



UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL

DEPARTAMENTO DE FORMACIÓN DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCION DERECHO PROCESAL

TRABAJO DE TITULACIÓN

**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

TEMA

**“LA MEDIACIÓN COMO ETAPA PROCESAL EN EL ÁMBITO DE FAMILIA, NIÑEZ
Y ADOLESCENCIA, PARA LA DESCONGESTIÓN JUDICIAL”**

AUTORA: AB. MARIA AUXILIADORA INFANTES MANTILLA

TUTOR: AB KARELIS DEL ROCIO ALBORNOZ PARRA

**GUAYAQUIL-ECUADOR
2020**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA	
FICHA DE REGISTRO DE TESIS	
TÍTULO:	
“LA MEDIACIÓN COMO ETAPA PROCESAL EN EL ÁMBITO DE FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, PARA LA DESCONGESTIÓN JUDICIAL”	
AUTOR: INFANTES MANTILLA MARIA AUXILIADORA	TUTOR: Msc, Karelis Albornoz Parra
INSTITUCIÓN: Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil	Grado obtenido: MAESTRIA EN DERECHO MENCION DERECHO PROCESAL
MAESTRÍA EN DERECHO MENCION DERECHO PROCESAL	COHORTE: Cohorte I
FECHA DE PUBLICACIÓN: 2020	N. DE PAGS: 101 páginas
ÁREAS TEMÁTICAS: DERECHO DE FAMILIA	
PALABRAS CLAVE: Derecho, Administración de justicia, Procedimiento legal, Mediación	
RESUMEN:	
<p>Esta investigación que es promovida con el ánimo de obtener el Título de Máster de Derecho Procesal, lleva por Título: “LA MEDIACIÓN COMO ETAPA PROCESAL EN EL ÁMBITO DE FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, PARA LA DESCONGESTIÓN JUDICIAL”, y es un tema que surge de la incertidumbre planteada como problema científico: ¿De ser implementada la mediación como vía directa de solución de conflictos dentro de la fase procesal en los casos de familia, niñez y adolescencia; podría obtenerse mayor descongestión judicial?.</p> <p>Esto conllevó mediante una metodología con enfoque cuali-cuantitativo a emplear métodos de investigación como el histórico, lógico, inductivo, deductivo, y usando como técnicas de investigación la encuesta y la entrevista, que fue aplicada a la población de abogados que conforma el Colegio de Abogados del Guayas, de donde se obtuvo la muestra encuestada.</p> <p>Resultados todos que conllevaron a proponer la implementación de la mediación en el COGEP, dentro de las diligencias preparatorias como una fase procesal obligatoria en aras de evitar la judicialización de todos los procesos en materia de familia, niñez y adolescencia, coadyuvando con ello a la descongestión judicial y a la garantía de una justicia pronta y efectiva que garantice la armonía y cohesión familiar.</p>	
N. DE REGISTRO (en base de datos):	N. DE CLASIFICACIÓN:
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	
ADJUNTO PDF:	SI <input checked="" type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>

CONTACTO CON AUTOR: Infantes Mantilla María Auxiliadora	Teléfono: No. 0918878190	E-mail: Mariuxi.infantes@hotmail.com
CONTACTO EN LA INSTITUCIÓN:	Phd. Eva Guerrero Teléfono: 042596500 Ext. 170 E-mail: eguerrerol@ulvr.edu.ec (Directora del Departamento de Posgrado) Phd. Mario Martínez Teléfono: 044569500 Ext. 170 E-mail: mmartinezh@ulvr.edu.ec (Coordinador de maestría)	

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo lo ofrendo principalmente a Dios, por ser el inspirador y darme fuerza para continuar en este proceso de obtener uno de los anhelos más deseados.

A mis padres por haberme moldeado como la persona que soy en la actualidad; y me han impulsado en la formación profesional constante; siendo éste uno más de mis logros, se los debo a ustedes, a mi padre que me acompaña desde el cielo y a mi madre que desde su labor diaria de esfuerzo me estimula a no rendirme.

AGRADECIMIENTO

Quiero expresar mi gratitud a Dios, quien con su bendición ilumina siempre mi vida y a toda mi familia, por estar siempre presentes.

Mi profundo agradecimiento a todas las autoridades y personal que hacen la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, por confiar en mí, abrirme las puertas y permitirme realizar todo el proceso investigativo dentro de su establecimiento judicial.

De igual manera mis agradecimientos a la Universidad Laica Vicente Rocafuerte, al Departamento de Posgrado, Coordinación de Derecho, a mis profesores quienes con la enseñanza de sus valiosos conocimientos hicieron que pueda crecer día a día como profesional, gracias a cada una de ustedes por su paciencia, dedicación, apoyo incondicional.

Finalmente quiero expresar mi más grande y sincero agradecimiento a la Dra. Karelis Albornoz Parra, principal colaboradora durante todo este proceso, quien con su dirección, conocimiento, enseñanza y colaboración permitió el desarrollo de este trabajo.

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Guayaquil, 15 de septiembre de 2020

Yo, **MARÍA AUXILIADORA INFANTES MANTILLA**, declaro bajo juramento, que la autoría del presente trabajo me corresponde totalmente y me responsabilizo con los criterios y opiniones científicas que en el mismo se declaran, como producto de la investigación realizada.

De la misma forma, cedo mis derechos de autor a la Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y normativa Institucional vigente.

Firma: _____



MARÍA AUXILIADORA INFANTES MANTILLA

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR DE LA TESIS

Guayaquil, 15 de septiembre de 2020

Certifico que el trabajo titulado “**LA MEDIACIÓN COMO ETAPA PROCESAL EN EL ÁMBITO DE FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, PARA LA DESCONGESTIÓN JUDICIAL**” ha sido elaborado por, **MARÍA AUXILIADORA INFANTES MANTILLA**, bajo mi tutoría, y que el mismo reúne los requisitos para ser defendido ante el tribunal examinador que se designe al efecto.

Firma: _____

Ab KARELIS ALBORNOZ PARRA

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE TABLAS	X
ÍNDICE DE GRÁFICOS	XI
RESUMEN	XII
ABSTRACT	XIII
CAPÍTULO I	1
MARCO GENERAL DE INVESTIGACIÓN	1
Tema	1
1.1. Planteamiento del problema	1
1.2. Formulación del problema	3
1.3. Sistematización del problema	3
1.4. Delimitación del problema de Investigación	3
1.5. Objetivo General	4
1.6. Objetivos Específicos	4
1.7. Justificación de la Investigación	4
1.8. Línea de Investigación Institucional	5
1.9. Hipótesis	6
CAPITULO II	7
Marco Teórico	7
2.1 Origen y evolución de la mediación.	7
2.2 Teorías sobre la Mediación	10
2.2.1. Posiciones negativas sobre el conflicto	10
2.2.2. Posiciones positivas sobre el conflicto	10
2.3 Modelos de mediación	10
Análisis	11
2.4 La mediación como técnica de resolución de conflictos y sus propias técnicas.	12
2.4.1 Técnicas de la mediación	12
2.5 Características de la mediación	16
2.5.1 Voluntariedad	16
2.5.2 Flexibilidad del procedimiento	16
2.5.3 Confidencialidad	17
2.6 Rol del mediador	18
2.7 Análisis de las ventajas y desventajas de la mediación	18
2.7.1 Ventajas:	18
2.7.2 Desventajas	19
2.8 La mediación como vía de solución de conflictos en materia de familia, niñez y adolescencia en el Derecho Comparado.	29
2.9 DERECHO COMPARADO	32
2.10 Fundamentos de la mediación	34
Marco Conceptual	38
2.11 Concepto de Técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos	38

2.12	Concepto de la mediación como vía de solución de conflictos.	43
Marco Legal		45
2.13	Legislación sobre mediación en Ecuador	45
CAPÍTULO III		52
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.		52
	ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN	52
	TIPOS DE INVESTIGACIÓN	52
	MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	53
	LÍNEA DE INVESTIGACIÓN INSTITUCIONAL	54
	OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES	54
	INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.	56
	POBLACIÓN Y MUESTRA	59
	INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN.	60
CAPÍTULO IV		74
PROPUESTA/DESARROLLO DEL TEMA		74
	Título de la propuesta	74
	Objetivos	74
	Justificación	74
	Descripción de la propuesta	75
	PROYECTO DE VALIDACIÓN DE LA PROPUESTA	76
	Factibilidad de aplicación	80
	Beneficiarios de la Propuesta	80
	Conclusiones de la propuesta	81
CONCLUSIONES		82
RECOMENDACIONES		83
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS		84
ANEXOS		87

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Resumen número de casos	31
Tabla 2 Descripción de Variables	54
Tabla 3 Número de causas por año	57
Tabla 4 Población de Abogados Registrados en el Colegio de Abogados del Guayas.....	59
Tabla 5 Conocimiento sobre MEDIACIÓN	60
Tabla 6 Mediación técnica de solución de conflicto legal	61
Tabla 7 Mediación y los conflictos de familia, niñez y adolescencia.....	62
Tabla 8 Mediación, ¿fase procesal obligatoria?.....	63
Tabla 9 Procesos de familia, niñez y adolescencia a través de Mediación	64

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1 Conocimiento de Mediación	60
Gráfico 2 Mediación técnica de solución de conflicto legal.....	61
Gráfico 3 Mediación y los conflictos de familia	62
Gráfico 4 Mediación y fase procesal	63
Gráfico 5 Procesos de familia, niñez y adolescencia.....	64

RESUMEN

Esta investigación que es promovida con el ánimo de obtener el Título de Máster de Derecho Procesal, lleva por Título: “LA MEDIACIÓN COMO ETAPA PROCESAL EN EL ÁMBITO DE FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, PARA LA DESCONGESTIÓN JUDICIAL”, y es un tema que surge de la incertidumbre planteada como problema científico: ¿De ser implementada la mediación como vía directa de solución de conflictos dentro de la fase procesal en los casos de familia, niñez y adolescencia; podría obtenerse mayor descongestión judicial?.

Esto conllevó mediante una metodología con enfoque cuali-cuantitativo a emplear métodos de investigación como el histórico, lógico, inductivo, deductivo, y usando como técnicas de investigación la encuesta y la entrevista, que fue aplicada a la población de abogados que conforma el Colegio de Abogados del Guayas, de donde se obtuvo la muestra encuestada.

