos superiores o impedir la verificación de la legalidad del acuerdo.

En consecuencia, si bien la mediación familiar presenta ventajas procedimentales significativas, su legitimidad en procesos de tenencia depende de la existencia de controles que aseguren que la celeridad, el consenso y la confidencialidad no desplacen la protección reforzada de la niñez. Esta tensión conduce necesariamente a diferenciar la mediación de otros MASC, particularmente del arbitraje.

2.4. Diferencias sustantivas entre mediación y arbitraje

Aunque mediación y arbitraje se inscriben dentro de los MASC, sus estructuras jurídicas difieren sustancialmente, lo que incide en su admisibilidad en materia de familia.

La primera diferencia radica en la naturaleza de la decisión. En la mediación, el tercero carece de potestad decisoria y su función se limita a facilitar el acuerdo. En el arbitraje, en cambio, las partes delegan la decisión a un árbitro, cuyo laudo tiene efectos vinculantes equivalentes a una sentencia (LAM, 2018, arts. 1 y 7). Esta delegación implica una transferencia de la función decisoria que presupone la disponibilidad plena del derecho controvertido.

La segunda diferencia se refiere al grado de autonomía privada. En la mediación, la voluntad de las partes construye el acuerdo, pero su contenido debe respetar límites

constitucionales. En el arbitraje, la autonomía se manifiesta en la decisión de someter el conflicto a un tercero decisor, lo que resulta problemático cuando el objeto involucra derechos indisponibles, como ocurre en la tenencia, donde prevalece el interés superior del niño (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, art. 44).

Finalmente, existe una diferencia relevante en cuanto al control estatal. La mediación permite, al menos en teoría, un control posterior de legalidad y constitucionalidad del acuerdo. Distinta es la lógica del arbitraje, en el que el control judicial del laudo queda confinado a las causales taxativas de nulidad previstas en el artículo 31 de la LAM, lo que excluye la revisión sustantiva del fondo decidido por el tribunal arbitral (LAM, 2006-2018, art. 31). En esa línea, la Corte Constitucional ha precisado que la acción de nulidad no autoriza al juez a pronunciarse sobre cuestiones no comprendidas en dichas causales, ni a efectuar un control oficioso del laudo, pues su competencia está materialmente limitada por la ley (Corte Constitucional del Ecuador, 2024, Sentencia No. 327-19-EP/24, párrs. 54-57). Bajo este diseño, la restricción adquiere especial sensibilidad en controversias que afectan derechos fundamentales, porque la ausencia de revisión judicial de fondo puede dificultar la corrección inmediata de decisiones arbitrales materialmente incompatibles con la tutela reforzada que tales derechos exigen.

En consecuencia, mediación y arbitraje no son mecanismos equivalentes ni intercambiables en todas las materias. Mientras la mediación familiar puede considerarse potencialmente compatible con los procesos de tenencia (siempre que exista un control reforzado orientado a la protección de la niñez), el arbitraje presenta una incompatibilidad estructural en este ámbito. Esta distinción es esencial para delimitar los alcances constitucionales de los MASC en materia de familia y fundamenta el análisis crítico de la mediación en procesos de tenencia que desarrolla la presente investigación.

3. LÍMITES JURÍDICOS DE LA MEDIACIÓN Y LA INADMISIBILIDAD DEL ARBITRAJE EN CONFLICTOS DE TENENCIA.

3.1 La naturaleza indisponible de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

El análisis de los límites jurídicos de la mediación y de la inadmisibilidad del arbitraje en los conflictos de tenencia exige partir de la naturaleza jurídica de los derechos de niñas, niños y adolescentes. En el ordenamiento jurídico, estos derechos no se configuran como facultades disponibles por sus representantes legales, sino como derechos fundamentales de titularidad propia, dotados de una protección constitucional

reforzada que restringe de manera significativa la autonomía privada en el ámbito familiar.

Este mandato encuentra desarrollo normativo en el Código de la Niñez y Adolescencia, el cual reconoce el interés superior del niño como principio rector de toda decisión que le concierna y reafirma el carácter irrenunciable e indivisible de sus derechos (Congreso Nacional del Ecuador, 2003). En esta lógica, la tenencia no debe entenderse como un derecho subjetivo de los progenitores susceptible de libre disposición, sino como una institución jurídica de protección cuya finalidad es asegurar el bienestar, la estabilidad y el desarrollo integral del niño o niña.