Resultados todos que conllevaron a proponer la implementación de la mediación en el COGEP, dentro de las diligencias preparatorias como una fase procesal obligatoria en aras de evitar la judicialización de todos los procesos en materia de familia, niñez y adolescencia, coadyuvando con ello a la descongestión judicial y a la garantía de una justicia pronta y efectiva que garantice la armonía y cohesión familiar.

Palabras Clave: Derecho, Administración de justicia, Procedimiento legal, Mediación.

ABSTRACT

This research, which is promoted with the aim of obtaining the Master's Degree in Procedural Law, is entitled: “MEDIATION AS A PROCEDURAL STAGE IN THE FIELD OF FAMILY, CHILDHOOD AND ADOLESCENCE, FOR JUDICIAL DEFROSTING”, and is an issue that arises of the problem posed as a scientific problem: If mediation is implemented as a direct means of conflict resolution within the procedural phase in the cases of family, childhood and adolescence; Could greater judicial decongestion be obtained?

This led through a methodology with a qualitative-quantitative approach to employ research methods such as historical, logical, inductive, deductive, and using the survey as research techniques, which was applied to the population of lawyers that make up the Guayas Bar Association, where the surveyed sample was obtained.

Results all that led to propose the implementation of mediation in the COGEP, within the preparatory proceedings as a mandatory procedural phase in order to avoid the prosecution of all processes in the field of family, childhood and adolescence, thereby contributing to decongestion judicial and the guarantee of a prompt and effective justice that guarantees harmony and family cohesion.

Keywords: Law, Administration of justice, Legal procedure, Mediation.

CAPÍTULO I

MARCO GENERAL DE INVESTIGACIÓN

Tema

“LA MEDIACIÓN COMO ETAPA PROCESAL EN EL ÁMBITO DE FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, PARA LA DESCONGESTIÓN JUDICIAL”

1.1.Planteamiento del problema

En Ecuador, a partir de la entrada en vigor de la Constitución de la República en el año 2008, se reconoce la mediación como uno de los mecanismos de solución de conflictos legales, es así como aparece recogido en su art. 190, y lo encontramos también en la Ley de Arbitraje y Mediación, que específicamente en el art. 43 señala que: *“La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo que ponga fin al conflicto.”* (Ley de Arbitraje y Mediación, 2005)

Nuestro ordenamiento jurídico ha incluido esta modalidad de solución de conflictos y controversias, sobre todo intentando la conciliación y el acuerdo entre las partes como sustento de la decisión arbitral o conciliatoria que se logre, evitando así, emitir resoluciones judiciales después de procesos legales extensivos. Sin embargo, con las ventajas que presenta la mediación con respecto al litigio judicial, sobre todo en el ámbito de familia, los conflictos que se resuelven por esta vía son mínimos frente a la gran demanda de los juzgados y a la escasa cultura en la población acerca de la posible solución por mecanismos conciliatorios.

Se puede constatar con los datos obtenidos del Consejo Nacional de la Judicatura, y exactamente en la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Guayaquil, en lo referente a los asuntos de Niñez y Adolescencia que se puede transigir, en ellos, dígase, por ejemplo, procesos de prestación de alimentos, tenencia de los hijos, régimen visitas, etc., con mejores y más efectivos resultados cuando existe la conciliación entre las partes.

Por ejemplo, durante el año 2018 se ingresó un total de 4.858 causas, solo en el primer semestre y de ellas fueron resueltas solo 3.428, aun así, siendo incuestionablemente una gran carga laboral para los Operadores de justicia y aún no fueron resueltas todas.- A pesar de avanzar en procesos modernizados, instaurados por el Código Orgánico General de Procesos, y avanzar en las distintas etapas procesales, más sin embargo, no se concluye con una resolución equitativa, que permita que las partes se encuentren satisfechas, sin tener que llegar a irrumpir procesos innecesarios en la búsqueda de una buena solución legal.

La mediación, siendo una solución alternativa de conflicto, en el campo social, puede evitar distintos conflictos, inclusive el resquebrajamiento del núcleo familiar, ya que, a través de la interposición de una demanda, se comienza a vivir una lucha entre las partes por el poder económico, patrimonial y la influencia sobre los hijos y en muchas ocasiones, esta lucha se lleva a cabo sin considerar la posición de los niños, niñas, adolescentes.

Desde otro punto de análisis, se puede exponer y evidenciar, la carga laboral existente dentro de la Unidades Judiciales y ésta, atenta el principio de celeridad y sobre todo, en las causas de mayor sensibilidad como lo son, las de prestación de alimentos, régimen de visitas y tenencia, donde están inmersos los derechos de los menores de edad, por lo que consideraría es un problema a nivel social y judicial, y digno de analizarse que, todo litigio en el ámbito de familia se judicialice innecesariamente, cuando pudiera ser resuelto a través de la mediación, lo cual propiciará mayor celeridad procesal, mayor prontitud y solución eficaz a los problemas en cuestión.

De modo que pensamos que la mediación podría ser considerada como una fase previa dentro del proceso legal en casos de familia y sobre esta problemática y su posible solución estaremos trabajando en esta investigación propiciando así, la descongestión del sistema judicial ecuatoriano en materia de familia y la mayor celeridad procesal.

1.2. Formulación del problema

¿De ser implementada la mediación como vía directa de solución de conflictos dentro de la fase procesal en los casos de familia, niñez y adolescencia; podría obtenerse mayor celeridad en estos procesos y propiciaría una mayor descongestión judicial?

1.3. Sistematización del problema

- ✓ ¿Existen respuestas y soluciones rápidas y efectivas en los procesos de familia, niñez y adolescencia en la gestión judicial ecuatoriana?
- ✓ ¿Se aplica el principio de celeridad procesal en la solución de conflictos de familia, niñez y adolescencia en los procesos de esta materia en Ecuador?
- ✓ ¿La autonomía de la voluntad de las partes está presente en la resolución judicial de conflictos en materia de familia, niñez y adolescencia en Ecuador?
- ✓ ¿Cuál es el comportamiento práctico como muestra del ingreso de causas y casos resueltos en materia de familia, niñez y adolescencia en la Unidad Judicial Sur de Guayaquil?
- ✓ ¿Existe congestión judicial en materia de familia, niñez y adolescencia en la gestión judicial ecuatoriana?

1.4. Delimitación del problema de Investigación

Línea de investigación institucional: Gestión del conocimiento y de las instituciones

Objeto de Estudio: La Implementación de la mediación como etapa procesal, en casos de familia, niñez y adolescencia

Campo de Acción: La mediación como fase procesal - El proceso civil, (Código Orgánico General de Procesos; Ley de Arbitraje y Mediación

Espacio: Ecuador

Tiempo: 2018-2020

Lugar: Guayaquil, Unidad Judicial Sur de FMNA

1.5.Objetivo General

1. Fundamentar teórica y procesalmente la implementación legal de la mediación como fase procesal en el ámbito de familia, niñez y adolescencia, para mayor celeridad en la solución de estos asuntos y descongestión judicial dentro de la administración de justicia ecuatoriana.

1.6. Objetivos Específicos

1. Identificar los fundamentos teórico-jurídicos de la mediación como vía de solución de conflictos, relacionada a los principios de libre autonomía, de la voluntad, celeridad y tutela judicial efectiva.
2. Diagnosticar el tratamiento legal dado a la mediación como vía de solución de conflictos en casos de familia, niñez y adolescencia en el Derecho Comparado.
3. Proponer la pertinencia tanto teórica como práctica de la mediación como fase procesal en el ámbito de familia, niñez y adolescencia en la gestión judicial en el Ecuador.

1.7.Justificación de la Investigación

La mediación como un mecanismo alternativo de solución de los conflictos reconocida por la Constitución y la ley, permite a las partes involucradas intervenir directamente en la resolución definitiva a sus disputas y encontrar soluciones efectivas; por ello, al plantear la mediación como etapa procesal en los conflictos de materia transigible y sobre todos en los casos de familia, niñez y adolescencia, por ejemplo en casos de alimentos, visitas y tenencia, se reducirá ostensiblemente el número de demandas y procesos judiciales en esta materia.

De tal manera, que el acceso judicial sea aplicable únicamente para aquellos casos en los que no fuera posible lograr una conciliación o acuerdo entre las partes, logrando descongestionar así los órganos judiciales en esa materia, y garantizando también la celeridad procesal y conllevando a mayor armonía en la familia.

En cuanto al gasto económico, puede decirse que, si bien es cierto que el acceso a la justicia es gratuito, todo el accionar y gestionar desde el punto de vista general, le acarrea gastos evitables al usuario y ciudadano, a causa de las distintas diligencias, más el transporte para asesorarse con su defensa técnica, gastos de honorarios del abogado, que los reduciría a través de la Defensoría Pública o Consultorio Jurídico Gratuito, más los gastos varios copias de documentos en cada diligencia, y también implicaría mayores gastos en función de la administración de justicia por parte del Estado ecuatoriano, la dificultad de poder citar a la otra parte por parte del órgano judicial, creando del desgaste económico, físico, del tiempo y hasta emocional.

A través de la mediación esos gastos disminuirían bastante, puesto que solo tendrían que concurrir para solicitar la mediación, siendo posible que se resuelva directamente entre las partes en una sola sesión.

Planteando la mediación como etapa procesal obligatoria, disminuiría la carga laboral en las Unidades Judiciales, y la familia a pesar de cualquier desavenencia lograría acuerdos válidos para ambos, en nada abusivos pues serían previamente analizados y aceptados y todo esto conllevaría a que exista paz y armonía entre los miembros de la familia en cuestión. Si la situación no fuera resuelta a través de acuerdos conciliatorios, a través de la mediación, entonces recurrirían a la opción de la vía judicial para poder solucionar el conflicto en los términos propios de la naturaleza del proceso judicial.

1.8.Línea de Investigación Institucional

Sociedad civil, derechos humanos y gestión de la comunicación

Línea de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho

Derecho Procesal con aplicabilidad al género, la identidad cultural y derechos humanos

Sub-línea de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho

Justicia procesal

1.9.Hipótesis

Si se aplicara, la mediación como fase pre procesal en la gestión judicial de los conflictos en materia de familia, niñez y adolescencia, descongestionaría la cantidad de procesos en la Función Judicial, propiciando mayor celeridad y acuerdos de paz entre los involucrados.

Variable Independiente:

La implementación de la mediación como fase pre procesal en el ámbito de familia, niñez y adolescencia.

Variables Dependientes:

La descongestión de procesos en la Función Judicial, dada la cantidad de procesos en materia de familia, niñez y adolescencia, para los cuales solo existe legalmente concebida la posibilidad de resolverlos a través de sentencia y por la vía judicial.

Mayor celeridad procesal, que corresponde a ganar rapidez haciendo cumplir la esencia del principio de celeridad procesal, en la tramitación de los conflictos en materia de familia, niñez y adolescencia.

Acuerdos de paz, serían las transacciones o acuerdos a que llegarían las partes involucradas en la mediación en materia de familia, niñez y adolescencia.

CAPITULO II

Marco Teórico

2.1 Origen y evolución de la mediación.

La historia de la humanidad nos ha enseñado, sobre los mecanismos alternativos de conflictos, dos cuestiones de importancia: la primera que siempre han existido los conflictos y la segunda que siempre ha existido formas de resolver los conflictos, dependiendo el tipo de configuración social, la tecnología y conocimiento de aquellas épocas, como por ejemplo en su orden, la ley del más fuerte, la ley de talión, pacificación directa, diálogo, entre otras. (Yuquilema, 2015)

Existe un sinnúmero de términos para designar a los Mecanismos Alternativos De Solución De Conflictos (MASC), entre los más conocidos están: ADR (Alternative Dispute Resolution), siglas que se deben a la lengua inglesa, cuyo significado es Resolución Alternativa de Disputas, así también encontramos a los MARC (Mecanismos Alternativos de Resolución de controversias), ODR (Online Dispute Resolution) Resolución de Disputas en línea.

Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, más conocidos por la sigla MASC, son procesos que guardan una característica y lógica diferente a la del proceso judicial. Entre los cuales, siendo los mecanismos primarios, encontramos de acuerdo al control del proceso a la negociación, la conciliación, la mediación, el arbitraje.

Ahora bien, la mediación entendida como la intervención en un conflicto de una persona ajena a este con el fin de ayudar a las partes a resolverlo sin la intervención del sistema judicial no es una noción novedosa, pues sus antecedentes se conocen muy remotos, cuando, por ejemplo, las comunidades humanas asumían la tradición de designar terceros con este fin que eran llamados líderes, sabios o patriarcas.

Pero expresamente como mecanismo o técnica de solución de conflictos legalmente establecida, hizo su aparición en Estados Unidos en la década de los 70, durante el boom de creación de instituciones «alternativas» diferentes al litigio, mediante las cuales las personas podían resolver sus conflictos sin recurrir a la justicia. “En algunos estados como California incluso se le

reglamentó como instancia obligatoria previa al juicio, lo que significó que «frente a conflictos (excluyendo los penales), las partes deben iniciar previamente una instancia de mediación; si el conflicto no se resuelve en esta instancia, recién en ese momento pueden ingresar en el sistema formal». (Suarez, 1996).

“Posteriormente, el proceso de mediación comenzó a ser aplicado por abogados independientes en Inglaterra, pero no fue sino hasta 1989 que se creó la primera compañía privada de solución de conflictos en ese país. En el resto de países anglosajones y nórdicos se popularizó la figura del ombudsman, en virtud de la cual se crea un órgano de supervisión de las administraciones públicas, entidades u organizaciones a través del conocimiento, prevención y resolución de quejas y reclamaciones, que servía como intermediario entre los particulares y estos medios oficiales”. (Blanco, 2009).

Fue Argentina quien tomó el liderazgo de la aparición del proceso de mediación en América Latina cuando en 1992 el Poder Ejecutivo Nacional dictó mediante decreto la institucionalización y el desarrollo de la mediación como un método alternativo para la solución de controversias, e igualmente se reglamentó la creación de Cuerpo de Mediadores.

La popularidad de este mecanismo de solución de conflictos hizo que poco a poco los demás países latinoamericanos fueran creando un espacio en sus sistemas jurídicos para introducir al proceso de mediación, que en la mayoría de casos se hizo mediante la regulación de varios mecanismos alternos produciendo así la asimilación e incluso confusión de la mediación con la conciliación extrajudicial, como es el caso de Panamá, Chile y Ecuador. (Rivera, 2015)

La Ley de Mediación y Arbitraje está en vigencia en el Ecuador desde el 4 de septiembre de 1997, y esta fue publicada en el Registro Oficial número ciento cuarenta y cinco (145), esta Ley hizo que se derogaran disposiciones sobre Arbitraje las mismas que se hallaban instituidas en el Código Procedimiento Civil, así como también en la Ley de Arbitraje Comercial, esta fue emitida por Decreto Supremo N°. 735 el 23 de octubre de 1963 la publicaron en el Registro Oficial número noventa (90) de fecha 28 de octubre del año 1963. En el país se dio paso a la Mediación, en lo referente a Mediación Institucional como también la Mediación Comunitaria, estableciendo varios requisitos y aspectos formales y que tienen que ser cumplidos tanto por Mediadores como por los Centros de Mediación, para que cumplan con su objetivo de manera total. Cabe indicar que esta Ley es transformadora, ya que ha permitido examinar la existencia de la Mediación Comunitaria,

esto hace posible que las distintas comunidades y los grupos urbano marginales puedan solucionar sus controversias o dificultades internas a través de la plática y la Mediación, y de esta manera hacer que no asistan a la justicia común. (Rivera, 2015)

Actualmente el Código Orgánico de la Función Judicial establece en el artículo 130 numeral 11, de ser necesario se derive el proceso a un Centro de Mediación extraprocesal cuyo fin es el de llegar a conciliar. Sin embargo, constantemente se suele confundir lo que significa mediación y conciliación, puesto que estos dos términos son totalmente distintos, en el primer caso el tercero neutral que es el mediador no puede plantear maneras de arreglar las diferencias, mientras que en la conciliación el Juez si puede intervenir dentro de su potestad.

En virtud de lo que establece el Art. 190 de la actual Constitución de la República del Ecuador que reconoce al arbitraje y la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de controversias entre personas, sustentándose únicamente en la Ley, lo que hace de común acuerdo someterse a las partes, relacionado con materias transigibles, de manera extra judicial y definitiva, que ponga fin a las diferencias, de forma pacífica y amistosa. (Rivera, 2015)

Desde el día 11 de octubre del año 2002, entre el Gobierno Ecuatoriano y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, pactaron el Convenio de Donación para el “Fortalecimiento Institucional de la Oficina del Procurador General del Estado”, entre las prioridades expuestas se formula la reapertura y funcionamiento de Centros de Mediación en la Procuraduría General del Estado, por lo que en el año 2005 se volvieron a funcionar los Centros de Mediación en las ciudades de Guayaquil y Quito, y a partir del mes de octubre de 2005 se dictaron cursos para capacitación y formación de mediadores con criterio profesional. (Rivera, 2015)

Ya ha transcurrido más de diez años, y ha sido imposible conocer los resultados estadísticos obtenidos por los centros de mediación, por lo tanto el Art. 7 del instructivo expedido por el Consejo Nacional de la Judicatura en lo referente al control de los Centros de Mediación, establece que todos los Centros de Mediación formalmente inscritos y autorizados para su correcto funcionamiento deben entregar mensualmente las actas, tanto de imposibilidad, acuerdos parciales o acuerdos definitivos, a la Secretaría del Consejo Nacional de la Judicatura

2.2 Teorías sobre la Mediación

Sobre la mediación propiamente no han sido escritas teorías doctrinales, pues es una institución antigua para la solución de conflictos, sin embargo, es más reciente para llevarlo a la solución de conflictos en el ámbito del derecho en general, no obstante, se conocen posiciones en contra de la mediación y otras a favor que bien pudieran incluirse entre las ventajas y desventajas que más adelante describimos.

No obstante, aquí les ofrecemos en este punto las posiciones a favor y en contra de la mediación.

2.2.1. Posiciones negativas sobre el conflicto

- “El conflicto es una patología social
- El que causa el conflicto es un desadaptado social porque no cumple las normas
- Las relaciones sociales son por naturaleza armoniosas
- Debe ser resuelto”. (Torres, 2013)

2.2.2. Posiciones positivas sobre el conflicto

- “El conflicto es inherente a la vida social
- Las relaciones sociales son por naturaleza conflictivas
- Los conflictos no pueden evitarse
- Las sociedades tienen formas de manejarlos
- La negación del conflicto es una patología”. (Torres, 2013)

2.3 Modelos de mediación

- 1- Modelo Tradicional-Lineal de Harvard: Se fundamenta en la comunicación verbal, entendida desde una perspectiva lineal. Una parte le expresa a otra todos sus argumentos correspondientes con el conflicto y esta última decidirá si escucharle o no. El papel del tercero mediador es facilitar esa comunicación bilateral manteniendo en todo momento su carácter imparcial y equidistante, para así restablecer el orden en la situación caótica que vivían las partes antes del proceso (Fisher, Patton y Ury, 2010).

El objetivo principal de este tipo de mediación es lograr un acuerdo disminuyendo las discrepancias entre las partes y aumentando sus características e intereses comunes para de esta manera deje de existir el conflicto.

- 2- Modelo Transformativo de Bush y Folger: “Se encuentra basado en una comunicación que gravita en torno a la transformación del aspecto relacional entre las partes y en donde se fomenta el protagonismo de las mismas, no solo para que sean responsables de sus propias acciones y decisiones sino también para que reconozcan el co-protagonismo de la otra persona sujeta al proceso. Este enfoque ve el conflicto como una oportunidad de crecimiento y transformación moral del individuo, plantea que la mediación es la oportunidad perfecta para que los individuos sean más solidarios entre sí. (Bush y Folger, 2013).

Aquí, el papel del mediador es fundamental al ser quien se encarga de direccionar el proceso, por ende es verdaderamente relevante que ayude a las partes a comprenderse entre sí, con el objetivo de que sean más considerados y menos egoístas con los sentimientos y que no simplemente actúen de forma tal que se logre una solución óptima y satisfactoria como lo muestra el enfoque Tradicional, puesto que más adelante podría no cumplirse lo pactado ya que las personas no obtuvieron un cambio real en su interior.

- 3- Modelo Circular-narrativo de Sara Cobb: La comunicación circular es la piedra angular de esta clase de mediación puesto que comprende tanto a las partes como al mensaje que se comunica. Incluye también elementos no verbales de comunicación, por lo cual los individuos que hacen parte del proceso no pueden no comunicarse. Su causalidad circular no permite que haya un origen único que produce cierto resultado, sino que todo se va retroalimentando constantemente. Contiene muchas técnicas, conceptualizaciones e investigaciones provenientes de distintas áreas de las ciencias sociales. (Cobb, 2017)

Análisis

Es posible percatarse de que aquí, la función principal del mediador es lograr que una parte pueda ponerse en la posición de su contraparte, mediante el fomento de la reflexión para así, construir una historia alternativa que permita ver la situación desde un ángulo distinto.