La Corte Constitucional del Ecuador ha reafirmado de manera consistente que los derechos de niñas, niños y adolescentes no pueden quedar subordinados a los intereses o acuerdos de las personas adultas, de modo que toda decisión que los afecte debe sujetarse a un examen estricto de constitucionalidad, centrado en la protección efectiva de su interés superior y en la valoración concreta de sus circunstancias particulares (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021, párrs. 203-206; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 785-20-JP/22, 2022, párrs. 77-79). En consecuencia, la autonomía de la voluntad encuentra límites infranqueables cuando se proyecta sobre derechos fundamentales de sujetos de atención prioritaria.

Desde el plano internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño refuerza este enfoque al disponer que en todas las medidas concernientes a los niños una consideración primordial será su interés superior (Organización de las Naciones Unidas ONU, 1989, art. 3), lo que excluye el tratamiento de sus derechos como bienes jurídicos plenamente disponibles o transigibles.

En consecuencia, la naturaleza indisponible de los derechos de niñas, niños y adolescentes constituye un límite material para la aplicación de los medios alternativos de solución de conflictos en materia de tenencia. Mientras la mediación puede operar de forma condicionada, siempre que exista un control sustantivo que verifique la compatibilidad del acuerdo con el interés superior del niño, el arbitraje resulta estructuralmente incompatible con este tipo de controversias, al presuponer la plena transigibilidad del derecho y la delegación de la potestad decisoria a un tercero privado.

Esta naturaleza indisponible no solo delimita el alcance de la autonomía privada en los procesos de tenencia, sino que exige la existencia de mecanismos institucionales de control que garanticen su protección efectiva. En este contexto, la intervención del

juez de familia en la homologación de los acuerdos de mediación se configura como una exigencia constitucional ineludible.

3.2 El rol del juez de familia en la homologación de acuerdos de mediación.

La homologación judicial de los acuerdos de mediación en materia de familia constituye un momento procesal decisivo para garantizar la efectividad de los derechos de niñas, niños y adolescentes. En los conflictos de tenencia, el juez de familia no actúa como un simple validador formal del consenso alcanzado entre los progenitores, sino como garante del cumplimiento del mandato constitucional de protección reforzada desarrollado en el apartado anterior.

El fundamento de esta intervención se encuentra en el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador, que impone a todas las autoridades el deber de garantizar de manera prioritaria el desarrollo integral de la niñez y la prevalencia de sus derechos (CRE, 2008, art. 44). Este mandato condiciona el ejercicio de la función jurisdiccional y obliga al juez de familia a realizar un control sustantivo de los acuerdos sometidos a homologación, especialmente cuando estos inciden en aspectos esenciales de la vida del niño, como su entorno afectivo, su estabilidad emocional y sus condiciones materiales de desarrollo.

La homologación judicial no se limita, por tanto, a verificar la regularidad formal del acta de mediación o la inexistencia de vicios del consentimiento entre las partes adultas. El juez debe examinar si el contenido del acuerdo resulta compatible con el interés superior del niño, lo que exige una valoración concreta y contextualizada de las circunstancias del caso. Este control sustantivo implica analizar si las medidas acordadas garantizan efectivamente el bienestar del niño, si respetan su derecho a ser escuchado conforme a su edad y madurez y si no generan situaciones de riesgo o desprotección.

La Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que toda decisión que afecte a niñas, niños y adolescentes debe estar debidamente motivada y reflejar una evaluación razonada de su impacto en los derechos del menor, enfatizando que la invocación genérica de principios constitucionales no satisface los estándares de protección exigidos (Corte Constitucional del Ecuador, 2013; 2022). En este sentido, el juez de familia, al homologar un acuerdo de mediación, debe expresar de manera clara las razones por las cuales considera que lo pactado se ajusta al interés superior del niño.

Desde una perspectiva procesal, la homologación cumple además una función de control frente a posibles asimetrías de poder entre los progenitores. En contextos de conflicto familiar, no siempre las partes negocian en condiciones de igualdad, lo que

puede derivar en acuerdos formalmente consensuados, pero materialmente lesivos para los derechos del niño. La intervención judicial permite corregir estas distorsiones y evita que la mediación se convierta en un mecanismo de validación automática de acuerdos privados.

En consecuencia, el rol del juez de familia adquiere una dimensión activa y garantista. Cuando el acuerdo no satisface los estándares constitucionales de protección, el juez no solo puede, sino que debe negar su homologación o disponer las medidas necesarias para asegurar la protección integral del niño. Este rol activo permite comprender por qué, mientras la mediación puede ser constitucionalmente admisible bajo control jurisdiccional, el arbitraje resulta incompatible con los conflictos de tenencia, cuestión que será desarrollada en lo siguiente.