A pesar de que lograr un acuerdo es importante, no es la meta fundamental de este modelo. Los tres modelos descritos presentan grandes diferencias en la manera en que las partes deben interactuar, la forma en que el proceso debe ser conducido, y el resultado final que necesariamente debe producir este mecanismo.

2.4 La mediación como técnica de resolución de conflictos y sus propias técnicas.

Ya se planteaba anteriormente que, la mediación es un proceso que permite a los mediados apropiarse de sus conflictos para hacer algo con ellos y no tiene una función educativa, aunque puede serlo; no tiene una función terapéutica, aunque puede serlo; y no tiene por función regular derechos y obligaciones, aunque también puede hacerlo.

Por ello se dice que, el objetivo de la mediación no es ni legal, ni psicológico ni educativo, sino el objetivo de autocomposición, pues son las partes las que resuelven el conflicto, y en la resolución del conflicto actúan los actores o partes del mismo desde sus propias pautas culturales, con la agenda que ellos mismos decidan elaborar y adecuar a lo largo del proceso, en función de sus necesidades emergentes y con las formas de comunicación que les sean más útiles.

Por tanto, la tarea de la persona mediadora es crear las condiciones para que esto pueda producirse, ayudando a las partes a que puedan adquirir toda la información que necesiten, en forma compartida, acerca de las decisiones que tienen que tomar

Es decir, esto significa, según nuestro criterio, que puedan crear las mejores condiciones posibles, en función de sus características individuales, para que puedan comunicarse de forma útil de cara al objetivo que les reúne en la conciliación que intentan obtener.

2.4.1 Técnicas de la mediación

Las técnicas de la mediación, por tanto, son guías que ayudan a organizar los caminos a seguir para conducir el proceso de mediación mismo. Estas técnicas han de ser aceptadas por las partes, para que pueda cumplir su función, y logre que se escuchen ambas partes entre sí.

“Entre las técnicas más importantes están:

1. Escucha Activa, que consiste en aquella en la que se deja aparte el propio punto de vista para sintonizarse con el del otro, mostrando atención y empatía. Resulta imprescindible para entender las necesidades y sentimientos de la otra persona, y, al mismo tiempo, alivia la tensión de sentimientos que se encuentran muy activos. Además, permite que las partes expresen sus miedos y necesidades.

“Escuchar además de oír, significa también:

- Recibir información
- Reconocer los sentimientos del otro
- Diluir la hostilidad y poder enfrentar el problema sin crear mayor enfrentamiento”. (Anda, 2015)

“Para poder escuchar bien debe hacerse lo siguiente:

- Tener en cuenta sus percepciones, sus necesidades y limitaciones.
- Si somos capaces de explicar el punto de vista del otro mejor que él mismo y éste lo refuta, maximizaremos la posibilidad de iniciar un diálogo constructivo basado en los méritos y minimizaremos la posibilidad de que el otro crea que no le hemos entendido.
- No se trata de convencer a la otra parte o de ponerles de acuerdo.
- Que las partes hablen sobre lo propio no sobre lo ajeno.
- A veces el problema no se debe a que haya poca comunicación sino a que se dicen demasiadas cosas.
- Hay que enfrentarse con el problema no con las personas.
- Cada parte tiende a estar a la defensiva, a reaccionar y a pasar por alto los intereses legítimos de la otra parte”. (Anda, 2015)

“Para poder escuchar bien no se debe hacer las siguientes cosas:

- Hablar de uno mismo.
- Cambiar de tema.
- Aconsejar, diagnosticar, relativizar.
- Pensar por adelantado lo que se va a decir.
- Ignorar o negar los sentimientos del otro
- Considerar que lo que se siente es lo que se manifiesta.

- Fingir que se ha comprendido si no es así.
- Obviar sus necesidades, preocupaciones”. (Anda, 2015)

La legitimación es otra técnica de mediación donde desde cualquier rol involucrado en ella, se trabaja en el nivel de conductas que traen, ya sean respetuosas, tolerantes o solidarias.

Para esto previamente la persona mediadora tendrá que haberles legitimado a ellos, no desde el lugar de poder, sino desde la idea de que cada uno tiene derecho a pensar, decir o sentir lo que quiera. Entonces los mediados podrán legitimarse sin hacerlo desde un lugar de poder, no necesitarán tener poder para poder legitimar al otro.

Reencuadre. Esta es otra técnica que consiste en una transformación de significados, en traducir la comunicación a un lenguaje menos amenazante y más colaborador. Es decir, se trata de pasar de la “acusación” a la “actuación concreta”. (Anda, 2015)

Las realidades subjetivas son muy diferentes: el optimista y el pesimista, la víctima y el verdugo, la botella a medias y la sensación de medio vacía o medio llena. El reencuadre en mediación no consiste en convencer a los miembros de la familia de que el mapa de la realidad trazado por ellos se puede ampliar o modificar, sino que consiste en devolverles su mapa de realidad, desde sus valores y creencias para que puedan apropiarse de él y decidir lo que quieren hacer con él. (Anda, 2015)

Para Watzlawick, este nuevo sentido tiene necesariamente que adaptarse a su concepción del mundo y expresarse en el lenguaje propio de esa concepción. Las personas solo pueden reencuadrar sus situaciones si tras apropiarse de ellas, las nuevas tienen arraigo en sus creencias, valores y sus propias experiencias.

“Existen tres posibles formas de reencuadres:

- De los contenidos, los hechos
- Del contexto (en otro escenario: tiempo, lugar...)
- De las personas involucradas (legitimación)”. (Watzlawick,2002)

Otra de las técnicas de mediación es los Semáforos

Los semáforos son aquellos aspectos que pueden aparecer a lo largo del proceso y que no debemos dejar pasar, siempre hay que preguntar:

“A. Ante las negaciones: cuando aparece un no, ningún, nada... (él no pagó, nunca me ha reconocido nada, no es una persona comprometida, siempre me trató mal...)

B. Ante generalizaciones: todo, eternamente, siempre, toda la vida...

C. Reencuadrar hacia lo más pequeño, concreto.

D. Negaciones-generalizaciones: nunca, jamás nadie...

E. Omisiones de personajes, complementos: se, hay que. (Hay que pensar en las vacaciones...) En qué, cómo, quién...

F. Ante ambigüedades tales, como algo, poco, mucho, algunas cosas... (algo de tiempo, un poco de dinero...)

G. Preferimos preguntar para qué en vez de por qué.

H. Es más conveniente el singular que el plural. (Hemos pensado) quién ha pensado, cuándo”. (Watzlawick,2002)

“I. Peligros ante las sustantivaciones que se hacen del otro, las nominalizaciones, las cosificaciones. (Ej, Él es así).

J. El uso del presente con significado de eternamente: Ella aburre cuando habla (siempre ¿?) Ella no se ocupa del dinero. (Ej. Ella no hace sus tareas...)

K. El castellano tiene una ventaja frente a otros idiomas y es la diferenciación entre el eres y el estás. Esto nos permite modificar las calificaciones personales pasando del ser al estar. (Watzlawick,2002)

El uso del Rotafolio viene a ser otra técnica y consiste en un tablero vertical de pizarra blanca, soportado por un armazón de una o más patas extensibles, o por un trípode, diseñado para colocar sobre dos tuercas movibles blocs de papel de rotafolios. (Watzlawick,2002)

Para escribir sobre las hojas del bloc se utilizan varios rotuladores de colores distintos (negro, azul, verde, rojo)”. (Watzlawick, 2002)

2.5 Características de la mediación

La mediación es un proceso voluntario, confidencial, formalmente flexible, limitado en el tiempo, que se desarrolla con la participación de las partes. Consta de una serie de etapas conocidas aceptadas por las partes de antemano.

Es una técnica sumamente versátil que se adapta con facilidad para ser utilizada en gran cantidad de temas, tanto en casos de familia, patrimoniales en general, como inter empresariales o de incumplimientos contractuales. Están comenzando en nuestro país a realizarse experiencias en mediación escolar; existen grupos que trabajan en mediación en temas ambientales: lenta y firmemente comenzamos a transitar el largo camino de la participación en el trato y la resolución de conflictos. (Watzlawick,2002)

2.5.1 Voluntariedad

En nuestro criterio, es obvio que son las partes en conflicto quienes deciden si quieren o no involucrarse en un proceso de mediación. Puede ocurrir que una de ellas tenga experiencia porque ya la utilizó, o que le sea sugerida por su abogado. En ese caso, buscará interesar a la otra parte en intentar una mediación.

En la medida que la mediación sea conocida y socializada como técnica de resolución de conflictos, se hará habitual incluir la mediación como vía de solución en varios temas de conflictos legales.

2.5.2 Flexibilidad del procedimiento

Siempre que en la mediación se respeten los principios fundamentales vinculados a la voluntariedad y la confidencialidad, las reglas de procedimiento pueden aplicarse con libertad. Existe un «patrón" mínimo que conviene no dejar de lado, etapas que permiten aumentar las posibilidades de acuerdos, pero la organización del tiempo, el lugar y los temas para tratar, logra de alguna manera diseñar un proceso a la medida de las necesidades de las partes y del tipo de conflicto.

Lo que no puede soslayarse es explicitar el procedimiento antes de comenzar a adentrarse en él, y asegurarse de que la explicación ha sido comprendida por las partes. Se cumple así la doble función de ordenar el proceso y de permitir a las partes controlar que se respeten las consignas acordadas.

Como todo el proceso es confidencial y no quedan pruebas de lo tratado, salvo el caso del acuerdo si los hubiere, son pocos los elementos externos para controlar si existió o no una mediación.

Cada mediador podrá establecer sus propias reglas, adaptarlas a su estilo, pero siempre respetando los principios básicos, y que sean coherentes con el fin de lograr comportamientos cooperativos. (Watzlawick, 2002)

2.5.3 Confidencialidad

Uno de los objetivos principales del proceso de mediación es detectar los intereses de las partes y todo otro escollo para lograr el acuerdo. El poder del mediador sobre las partes es nulo; no tiene *imperium* alguno para imponer soluciones. Las partes están allí porque así lo han decidido. Quizá de ahí derive la mayor fortaleza del mediador: no puede imponerles nada, y todo lo que se decida será producto de la decisión de las partes. (Watzlawick,2002)

En la mediación es imprescindible que las partes se puedan comunicar con total libertad y sin riesgo de que sus aseveraciones o intercambios verbales sean delatados fuera de allí, e incluso pueden abstenerse de responder preguntas que puedan entender como peligroso para ellos.

El mediador tampoco puede ser llamado como testigo en un juicio posterior entre las partes que verse sobre cuestiones tratadas en la mediación.

Entendemos también que, el requisito de la confidencialidad es crucial para el éxito de la mediación, porque es la única forma de lograr que se expongan con sinceridad los múltiples aspectos del conflicto. Si las partes supieran que pueden llamar a testificar al mediador, ¿serían sinceras en el curso del proceso? Por otro lado, la función del mediador no es develar "la verdad" en sentido jurídico, sino desentrañar lo que las partes quieren; por lo tanto, la única documentación con que el mediador trabaja, y que destruye al final de la mediación, son las notas en las que se apoya para recordar los elementos fundamentales del caso.

De cualquier forma, comprendemos que existen reglas y excepciones a la confidencialidad esto depende de las que disponga legal y expresamente el ordenamiento jurídico en que se realiza y al que se subsume la mediación.

2.6 Rol del mediador

El mediador es quien guía y organiza ese proceso, con intervenciones tendientes a lograr un ámbito de cooperación donde explorar distintas alternativas de acuerdo, su papel o rol consiste en controlar que se cumplan los objetivos previstos, a través de acciones e intervenciones encuadradas en algunas pocas reglas de procedimiento, que las partes conocen y aceptan al inicio de la reunión de mediación. (Anda, 2015)

Resulta comprensible tras esta lectura que cada mediador establece sus propias reglas, en general por escrito, que constituyen el "acuerdo de mediación" que firman todos los que intervienen en ella.

El mediador es imparcial, no representa a ninguna de las partes, controla los aspectos procesales de la mediación. (Anda, 2015)

El mediador puede reunirse por separado con las partes, y esas reuniones son confidenciales. El mediador no transmitirá información recibida en confidencia a menos que se lo autorice expresamente a hacerlo. (Anda, 2015)

Se establecen claramente los honorarios que percibirá el mediador por su trabajo, y la forma de pago. (Anda, 2015)

El mediador establecerá los casos en los que él considera que debe poner fin a la mediación, por ejemplo, cuando surja de las reuniones la comisión de delitos que deba denunciar, la existencia de violencia familiar o cualquiera otra causa que a su juicio impida trabajar en un clima de cooperación y buena fe. (Anda, 2015)

2.7 Análisis de las ventajas y desventajas de la mediación

2.7.1 Ventajas:

- “Es más rápida que los juicios en los tribunales
- Menos costosa
- Más fácil de establecer en ambientes como escuelas, comunidades, organizaciones, etc.

- Propicia una menor confrontación y contradicción entre las partes
- Empodera a las partes para que controlen el resultado del proceso
- Permite a las partes desarrollar su creatividad en la búsqueda de soluciones
- Promueve un entorno seguro en el que las partes hablan de sus problemas, necesidades, valores e intereses, mientras que formulan sus propias soluciones
- Desarrolla una perspectiva en que las partes son vistas como sujetos gestores de resolución, removiendo el negativismo que pesa sobre ellas y la búsqueda de “culpables”
- Ayuda a mejorar las relaciones entre las partes
- Fomenta un entorno en el que cada parte trabaja con la otra hacia un “ganar-ganar” y la creación de una solución mutuamente aceptable
- Promueve acuerdos más duraderos entre las partes, pues son fruto del diálogo y del consenso
- Es beneficiosa para las partes que tienen que relacionarse permanentemente a mediano y largo plazo”. (Conforti, 2017)

2.7.2 Desventajas

La mediación también conlleva muchas desventajas, ya que puede crear una atmósfera donde las partes:

- “Buscan información de la otra parte que puede luego ser usada en los tribunales
- Las partes pueden participar con mala fe
- Buscar retrasos en el proceso (no resolución) para promover sus beneficios
- Si la mediación no es bien manejada, una parte puede intentar tener control sobre la otra (asimetría de poder), presionando a que la otra parte acuerde una solución que no logre satisfacer sus necesidades”. (Conforti, 2017).

2.8. Otras materias transigibles a través de la mediación.

Ya ha quedado claro que, transigir, es el acto que puede hacerse sobre objetos jurídicos, que sean susceptibles de concesión, negociación en donde las partes de manera voluntaria acuerdan algún tipo de solución a fin de dar por terminada la contienda legal.

Es así como entendemos que pueden transigirse derechos y objetos que las personas tengan sobre ellos, libre disposición o disponibilidad.

En materia de niñez además cabe citar que no son susceptibles de transigir aquellos procesos de violencia intrafamiliar, patria potestad, en el caso de adolescentes infractores no será susceptible de la aplicación del procedimiento de Mediación, los casos que versen sobre aquellas prohibiciones previstas en el Artículo 663 del Orgánico Integral Penal como son:

- “1. Delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años;
- 2.(Sustituido por el Art. 12 de la Ley s/n, R.O. 598-3S, 30-IX-2015). - Delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte, ni de lesiones graves que causen incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano;
3. Delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general.

Se excluye de este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. (COIP, 2014)

En los demás casos se aplica lo dispuesto en la RESOLUCIÓN No. 041- 2014 Art. 1.- (Reformado por la Disposición Derogatoria de la Res. 138-2014, R.O. 308-2S, 11-VIII-2014), que de manera general contempla que el Centro de Mediación de la Función Judicial es el único órgano encargado en la aplicación de este procedimiento y además deberá registrar a mediadores especializados en materia de adolescentes infractores mismos que deberán ser capacitados en el área.

Resolución 145 del Consejo Nacional de la Judicatura 1. Registro Oficial 855 de 05 de octubre de 2016. Con el objeto de descongestionar el excesivo número de causas que se tramitan día a día en las Unidades Judiciales de la Niñez y Adolescencia, propendiendo a proteger a los sectores

vulnerables de nuestro país, entre ellos a los niños, niñas y adolescentes, el Consejo de la Judicatura dictó un instructivo para derivar las causas a mediación, la Ley de Arbitraje y Mediación en su Art. 46 "(...) literal c) establece que el Juez Ordinario podrá disponer en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten" . (LAyM, 2006)

Resolución para la aplicación de la Mediación Mediante resolución N.- 145-2016, emitida por el Consejo de la Judicatura, se derogó el Instructivo para la derivación de causas a centros de mediación, expedido por el Consejo de la Judicatura mediante resolución emitida el 10 de julio del 2007, y que fue publicada en el registro oficial N.- 139 del 1 de agosto del 2007, lo referido consta en la Disposición Derogatoria Única de la vigente resolución N.- 145-2016, publicada en el R/O 855 de 05 de octubre de 2016.

Lo anterior queda vinculado a las normas del COGEP, como norma supletoria, para viabilizar la inmediatez como técnica alternativa de resolución de conflictos, de modo que, es mucho más aconsejable y viable en materias como la niñez, cuyos procedimientos están previstos en el COGEP, y, que por su naturaleza misma serían menos contradictorias que la materia penal.

El actual procedimiento como consta de la normativa se transcribe a continuación: El presente instructivo tendrá como base el principio de inmediatez que, según el Código Orgánico General de Procesos, "la o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso" (COGEP, 2016)

De aquí es comprensible que cada Juez que estuviere conociendo una causa podrá derivarla a mediación, lo cual ha dado lugar a la presente Resolución y la forma en cómo se derivan las causas a cada uno de los centros de mediación a nivel nacional. La derivación procede de oficio o a petición de parte, puede ser solicitado en cualquier estado del proceso después de contestada la demanda.

En materia de conflictos de Niñez y Adolescencia, el autor Farith Simon en relación al principio de interés superior del niño considera "(...) los derechos de los niños y niñas son sus "intereses", por lo tanto, cuando nos referimos al Interés superior lo hacemos a la búsqueda de vigencia efectiva de esos derechos, y no a una consideración "vaga e indeterminada". (Farith, 2009)

Al ser la mediación una vía alternativa a la solución de conflictos, se ha integrado directamente en el Ecuador, la Defensoría del pueblo, la cual, entre sus competencias, controla la legalidad de la actuación de la administración pública, pues es una entidad estatal o de derecho público,

La Administración Pública debe actuar siempre en el marco de las competencias y atribuciones que le han sido asignadas por la ley. Ninguna de sus actividades, por lo tanto, puede justificarse en su propia autoridad, pues solo la ley puede otorgar a los entes administrativos sus facultades de actuación. Si la administración no tiene previamente una autorización legal para actuar, simplemente no puede hacerlo.

Como históricamente, el sistema procesal ecuatoriano, por norma general, ha contemplado, como fórmula para concluir el litigio, la conciliación, esta, en las últimas etapas ha ganado mayor relevancia, en comparación con su incidencia anterior, en la cual, se consideraba un mero trámite a la que concurrían los abogados para ratificar y ventilar los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y su contestación ante un funcionario del juzgado que no es necesariamente el juez.

En el mundo actual, la corriente ha determinado que el Ecuador se inscriba dentro de los mecanismos alternativos para resolver conflictos y la vieja conciliación judicial se ha transformado en una institución jurídica autónoma e independiente.

Los textos constitucionales anteriores al actual, contemplan la mediación en varias ramas de derecho, por ejemplo, citaremos algunos preceptos específicos para materias específicas que denotan la posibilidad de aplicar la mediación:

Es así como, en materia laboral, se habla de "transacción" y la Carta Política de 1998, en el art. 35, No. 5, establecía:

“Será válida la transacción en materia laboral, siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.” (CP, 1998)

El art. 118, inc. 3, señala:

“Se reconoce el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de las controversias”. (CP, 1998)

Y el art. 191, inc. 3, consagra definitivamente como principio constitucional a los procedimientos alternativos para la resolución de conflictos:

“Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley”. (CP, 1998)

En virtud del precepto constitucional se dictó la nueva Ley de Arbitraje y Mediación LAYM (R.O. No. 145, 4.9.97), cuyos títulos II y III reseñan la mediación como una institución moderna para solucionar conflictos dentro del actual ordenamiento jurídico ecuatoriano. Los transcribimos a continuación.

Título II. De la 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”. (LAYM, 1997)

“Art. 44. 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.