3.3 Inaplicabilidad del arbitraje por involucrar derechos de terceros sin capacidad de ejercicio.

La inaplicabilidad del arbitraje en los conflictos de tenencia se explica, de manera central, por el hecho de que estos procesos involucran derechos de terceros que carecen de capacidad plena de ejercicio, esto es, los derechos de niñas, niños y adolescentes. A diferencia de los conflictos patrimoniales o contractuales, en los que las partes pueden disponer libremente de sus derechos y someterlos a la decisión de un tercero privado, los procesos de tenencia inciden directamente en la esfera jurídica de sujetos que no participan en el convenio arbitral y cuyos derechos gozan de una protección constitucional reforzada.

El arbitraje, conforme al artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador, se encuentra habilitado únicamente para la resolución de controversias en materias transigibles (Constitución de la República del Ecuador CRE, 2008, art. 190). Este presupuesto de transigibilidad implica que las partes cuenten con la capacidad jurídica para disponer del derecho objeto de controversia y para delegar válidamente la potestad decisoria a un tercero. En los conflictos de tenencia, dicha condición no se cumple, pues el objeto del proceso no se agota en los derechos de los progenitores, sino que involucra de manera directa los derechos fundamentales del niño o niña, quien no es parte del convenio arbitral ni puede consentir la resolución privada de una situación que afecta su desarrollo integral.

Desde esta perspectiva, el arbitraje presenta una incompatibilidad estructural con los procesos de tenencia. La decisión arbitral produce efectos jurídicos definitivos y vinculantes, con un control judicial limitado a causales formales de nulidad, lo que impide

una revisión sustantiva del contenido de la decisión a la luz del interés superior del niño. Esta característica resulta especialmente problemática cuando la controversia incide en derechos de terceros sin capacidad de ejercicio, ya que desplaza el control jurisdiccional reforzado que el orden constitucional exige en materia de niñez.

La Corte Constitucional del Ecuador ha reiterado que los derechos de niñas, niños y adolescentes no pueden ser desplazados por acuerdos, preferencias o decisiones construidas exclusivamente desde la perspectiva de las personas adultas. En particular, ha señalado que el interés superior del niño debe constituir una consideración primordial, que prevalece incluso frente a los derechos de los progenitores, y que toda decisión que incida en la niñez exige un examen individualizado y una motivación reforzada (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021, párrs. 203-206; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 785-20-JP/22, 2022, párrs. 77-79). Desde esta perspectiva, la sumisión de este tipo de controversias al arbitraje presenta serias objeciones constitucionales, pues su fundamento en la autonomía de la voluntad y en la renuncia previa a la justicia ordinaria tensiona la exigencia de control reforzado propia de los derechos de sujetos de atención prioritaria.

Adicionalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los Estados la obligación de garantizar que el interés superior del niño sea una consideración primordial en todas las medidas que le conciernan (Organización de las Naciones Unidas ONU, 1989, art. 3). Este mandato internacional refuerza la necesidad de que las decisiones que inciden en la vida del niño sean adoptadas por autoridades dotadas de potestad pública y sometidas a estándares reforzados de motivación y control, condiciones que no se satisfacen en el arbitraje.

En consecuencia, la inaplicabilidad del arbitraje en los conflictos de tenencia no responde únicamente a una opción de política legislativa, sino a una exigencia derivada del carácter indisponible de los derechos de la niñez y de la imposibilidad de someterlos a la decisión de un tercero privado. Al involucrar derechos de terceros sin capacidad de ejercicio, el arbitraje vulnera el principio de prevalencia de los derechos del niño y el deber estatal de protección reforzada, lo que lo convierte en un mecanismo jurídicamente inadmisibles en este ámbito.

Este análisis permite concluir que, mientras la mediación puede ser admitida de manera condicionada y bajo control jurisdiccional, el arbitraje debe ser excluido de los conflictos de tenencia, por resultar incompatible con la estructura constitucional de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

3.4 Jurisprudencia y doctrina nacional sobre la no arbitrabilidad de los derechos de la niñez.

La no arbitrabilidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes ha sido desarrollada de manera progresiva en la jurisprudencia constitucional y en la doctrina nacional especializada en derecho de familia y derecho procesal. Ambos ámbitos coinciden en afirmar que los conflictos que involucran derechos de la niñez, particularmente aquellos relacionados con la tenencia, no pueden ser sustraídos del control jurisdiccional mediante mecanismos privados de resolución, como el arbitraje, debido a su naturaleza indisponible y a la exigencia de protección reforzada.

Desde el plano jurisprudencial, la Corte Constitucional del Ecuador ha establecido criterios claros respecto de la prevalencia de los derechos de la niñez y de los límites de la autonomía de la voluntad en asuntos de orden público familiar. En su sentencia No. 048-13-SCN-CC, el tribunal sostuvo que los derechos de niñas, niños y adolescentes constituyen un límite material a cualquier actuación estatal o privada, y que su protección no puede depender de acuerdos adoptados exclusivamente por adultos (Corte Constitucional del Ecuador, 2013). Este criterio resulta especialmente relevante para descartar la procedencia del arbitraje en conflictos de tenencia, en la medida en que dicho mecanismo se fundamenta en la voluntad de las partes y en la renuncia previa a la jurisdicción ordinaria.

De manera más reciente, la Corte ha reiterado que toda decisión que afecte a la niñez debe someterse a un control estricto de constitucionalidad y estar acompañada de una motivación reforzada que evidencie la ponderación del interés superior del niño en el caso concreto (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 239-17-EP/22, 2022). Aunque estas decisiones no se refieren de forma exclusiva al arbitraje, sus estándares son plenamente aplicables para evaluar su inadmisibilidad en materia de tenencia, pues evidencian la imposibilidad de delegar la resolución de estos conflictos a instancias privadas sin control jurisdiccional sustantivo.

La doctrina nacional ha respaldado esta interpretación. En particular, Farith Simón Campaña ha explicado que el sistema ecuatoriano de niñez y adolescencia debe leerse desde la doctrina de protección integral y desde una institucionalidad pública diseñada para garantizar derechos, no para reconocer simples ámbitos de libre disposición entre particulares (Simón Campaña, 2005). En la misma línea, Wilma Lizeth Machado Castillo sostiene que los asuntos de tenencia exigen justicia especializada y decisiones motivadas desde la garantía de derechos de niñas, niños y adolescentes, lo que excluye

aproximaciones reducidas a la sola controversia entre progenitores (Machado Castillo, 2018). Asimismo, Sonia Marlene Zaidán Albuja advierte que las reglas sobre tenencia y visitas deben interpretarse a la luz de la corresponsabilidad parental y de la protección constitucional reforzada de la niñez, por tratarse de una materia atravesada por derechos fundamentales y no por intereses meramente disponibles de los adultos (Zaidán Albuja, 2016). En consecuencia, la tenencia no puede entenderse como un derecho patrimonial de los progenitores, sino como una institución de protección cuyo eje de tutela es el niño, niña o adolescente.

Desde el ámbito procesal, la doctrina ecuatoriana también ha advertido que el arbitraje se estructura sobre la existencia de un convenio arbitral válido y sobre la disponibilidad del derecho controvertido, presupuesto que resulta difícilmente conciliable con los conflictos de familia cuando estos involucran derechos de niñas, niños y adolescentes. En efecto, la doctrina nacional ha destacado que el arbitraje se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes y en la decisión de sustraer la controversia de la jurisdicción ordinaria para someterla a jueces privados, lo que supone la aptitud jurídica de quienes celebran el convenio arbitral y la transigibilidad de la materia discutida (Jara Vásquez, 2017; Piedrahita Ortega, 2015; Poveda Camacho, 2006). Desde esta perspectiva, la imposibilidad de que el niño participe válidamente en el convenio arbitral, la necesidad de garantizar su derecho a ser escuchado por una autoridad competente y la limitación del control judicial del laudo refuerzan la tesis de la no arbitrabilidad de estos derechos. En este contexto, el arbitraje no solo resulta inadecuado, sino potencialmente lesivo del principio de tutela judicial efectiva.

En consecuencia, tanto la jurisprudencia constitucional como la doctrina nacional convergen en afirmar que los derechos de la niñez no son arbitrables y que los conflictos de tenencia deben permanecer bajo el conocimiento y control de la jurisdicción especializada. Esta posición refuerza la conclusión central del presente trabajo: mientras la mediación puede ser admitida de manera excepcional y condicionada, el arbitraje resulta jurídicamente inadmisibles en los procesos de tenencia, por ser incompatible con la naturaleza de los derechos involucrados y con el modelo constitucional de protección reforzada de niñas, niños y adolescentes.

4. LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO COMPLEMENTARIO EN LOS PROCESOS DE TENENCIA: CONTROL JUDICIAL Y GARANTÍAS DE PROTECCIÓN.

4.1 Criterios jurisprudenciales sobre la validez de la mediación en conflictos de familia.

Luego de haber determinado, en el capítulo anterior, los límites jurídicos de la mediación y la inadmisibilidad del arbitraje en los conflictos de tenencia, corresponde analizar los criterios jurisprudenciales que han permitido reconocer a la mediación como un mecanismo complementario al proceso judicial en materia de familia. Esta complementariedad resulta esencial para evitar que la mediación sustituya indebidamente el control jurisdiccional exigido cuando se encuentran comprometidos los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La Corte Constitucional del Ecuador ha reconocido la validez constitucional de los medios alternativos de solución de conflictos, pero ha subrayado que su operatividad está condicionada por la sujeción a la ley y por la transigibilidad de la materia controvertida (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 74-21-IN/25, 2025, párrs. 98, 139 y 142. En paralelo, ha establecido que toda decisión que afecte a niñas, niños y adolescentes debe orientarse por su interés superior como consideración primordial, lo que impone una evaluación individualizada de sus circunstancias, la prevalencia de sus derechos frente a los intereses de los adultos y la garantía de su derecho a ser escuchados (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021, párrs. 203-207; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 785-20-JP/22, 2022, párrs. 77-79). En consecuencia, la admisibilidad de la mediación en conflictos familiares no puede entenderse como una habilitación irrestricta, sino como una posibilidad subordinada al deber estatal de protección reforzada y al control jurisdiccional correspondiente.

De manera coherente con lo desarrollado en el capítulo anterior, la jurisprudencia constitucional ha precisado que los acuerdos alcanzados entre personas adultas en materia de niñez no pueden reputarse válidos por el solo hecho de expresar consenso, sino que deben someterse a una verificación sustantiva orientada por el interés superior del niño. En consecuencia, en asuntos de tenencia corresponde constatar que el contenido del acuerdo garantice efectivamente los derechos de niñas, niños y adolescentes y no comporte afectaciones incompatibles con su protección reforzada (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 785-20-JP/22, 2022, párrs. 77-79).

Asimismo, la Corte ha vinculado la validez de la mediación familiar con el respeto al derecho del niño a ser escuchado, conforme a su edad y grado de madurez, de acuerdo con los estándares convencionales. La ausencia de esta garantía puede afectar la

legitimidad constitucional del acuerdo, aun cuando este haya sido formalmente consensuado (Organización de las Naciones Unidas ONU, 1989, art. 12).

En consecuencia, los criterios jurisprudenciales ecuatorianos permiten afirmar que la mediación en conflictos de tenencia es jurídicamente válida únicamente cuando se integra dentro de un sistema de control judicial efectivo. Mientras el arbitraje resulta inadmisibles por desplazar el control estatal y afectar derechos de terceros sin capacidad de ejercicio, la mediación puede operar de manera condicionada, subordinada a la homologación judicial y a la protección prioritaria de los derechos de la niñez.

4.2 El control judicial como salvaguarda del interés superior.

El control judicial constituye la principal salvaguarda para garantizar la efectiva protección del interés superior del niño en los procesos de tenencia en los que se recurre a la mediación. Tal como se ha desarrollado en los apartados anteriores, la mediación solo resulta constitucionalmente admisible cuando se inserta dentro de un esquema de supervisión jurisdiccional que permita verificar la compatibilidad del acuerdo alcanzado con los derechos de niñas, niños y adolescentes. En este contexto, el control judicial no representa una restricción indebida a la autonomía de la voluntad, sino una exigencia derivada del carácter indisponible de los derechos de la niñez.

La Constitución de la República del Ecuador impone a todas las autoridades públicas el deber de garantizar de manera prioritaria el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes y la prevalencia de sus derechos (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 44). Este mandato se proyecta directamente sobre la función jurisdiccional, obligando al juez de familia a ejercer un control sustantivo sobre los acuerdos de mediación que incidan en la tenencia. Dicho control debe orientarse a constatar que las medidas acordadas protegen efectivamente el bienestar, la estabilidad y el desarrollo integral del niño o niña involucrado.

Desde la jurisprudencia constitucional, se ha enfatizado que toda decisión que afecte a la niñez debe estar acompañada de una motivación reforzada, que evidencie un análisis concreto de las circunstancias del caso y de los posibles efectos de la decisión adoptada sobre los derechos del niño (Corte Constitucional del Ecuador, 2013; 2022). En consecuencia, el juez no puede limitarse a homologar de manera automática los acuerdos alcanzados mediante mediación, sino que debe justificar expresamente por qué considera que su contenido es compatible con el interés superior del niño.