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”. (LAYM, 1997)

“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”. (LAYM, 1997)

Y, en su art. 46 establece en cuales supuestos procederá aplicar la mediación:

“a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos o 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 substanciará el proceso según las reglas generales;

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

c) cuando el Juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten.

Si dentro del término de quince días contados desde la recepción por parte del centro de la notificación del juez, no se presentare el acta que contenga el acuerdo, continuará la tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al juez su decisión de ampliar dicho término”. (LAYM, 1997)

“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.

Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas en éste son auténticas. El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y 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.

Si el acuerdo fuere parcial, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo. En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, el acta de imposibilidad firmada por las partes que hayan concurrido a la audiencia y el mediador podrá ser presentada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, y esta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos procesos. No obstante, se mantendrá

cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales, como la contestación a la demanda en el juicio verbal sumario.

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 Menores y otras leyes relativas a los fallos en estas materias”. (LAYM, 1997)

Y, a través del art. 48, deja claro que el facultado para llevar a cabo la mediación actuando como árbitro o mediador, será precisamente, un mediador independiente y que pertenezca a un Centro de mediación debidamente autorizado para esta actividad.

Y, a este mediador, luego el art. 49, le establece limitantes tales como:

Quedará inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes.

Y tampoco podrá ser llamado a declarar en juicio sobre el conflicto en que actuó como mediador o árbitro.

Luego, el art. 50 habla de la confidencialidad que deberá guardarse en cuanto a los términos, contenidos y acuerdos de la mediación, aunque esta, la confidencialidad, es renunciable, por su parte, el art. 51 establece los procederes en caso de que alguna de las partes no comparezca a la audiencia de mediación a la que fuere convocada, se señalará fecha para una nueva audiencia, pero si, en la segunda oportunidad alguna de las partes no comparece, el mediador expedirá la constancia de imposibilidad de mediación.

Luego, el art. 54, habla de los reglamentos que deben existir en los centros de mediación:

“Art. 54. Los reglamentos de los centros de mediación deberán establecer por lo menos:

- a) La manera de formular las listas de mediadores y los requisitos que deben reunir, las causas de exclusión de ellas, los trámites de inscripción y forma de hacer su designación para cada caso;
- b) tarifas de honorarios del mediador, de gastos administrativos y la forma de pago de éstos, sin perjuicio de que pueda establecerse la gratuidad del servicio;

- c) forma de designar al director, sus funciones y facultades;
- d) descripción del manejo administrativo de la mediación; y, un código de ética de los mediadores”. (LAYM, 1997)

Y dejaba claro que, la conciliación extrajudicial es forma legal de resolver conflictos legales, así lo deja claro el art. 55:

“Art. 55. La conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Para efectos de la aplicación de esta Ley se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos”. (LAYM, 1997)

En el Título III, habla de la mediación comunitaria como otra posibilidad de solución de conflictos:

“Art. 58. Se reconoce la mediación comunitaria como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos”. (LAYM, 1997)

“Art. 59. Las comunidades indígenas y negras, las organizaciones barriales y en general las organizaciones comunitarias podrán establecer centro de mediación para sus miembros, aun con carácter gratuito, de conformidad con las normas de la presente Ley.

Los acuerdos o soluciones que pongan fin a conflictos en virtud de un procedimiento de mediación comunitario tendrán el mismo valor y efecto que los alcanzados en el procedimiento de mediación establecido en esta Ley.

Los centros de mediación, de acuerdo a las normas de esta Ley, podrán ofrecer servicios de capacitación apropiados para los mediadores comunitarios, considerando las peculiaridades socio-económicas, culturales y antropológicas de las comunidades atendidas”. (LAYM, 1997)

Además, en nuestra opinión, es preciso citar también la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, así como las Resoluciones afines dictadas por el Defensor del Pueblo.

Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo

Que, en su art. 8, establece los deberes y atribuciones del Defensor del Pueblo:

“art. 8, lit. f), Intervenir como mediador en conflictos sometidos a su consideración por personas jurídicas y organizaciones populares con la administración pública, siempre y cuando el Defensor del Pueblo lo considere procedente y necesario”. (LODP, 1981)

Art. 12. El Defensor del Pueblo al realizar sus investigaciones organizará el procedimiento basándose en los principios de gratuidad, informalidad e inmediatez. (LODP,1981)

Resoluciones del Defensor del Pueblo: Resolución No. 005.

“De las atribuciones y deberes de los coordinadores: art. 1, num. 1o.

Intervenir como mediadores en los conflictos con la administración pública que les sean sometidos a su consideración dentro de sus respectivas jurisdicciones, sin perjuicio de que los defensores adjuntos o los comisionados provinciales puedan prevenir en el conocimiento y solución de estos problemas.

Resolución No. 004 (art. 9), y No. 012: Reglamento de quejas, recursos constitucionales y demandas de inconstitucionalidad de competencia del Defensor del Pueblo, art. 7 (que asimila al No. 9 de la Resolución 004).

Convocar audiencias públicas para que las partes involucradas formulen las alegaciones que consideren pertinentes o con el objeto de promover y acordar la solución de la queja sometida a su consideración. De sus deliberaciones y resoluciones se dejará constancia resumida en acta escrita”. (LODP, 1981)

En nuestro país, hemos dejados entado en varias partes de este trabajo que, el primer instrumento jurídico que regula la mediación, es la Constitución del Ecuador, con su art. 190:

“Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”. (CRE, 2008)

La mediación aporta múltiples beneficios a las partes involucradas en ella, por ejemplo, mediante la conciliación solucionan de manera personal y voluntaria sus problemas, de esta manera restituyen sus vínculos de amistad, confianza, respeto y credibilidad, es decir mediante este mecanismo legal las personas llegan ahorrar tiempo y dinero en la solución de sus conflictos patrimoniales.

Es un proceso personalísimo, de acuerdo de voluntades, estrictamente confidencial y reservado para el público.

El procedimiento es rápido, sencillo e informal, se aplica la celeridad y sirve para evitar un proceso judicial que podría ser largo, conflictivo y de gran desgaste personal y económico.

Se puede llegar a conciliar antes y durante una contienda judicial, siempre y cuando la materia sea transigible

Durante el proceso de conciliación todas las personas intervinientes se benefician con la solución de sus controversias, porque las partes proponen los acuerdos y se cumplen en base al documento firmado.

Las partes del proceso de conciliación actúan juntas, elemento necesario para conservar su relación de amistad a futuro en buenos términos.

No existe afectación de los derechos de las personas que intervienen en la conciliación.

Se efectivizan los principios de la conciliación de manera oportuna, real y segura durante el desarrollo del proceso conciliatorio.

Ecuador al ser un Estado constitucional de derechos y justicia, el ámbito jurídico es mucho más importante que la ley, es decir prevalecen las disposiciones constitucionales relacionadas a los derechos fundamentales inherentes al ser humano, toda vez que la Constitución es garantista de los derechos en beneficio del ser humano.

Contextualizado el tema, en el Ecuador está en vigencia el nuevo modelo jurídico denominado constitucionalismo (neoconstitucionalismo-garantismo) que rige a partir de la vigencia de la Constitución del año 2008. Es decir, la tendencia actual del nuevo constitucionalismo, aparece en respuesta a los paradigmas tradicionales del derecho positivo.

De la clásica fórmula del derecho, se conocía que las normas jurídicas provienen exclusivamente del Estado, dirigido a la población de un determinado país, esto se configura como sistema legal tradicional. Pero en la actualidad la mediación tiene categoría de norma constitucional y por ende sirve para solucionar los problemas de carácter personal y colectivo.

En consecuencia, la Constitución del Ecuador, garantiza que las personas constituyen el eje central de la sociedad, es decir nos encontramos amparados por el principio pro-homine, en el cual el ser humano se constituye en el centro de los derechos, que deben ser respetados por el Estado.

La mediación se relaciona con el derecho constitucional, toda vez que tiene rango infra constitucional, pero se encuentra supeditada a las disposiciones legales para cumplir y solucionar los problemas sociales y jurídicos de manera individual y colectiva de las personas.

2.8 La mediación como vía de solución de conflictos en materia de familia, niñez y adolescencia en el Derecho Comparado.

Evidentemente el propósito que tiene la mediación como una técnica de solución de conflictos en materia de familia, niñez o adolescencia está en ir directamente a la fuente del problema, para encontrar una solución que favorezca de igual modo a las partes.

De entre las ventajas, tal y como se ha dicho en el subtópico anterior se puede resaltar el menor coste económico, ya que siempre será una alternativa más económica una mediación exitosa que cualquier litigio, debido a que todo proceso judicial genera un valor elevado por el simple hecho de tener que cancelar las costas judiciales.

Otra de las ventajas es la relacionada con el tiempo debido a que es un procedimiento que permite resolver un conflicto en semanas, dependiendo del número de sesiones que sean necesarias, pero que siempre será más breve que acudir a la vía judicial, cuyos tiempos se suelen medir en uno o más años.

En cuanto a las ventajas que atañen directamente a las personas se puede señalar al costo emocional, en vista que la mediación disminuye la tensión y el enfrentamiento entre las partes implicadas, facilitando el entendimiento del otro y mejora de las relaciones interpersonales, de esta manera se favorece el restablecimiento de la comunicación entre los mediados. (Antuña, 2012).

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

El autor Iturmendi identifica cuatro fases dentro del proceso de mediación, la cual inicia con las sesiones informativas, dentro de esta el mediador informará a las partes, por un lado, de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad y, por otro, de las características de la mediación, su reglamento o normas de funcionamiento, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias del acuerdo que se pudiera alcanzar. (Iturmendi, 2011)

Seguidamente esta la Sesión constitutiva, en la cual las partes expresan su deseo de llevar a cabo la mediación, dejando constancia por medio de un acta en la cual constaran los nombres, la designación del mediador, el objeto del conflicto, la declaración de aceptación de la mediación, el coste de la misma, lugar de celebración, y el lenguaje en el cual se desarrollará. (Iturmendi, 2011)

Se continúa con el desarrollo de las actuaciones de la mediación; las sesiones se realizarán en el lugar convenido en el acta constitutiva, que pueden ser las instalaciones que destinen al efecto de la organización que tutele el procedimiento de mediación o, en su defecto, el mediador. (Iturmendi, 2011)

El mediador deberá cumplir unas exigencias legales mínimas durante el desarrollo de las actuaciones. Terminación del procedimiento. Finalmente, el proceso de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque una de las partes ejerza su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándoselo al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo previsto para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión. (Iturmendi, 2011)

En esta tesis trabajaremos con una serie de datos estadísticos en la parte metodológica de la misma obtenidos de la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, obtenidos en el área de población y muestra, materia del presente estudio, en las parroquias Ximena, Febres Cordero, Letamendi, García Moreno y Ayacucho, mismas que los procesos legales en el ámbito de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia se ventilan en dicha Unidad Judicial, en relación a las causas ingresadas durante los tres últimos años, en el ámbito de niñez y adolescencia, causas por alimentos, tenencia y visitas.