Asimismo, el control judicial permite garantizar el respeto a las garantías procesales propias de los niños, en particular su derecho a ser escuchados conforme a su

edad y grado de madurez, de acuerdo con los estándares internacionales (Organización de las Naciones Unidas, 1989, art. 12). La omisión de este control puede derivar en acuerdos formalmente válidos, pero materialmente contrarios a los derechos de la niñez.

En consecuencia, el control judicial se erige como un elemento estructural del modelo constitucional de protección integral, que legitima la mediación en procesos de tenencia y evita que esta se convierta en un mecanismo de privatización de decisiones que involucren derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes.

4.3 Experiencias comparadas (Colombia, Chile y España) sobre mediación familiar con control estatal.

El análisis comparado permite advertir que la mediación familiar ha sido incorporada en diversos ordenamientos jurídicos como un mecanismo idóneo para la gestión de conflictos parentales, pero siempre bajo esquemas de control estatal orientados a proteger los derechos de niñas, niños y adolescentes. Las experiencias de Colombia, Chile y España evidencian un patrón común: la mediación no sustituye la función jurisdiccional, sino que opera como instrumento complementario sujeto a supervisión judicial.

En Colombia, la Constitución reconoce los mecanismos alternativos de solución de conflictos como instrumentos compatibles con el orden constitucional y orientados al acceso efectivo a la justicia (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1195/01, 2001). No obstante, la jurisprudencia constitucional ha precisado que, en asuntos de familia que involucren derechos de niñas, niños y adolescentes, los acuerdos alcanzados por las personas adultas no pueden ser avalados de manera automática, sino que deben someterse a un control judicial sustantivo orientado por el interés superior del niño y por la garantía de su derecho a ser oído (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-350/25, 2025). En ese sentido, la autonomía de la voluntad encuentra límites cuando se comprometen derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional.

En Chile, la Ley No. 19.968 sobre Tribunales de Familia contempla la mediación previa obligatoria en materias como alimentos, cuidado personal y relación directa y regular (Ley No. 19.968, 2004, art. 106). Asimismo, establece que el acta de mediación debe ser remitida al tribunal para su aprobación en todo aquello que no fuere contrario a derecho, y que solo una vez aprobada por el juez tendrá valor de sentencia ejecutoriada (Ley No. 19.968, 2004, art. 111). De ello se desprende que el control judicial no constituye una mera formalidad, sino una garantía sustantiva orientada a verificar la

juridicidad del acuerdo y su compatibilidad con el interés superior del niño cuando se encuentren involucrados derechos de niñas, niños y adolescentes.

Por su parte, en España, la Ley 5/2012 sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles excluye de su ámbito las materias no disponibles, mientras que la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que los acuerdos alcanzados en mediación familiar requieren homologación judicial cuando afectan a menores, debiendo el juez examinar su adecuación al interés del niño (Ley 1/2000, 2000).

Estas experiencias comparadas confirman que la mediación familiar solo resulta compatible con los estándares constitucionales cuando se encuentra subordinada al control estatal y a la verificación judicial del interés superior del niño. Este modelo refuerza la tesis sostenida en el presente trabajo: la mediación puede admitirse de manera condicionada en procesos de tenencia, pero siempre bajo supervisión jurisdiccional, mientras que el arbitraje resulta estructuralmente incompatible con la protección reforzada de los derechos de la niñez.

4.4 Recomendaciones para fortalecer la mediación en el ámbito familiar ecuatoriano.

El análisis desarrollado permite afirmar que la mediación en procesos de tenencia es constitucionalmente admisible únicamente cuando se encuentra subordinada al control judicial y a la protección efectiva del interés superior del niño. En consecuencia, su fortalecimiento en el ámbito familiar ecuatoriano no debe orientarse a ampliar indiscriminadamente su alcance, sino a consolidar garantías que aseguren su compatibilidad con el modelo constitucional de protección reforzada.

En primer lugar, resulta necesario establecer criterios normativos más precisos que regulen la intervención del juez de familia en la homologación de acuerdos de mediación relativos a la tenencia. Si bien el artículo 44 de la Constitución impone la prevalencia de los derechos de niñas, niños y adolescentes (Constitución de la República del Ecuador CRE, 2008, art. 44), se requiere el desarrollo de lineamientos procesales que definan estándares mínimos de motivación reforzada, valoración probatoria y participación efectiva del niño.

En segundo lugar, es recomendable fortalecer la capacitación especializada de mediadores en materia de derechos de la niñez y en técnicas de detección de asimetrías de poder entre los progenitores. La mediación familiar no puede limitarse a la facilitación del diálogo, sino que debe incorporar una perspectiva garantista que identifique riesgos de vulneración de derechos fundamentales.

En tercer lugar, debería consolidarse la participación efectiva de niñas, niños y adolescentes en los procesos de mediación que incidan en su situación jurídica, conforme a su edad y grado de madurez, en armonía con los estándares internacionales que reconocen su derecho a ser escuchados (Organización de las Naciones Unidas ONU, 1989, art. 12).

Finalmente, se sugiere implementar protocolos judiciales uniformes para la revisión de actas de mediación en materia de tenencia, a fin de evitar homologaciones automáticas y asegurar un control sustantivo del contenido del acuerdo. Estas medidas permitirían fortalecer la mediación como mecanismo complementario del proceso judicial, sin desnaturalizar el principio de protección integral de la niñez ni comprometer la coherencia del orden constitucional.

DISCUSIÓN

El presente estudio permitió identificar una tensión estructural en el ordenamiento jurídico ecuatoriano entre la promoción constitucional de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (art. 190 CRE) y el modelo de protección reforzada de niñas, niños y adolescentes consagrado en el artículo 44 de la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Esta tensión no es meramente normativa, sino funcional: mientras los MASC se fundamentan en la autonomía privada y en la desjudicialización de controversias, el régimen de niñez impone límites materiales derivados del carácter indisponible de sus derechos.

Desde una perspectiva constitucional, el reconocimiento de la mediación no puede interpretarse como una habilitación expansiva en cualquier materia. La exigencia de transigibilidad constituye un criterio delimitador que, en el ámbito de la tenencia, se encuentra condicionado por la naturaleza jurídica del derecho comprometido. La investigación evidenció que la tenencia no es un derecho subjetivo patrimonial de los progenitores, sino una institución de protección cuyo titular material es el niño o niña. En consecuencia, el consenso entre adultos no puede erigirse en criterio suficiente de legitimidad.

En este contexto, la mediación familiar revela una doble dimensión. Por un lado, ofrece ventajas procedimentales indiscutibles (celeridad, reducción del conflicto, corresponsabilidad parental) que pueden contribuir a la estabilidad del entorno familiar. Por otro lado, cuando se desarrolla sin estándares claros de control, corre el riesgo de convertirse en un mecanismo de privatización de decisiones que involucran derechos

fundamentales. Esta ambivalencia exige una lectura constitucionalmente orientada del instituto.

La jurisprudencia constitucional ecuatoriana ha establecido que toda decisión que afecte a niñas, niños y adolescentes debe estar acompañada de motivación reforzada y de una valoración individualizada del impacto de la medida adoptada (Corte Constitucional del Ecuador, 2013; 2022). Sin embargo, la práctica de la mediación administrativa en materia de tenencia evidencia una brecha entre el estándar jurisprudencial y la dinámica procedimental. La ausencia de fundamentación explícita en las actas de mediación y la limitada participación efectiva del niño revelan un déficit estructural que compromete la coherencia del sistema.

La discusión permite, además, distinguir con claridad la situación de la mediación respecto del arbitraje. Mientras la primera puede integrarse al modelo constitucional bajo condiciones estrictas de homologación judicial y control sustantivo, el segundo resulta incompatible con los conflictos de tenencia debido a la delegación decisoria a un tercero privado y a la limitación del control judicial del laudo. La no arbitrabilidad de los derechos de la niñez no es una restricción formal, sino una consecuencia lógica del principio de prevalencia del interés superior del niño.

El análisis comparado reforzó esta interpretación, al evidenciar que ordenamientos como el colombiano, chileno y español admiten la mediación familiar únicamente bajo supervisión judicial obligatoria. Esta coincidencia sugiere que el control jurisdiccional no debilita la mediación, sino que la legitima, al insertarla dentro del marco de garantías propias del Estado constitucional de derechos.

En consecuencia, la discusión confirma la hipótesis central de la investigación: la mediación en procesos de tenencia es constitucionalmente válida solo cuando se encuentra subordinada a un control judicial sustantivo que asegure la protección efectiva del interés superior del niño. Sin dicho control, la mediación puede generar escenarios de inseguridad jurídica y de afectación indirecta de derechos fundamentales.