Tabla 1 Resumen número de casos

AÑO	2018	2019	2020 (PRIMER TRIMESTRE)
CAUSAS INGRESADAS	6305	6017	1313
CAUSAS DE ALIMENTOS/ TENENCIA/ VISITAS	4111	4115	943
CAUSAS DE ALIMENTOS	3696	3696	863
CAUSAS DE VISITAS	315	298	42
CAUSAS DE TENENCIA	100	124	38
RESUELTAS	4728	4512	984

Fuente: Archivos de Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia (2020)
Elaborado por: Infantes (2020)

En el año 2018, ingresan a la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, un total de 6.305 causas, de las cuales 4.111 corresponden a alimentos, visitas y tenencia, sólo 3.696 son procesos de alimentos, de los cuales 2.668 han sido resueltas, dejando pendientes a resolver un 1.028 de causas. De las causas resueltas fueron derivadas 410 causas, debiendo el juez resolver las otras mediante audiencia y valoración de pruebas. Ahora bien, de esas 1.028 que estaban en espera de resolución, y consta como carga, aproximadamente unas 600, se encuentran en estado de falta de citación que impide que el proceso continúe y que se resuelva a favor de los niños, niñas o adolescentes reclamantes de la pensión, o simplemente la parte actora no impulsó el proceso, dejando carga laboral al juez.

En la Resolución No. 049-2020 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, en ejercicio de las atribuciones establecidas en el artículo 181 de la Constitución de República del Ecuador y el artículo 264 numerales 4, 8 y 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, **RESUELVE: APROBAR EL PLAN DE COBERTURA JUDICIAL PARA SERVIDORAS Y SERVIDORES DE LA CARRERA JUDICIAL JURISDICCIONAL A NIVEL NACIONAL 2020-2021** cuyo artículo único indica:

“Artículo Único.- Aprobar el: *“Plan de Cobertura Judicial para servidoras y servidores de la carrera judicial jurisdiccional a nivel nacional 2020-2021” que se anexa a esta resolución.”*

Realizan un estudio en cuanto a la carga procesal de los jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en el Sur de Guayaquil, y en su parte pertinente señala:

“En la Unidad Judicial de Familia, Niñez y Adolescencia Sur de Guayaquil se evidencia se debe a que mantiene un nivel de carga procesal elevado, con un promedio de 449 causas anuales por juez, en ese sentido se evidencia la necesidad de incrementar un (1) juez a través de la optimización o la incorporación de nuevos servidores, puesto que con diez y nueve (19) jueces, esta Unidad Judicial Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia se encontraría al 79% de su capacidad de resolución, es decir se mantendría en estado de “alerta”. (Resolución 049-2020)

Con este análisis se evidencia, que existe un congestionamiento en la carga laboral que posee cada uno de los jueces asignados a la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, violentando el principio de celeridad, y prontitud, para el servicio oportuno, no optimizado a un cien por ciento, por lo que se debería coordinadamente recurrir a la mediación, incluyéndola como una fase procesal, en el procedimiento.

2.9 DERECHO COMPARADO

Argentina

En Argentina, la mediación prejudicial es una instancia obligatoria a todo juicio, con las exclusiones efectuadas en la Ley 13951 y tiene por objeto promover y facilitar la comunicación directa entre las partes que permita la solución del conflicto y, en tal caso, evitar el proceso judicial, que suele ser largo, costoso y en el cual la decisión no la toman las partes sino un juez.

El mediador es sorteado por el Poder Judicial y las partes convocadas deben acudir a la primera audiencia en forma obligatoria, luego de lo cual el procedimiento es totalmente voluntario, llama la atención aquí, que la Ley establece una multa equivalente al doble la retribución mínima que le corresponda percibir al Mediador por su gestión para quien no concurre a la primera audiencia, estando debidamente notificado.

Cuando la mediación finalizará con acuerdo, la Receptoría de Expedientes procederá a modificar la carátula de la causa como “Homologación de Convenio – Ley 13951”, y la remitirá al Juzgado junto con el acta de cierre de mediación y acuerdo al que arribaron las partes.

Si en mediación no se arriba a acuerdo, el/ los requirentes/s podrán instar la acción judicial presentando el acta de finalización expedida por el mediador y la demanda formal con la documentación anexa en Receptoría de Expedientes. Con la sanción de la Ley 13951 y su Decreto Reglamentario 2530/10, se establece la mediación prejudicial obligatoria en el ámbito de la provincia de Buenos Aires entrando en vigencia el 14 de mayo de 2012.

Es obligatoria, la etapa previa de mediación, previa a todo juicio, con las exclusiones efectuadas en la misma ley, con el objeto de promover y facilitar la comunicación directa entre las partes que permita la solución del conflicto.

Chile

En Chile, la mediación como trámite previo y obligatorio en la ley N° 19.966 y en el procedimiento de familia ha incorporado en su actual artículo 106 un proceso de mediación previo y obligatorio.

Dicha norma dispone:

"Las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se regirá por las normas de esta ley y su reglamento".

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

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

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

2.10 Fundamentos de la mediación

El Derecho Civil como bien sabemos se erige en su totalidad sobre dos institutos jurídicos, dígase la familia y los bienes materiales, sobre ambas instituciones se erigen derechos y obligaciones, en incluso, se han derivado otros institutos jurídicos dentro del Derecho Civil.

Según Castán, “el derecho de familia es de carácter subjetivo cuando se trata de las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que dentro del grupo familiar mantiene cada uno de los miembros con los demás, para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar; y en sentido objetivo es el conjunto de normas y preceptos que mantienen entre si los miembros de la familia. (Castán, 1976)

Otros autores como López plantean que “el derecho de familia es el conjunto de principios jurídicos y de normas legales, cuyo objeto exclusivo o principal o indirecto o simplemente accesorio, es determinar la condición de las personas y presidir, dirigir y reglamentar la organización, la vida y la disolución de la familia”. (López, 2006)

Existen varios aspectos en materia de familia, niñez ya adolescencia que son susceptibles de establecer transacciones o acuerdos sobre ellos, tal es el caso previsto en el artículo 296 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, (CONA): “la mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y adolescencia”. (CONA, 2003)

Instituciones el derecho civil como:

Patria Potestad, Tenencia, Régimen de visita, Pensión alimenticia, son instituciones en las que puede y debe existir legalmente la posibilidad de transigir.

Existen varias definiciones de la mediación específicamente en el área familiar, por ejemplo, para Merino, “Es un procedimiento de resolución extra judicial de conflictos que se plantean en el seno de la familia.” (Merino, 2010).

“La mediación familiar es un recurso alternativo de resolución de conflictos en el que las partes reflexionan y dialogan con el objetivo de generar alternativas posibles para la resolución de sus conflictos. Es un proceso voluntario y confidencial donde las partes asumen la responsabilidad por la construcción de las resoluciones; las personas son autoras de la solución de sus conflictos.” (Fried, 2008).

Según Güttron, “La importancia de la mediación familiar radica en la posibilidad de resolver los conflictos de modo extrajudicial, para lo cual el mayor beneficiario será la familia”. (Güttron, 2006).

Entendamos entonces que, la mediación familiar es un mecanismo o recurso alternativo al cual llegan las partes por voluntad propia, con la finalidad de resolver sus conflictos, sin tener que pasar por procesos largos en la vía ordinaria y obteniendo beneficios en la relación familiar, al desarrolla en una esfera más armónica, que a través de un proceso no jurisdiccional, voluntario y confidencial posibilita la comunicación entre las partes, para que traten de plasmar los intereses comunes en un acuerdo de paz y satisfactorio para ambas.

El proceso de mediación mismo cuenta con fases y durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, quedando siempre a salvo el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en el supuesto de que las situaciones objeto de mediación conlleve un proceso judicial.

Iturmendi, identifica cuatro fases dentro el proceso de mediación, la cual inicia con las sesiones informativas, dentro de esta el mediador informará a las partes, por un lado, de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad y, por otro, de las características de la mediación, su reglamento o normas de funcionamiento, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias del acuerdo que se pudiera alcanzar. (Iturmendi, 2011)

Seguidamente está la Sesión constitutiva, en la cual las partes expresan su deseo de llevar a cabo la mediación, dejando constancia por medio de un acta en la cual constaran los nombres, la designación del mediador, el objeto del conflicto, la declaración de aceptación de la mediación, el coste de la misma, lugar de celebración, y el lenguaje en el cual se desarrollará. Se continúa con el desarrollo de las actuaciones de la mediación. (Iturmendi, 2011)

Las sesiones se realizarán en el lugar convenido en el acta constitutiva, que pueden ser las instalaciones que destinen al efecto de la organización que tutele el procedimiento de mediación o, en su defecto, el mediador. El mediador deberá cumplir unas exigencias legales mínimas durante el desarrollo de las actuaciones. Terminación del procedimiento. Finalmente, el proceso de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque una de las partes ejerza su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándoselo al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo previsto para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión. (Iturmendi, 2011)

Una vez que las personas protagonistas directas, expresan su voluntad de iniciar el proceso de mediación, se firma el compromiso de mediación en forma de documento privado en el que las partes y el equipo de mediación aceptan los principios de este proceso.

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

Luego se procede a identificar los puntos clave que las partes quieren debatir, definiendo los problemas con un lenguaje descriptivo e imparcial. Las personas protagonistas del conflicto junto con el equipo de mediación diseñan un esquema o agenda de trabajo para tratar los diferentes puntos que serán abordados.

Esta fase tiene como objetivos el entendimiento y aceptación de la otra u otras personas para favorecer una comunicación interpersonal y avanzar hacia la fase negociadora.

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

Una vez alcanzados los acuerdos se redactan en forma de documento privado hay que dar seguimiento al cumplimiento de dicho acuerdo, esta etapa de seguimiento tiene como objetivo conocer, en primer lugar, si ha habido dificultad en el cumplimiento de su acuerdo o alguna modificación de las circunstancias que requiera la modificación del mismo, así como si se ha procedido a su tramitación judicial en los conflictos de ruptura de pareja.

Es obvio que el sistema judicial ecuatoriano está colapsado por la gran cantidad de procesos judiciales que existen y hay que resolver, sin embargo, esta situación puede descongestionarse en la medida que encontremos soluciones capaces de resolver los conflictos según sus características y naturaleza.

Es por esa razón que, con la finalidad de descongestionar las Unidades Judiciales, el Consejo Nacional de la Judicatura emitió el instructivo para la derivación de causas a centros de mediación del, con el Registro Oficial 139 de 01-ago-2007, el mismo que en su Art. 1 señalaba que: “En el Término de tres días después de recibida la demanda de la Oficina de Sorteos o directamente en caso de incidentes, el Juez de la Niñez y Adolescencia y aquellos Jueces Civiles en los que se radicó la competencia, calificará la demanda y aceptada a trámite derivará la causa, de oficio, a un centro de Mediación autorizado del lugar donde se tramita la causa.” (IDCCM, 2007)

Este Instructivo ha sido actualizado mediante la Resolución del Consejo Nacional de la Judicatura 145 Registro Oficial Suplemento 855 de 05-oct.-2016.

El laudo arbitral que viene a ser la resolución que deja aprobada el Arbitro en la mediación, tiene fuerza ejecutiva tal cual, si fuera una sentencia judicial, esto está corroborado en el art. 363 del COGEP, cuya letra aquí plasmamos:

“Art. 363.- Títulos de ejecución. - Son títulos de ejecución los siguientes: 1. La sentencia ejecutoriada. 2. El laudo arbitral. 3. El acta de mediación. 4. El contrato prendario y de reserva de dominio. 5. La sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme con las reglas de este Código. 6. Las actas transaccionales. 7. Los demás que establezca la ley. Las y los juzgadores intervendrán directamente en la ejecución de los laudos arbitrales y de las actas de mediación. Además, ejecutarán las providencias preventivas ordenadas por los tribunales de arbitraje nacionales o internacionales”. (COGEP, 2015)

Marco Conceptual

2.11 Concepto de Técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos

La resolución alternativa de los conflictos puede darse de acuerdo a cuatro procedimientos: el arbitraje, la conciliación, la mediación y la negociación. En los tres primeros se da la intervención de un tercero imparcial que ayuda a la búsqueda de soluciones al conflicto, mientras que la negociación es conducida directamente por las partes involucradas.

Dependiendo del nivel que haya alcanzado el conflicto y de la voluntad de las partes involucradas, se puede utilizar un método u otro. A continuación, se presenta una síntesis de los tres primeros procedimientos.

Arbitraje: “En el arbitraje las partes involucradas en un conflicto eligen a un “tercero neutral”, denominado árbitro, para que sea él o ella quien resuelva sus desacuerdos. A diferencia de otros mecanismos, las partes deben aceptar la solución que el árbitro determine.

Esta persona escucha a las partes y revisa las pruebas que se le presentan. Al finalizar emite una sentencia arbitral que es obligatoria para las partes. Las ventajas del arbitraje son: Las partes acuden voluntariamente.

Las partes pueden elegir el o la árbitro o el tribunal arbitral. Las partes pueden elegir que procedimiento seguir (de derecho o de conciencia). Se presentan las garantías de un proceso privado, en cuanto a confidencialidad y rapidez”. (Ríos, 1997)

Conciliación: “En la conciliación las partes acuden también a un “tercero neutral” para que les ayude a solucionar el conflicto. La persona escucha los argumentos y formula los términos de un posible acuerdo que propone a las partes, quienes son libres de aceptar, rechazar o modificar la propuesta. La conciliación puede ser usada como el primer paso para tratar de llegar a un acuerdo, de no ser posible se acude a un método más formal de arreglo, como puede ser el arbitraje.

La conciliación cuenta con una serie de ventajas que es importante rescatar: Tiene carácter voluntario y optativo. Las partes tienen la opción de elegir al conciliador. El ahorro de tiempo y dinero”. (Ríos, 1997)

Negociación: “- Técnica centrada en un hecho futuro o en uno ya ocurrido. - Las dos partes implicadas ganan, pues se hacen concesiones y se busca un acuerdo que satisfaga los intereses comunes. - No hay intervención de terceras personas. - La participación de las partes es voluntaria. - La comunicación se realiza de modo informal, en mayor medida que en resto de las técnicas. - Resuelven el conflicto las partes. - La resolución se lleva a cabo según las partes por medio de un contrato vinculante o de tipo verbal”. (Ríos, 1997)

Conciliación: “- Técnica centrada en el pasado. - Las dos partes implicadas ganan, su finalidad es llegar a la reconciliación. - Existe la intervención de terceras personas. Es el juez quien reúne a las partes para hablar o transmitir información entre ellas. - La participación de las partes es voluntaria. - La comunicación se realiza de modo informal, no hay pasos a seguir. - Resuelven las partes, el juez sólo preside. - La resolución se realiza de forma vinculante (judicial), o por medio de una recomendación”. (Ríos, 1997)

En definitiva, a lo largo del derecho en todo su contenido, y, estando este dividido por materias, existen varios temas de litigio que son transigibles, o susceptibles de hacerse en ellos, la transacción, es decir, aquellas materias o conflictos, en los cuales la transacción es la vía más aconsejable de solucionar el conflicto.

Según la doctrina jurídica existen dos formas de identificar a la materia transigible, la genérica y por exclusión.

La genérica establece que son los derechos patrimoniales sobre bienes que estén en comercio lícito y puedan ser objeto de convenio. Existen legislaciones como la argentina o peruana que regulan a la materia transigible de esta manera.

En cambio, la clasificación por exclusión, establece que materias no son sujetas de transmisibilidad, las legislaciones que la practican son la colombiana, la chilena y la panameña, entre otras.

En cuanto a los puntos que pueden ser tratados como materia transigible en una mediación, de manera ejemplificativa, los cuales en nuestra legislación se encuentran de forma dispersa, podemos señalar a los siguientes:

- La acción civil sobre la indemnización del daño causado por un delito: Para que un hecho punible, delictuoso origine responsabilidad civil, es necesario que produzca un daño concreto y específico en un patrimonio o derecho ajeno, no necesariamente económico, puesto que el daño también puede ser moral.

“Cuando se da un delito, que origine un daño concreto y específico, es decir sea dañosos o causante de daños, el perjudicado tiene una acción específica y definida por la ley como acción civil, que se traduce en la Facultad de acudir al Estado para que lo proteja y obligue al causante a asumir su responsabilidad civil, es decir para que lo indemnice.

Para ello puede constituirse parte civil dentro del proceso Penal. Por eso la acción civil, es el derecho o facultad que tiene el perjudicado con un hecho dañoso (que puede ser punible o no serio) de solicitar al Estado obligue al responsable a asumir las consecuencias patrimoniales de ese hecho.

Se encamina entonces a concretar lo que se ha llamado daño privado, patrimonial, que se ocasiona con el delito. Se ha tenido como privada, aunque no lo es absolutamente porque la escuela positivista que hasta hace muy poco fue la que determinó nuestra legislación, estima la indemnización de daños y perjuicios como una consecuencia, una parte de la pena o sanción y por eso es obligación del Juez condenar, al dictar sentencia penal, al responsable a indemnizar todos lo', daños y perjuicios, así no se hubiera solicitado por el ofendido”. (Martínez, 2008)

- Los intereses meramente pecuniarios: En un acuerdo monetario o deuda, las partes las partes pueden pactar que la indemnización consista en una cantidad fija o a tanto alzado, que en función de sus características podrá tener la naturaleza de cláusula penal.
Por otra parte, “el pacto podrá ser tanto expreso como tácito, cuya existencia podría derivarse de las circunstancias concretas, como sería el caso de que en el momento del contrato el acreedor hubiera destacado al deudor el daño especial que le causaría el retraso en el cumplimiento y conocido esto el deudor no hubiera hecho ninguna declaración al respecto, sino que hubiera aceptado una obligación genérica de resarcimiento de daños”. (Giorgi, 1997)
- Derechos patrimoniales: Los derechos patrimoniales son aquellos que tienen por objeto el provecho económico por el autor mediante la explotación de la obra.

El autor puede hacer cualquiera de tales usos personalmente o ceder tales derechos para que los ejerza otra persona o institución. Si una persona distinta de ellos pretende hacer cualquiera de esos usos con la obra protegida, es necesario que exista una autorización expresa del autor (o titular de derechos sobre la obra) o de la ley, como sucede con las denominadas excepciones y limitaciones al derecho de autor. Los derechos patrimoniales consagrados en nuestra legislación son:

- “Derecho de reproducción: la facultad del titular de derechos para producir o autorizar la producción de copias o ejemplares de una obra protegida, por cualquier vía y en cualquier otro soporte, como ocurre con la digitalización, la fotocopia, la transcripción textual, etc.;
- Derecho de adaptación o transformación: la facultad de autorizar la transformación, la adaptación, la traducción, el arreglo musical u otra forma de modificación que dé como resultado una obra distinta, que se denomina “obra derivada”;
- Derecho de publicación: el derecho a autorizar la divulgación de la obra por cualquier medio, en especial mediante la producción de ejemplares para su oferta al público;
- Derecho de distribución: la facultad de autorizar la primera entrega al público de los ejemplares de una obra, ya sea mediante la venta u otra forma de transferencia de dominio o posesión del soporte;
- Derecho de comunicación, interpretación y ejecución pública: la facultad de autorizar cualquier acto por el que se dé acceso a una obra a una pluralidad de personas, por medios distintos de la entrega de ejemplares. Esto incluye la interpretación de una obra musical o dramática en público, la exhibición de imágenes en una galería, la proyección para el público de una obra audiovisual, la transmisión mediante radio, televisión u otros medios de comunicación a distancia y la puesta a disposición de contenidos en Internet.

Todos ellos son transigibles”. (Aguirre, 2014)

- Toda clase o suerte de derechos, cualquiera sea su especie o naturaleza, aun subordinados a condición, siempre que no estén prohibidos; lo cual requiere la adición de los objetos vedados en cuanto a transigir tales como:
- Disolución y Separación de la sociedad conyugal: Durante el matrimonio, en cualquier momento, los cónyuges pueden acordar la disolución de la sociedad conyugal, que en nada afecta a la vigencia de la unión matrimonial. La disolución de la sociedad conyugal es el paso previo y obligado para luego proceder a la liquidación o partición de los bienes.

➤ Pensiones de Alimentos: La pensión