Finalmente, este estudio invita a repensar el equilibrio entre eficiencia procesal y tutela reforzada. La desjudicialización no puede entenderse como reducción del control estatal en materias de orden público familiar. Antes bien, el desafío consiste en articular mecanismos alternativos que operen como herramientas complementarias del sistema judicial, sin erosionar el núcleo esencial de los derechos de la niñez.

CONCLUSIONES

En primer término, se concluye que la mediación familiar no es, en sí misma, incompatible con los procesos de tenencia. Sus características (celeridad, consenso y confidencialidad) pueden contribuir a la gestión adecuada de conflictos interparentales y a la reducción de la litigiosidad. Sin embargo, tales ventajas no constituyen criterios autónomos de legitimidad constitucional. La validez de los acuerdos alcanzados depende de su compatibilidad sustantiva con el interés superior del niño y del respeto a su derecho a ser escuchado.

En segundo lugar, el estudio confirma que la naturaleza indisponible de los derechos de niñas, niños y adolescentes impone límites materiales a la autonomía privada. La tenencia no puede concebirse como un derecho subjetivo plenamente transigible de los progenitores, sino como una institución orientada a la protección del desarrollo integral del menor. En consecuencia, el consenso adulto no sustituye el examen constitucional que corresponde realizar al Estado.

En tercer lugar, se determina que el control judicial constituye el elemento estructural que legitima la mediación en este ámbito. La homologación por parte del juez de familia debe implicar un control sustantivo, acompañado de motivación reforzada y análisis individualizado del caso concreto. Sin esta intervención activa, la mediación corre el riesgo de convertirse en un mecanismo de privatización de decisiones que involucren derechos fundamentales.

En contraste, el arbitraje resulta jurídicamente inadmisibles en conflictos de tenencia. Su lógica descansa en la plena transigibilidad del derecho y en la delegación de la potestad decisoria a un tercero privado, con un control judicial limitado. Esta estructura es incompatible con la exigencia constitucional de escrutinio reforzado y con la obligación estatal de garantizar prioritariamente los derechos de la niñez.

Finalmente, la investigación demuestra que la mediación puede operar como mecanismo complementario del proceso judicial, pero nunca como sustituto del control jurisdiccional. El equilibrio entre eficiencia procesal y tutela reforzada exige interpretar los MASC conforme al modelo constitucional de protección integral. Solo bajo esta lectura sistemática es posible armonizar la promoción de mecanismos alternativos con la garantía efectiva del interés superior del niño en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449.
- Cillero Bruñol, M. (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*, (1), 48-62.
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2003). Ley No. 100. Registro Oficial No. 737.
- Código Orgánico General de Procesos [COGEP]. (2015). Registro Oficial Suplemento No. 506.
- Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1) (CRC/C/GC/14)*. Naciones Unidas.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001). *Sentencia C-1195/01*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2025). *Sentencia T-350/25*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021). *Sentencia No. 28-15-IN/21*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2022). *Sentencia No. 785-20-JP/22*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2024). *Sentencia No. 327-19-EP/24*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2025). *Sentencia No. 74-21-IN/25*.
- Jara Vásquez, M. E. (2017). *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley de Arbitraje y Mediación [LAM]. (2006). Codificación No. 2006-014. Registro Oficial No. 417.
- Ley No. 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (2000). *Boletín Oficial del Estado*.
- Ley No. 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. (2012). *Boletín Oficial del Estado*.
- Ley No. 19.968. Crea los Tribunales de Familia. (2004). *Diario Oficial de la República de Chile*.
- Machado Castillo, W. L. (2018). *El principio de especialidad aplicado en los casos de tenencia de niñez y adolescencia y su afectación al derecho de motivación* [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador].
- Naciones Unidas. (1959). *Declaración de los Derechos del Niño*.
- Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*.

- Piedrahita Ortega, M. L. (2015). *El arbitraje de consumo: análisis comparado y lineamientos para su posible introducción en la legislación ecuatoriana* [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador].
- Poveda Camacho, G. E. (2006). *Medios alternativos de solución de conflictos en Ecuador: la mediación* [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador].
- Simón Campaña, F. (2005). La nueva administración de justicia en el Código de la Niñez y Adolescencia. *Iuris Dictio*, 6(9). <https://doi.org/10.18272/iu.v6i9.622>
- Zaidán Albuja, S. M. (2016). *El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa* [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador].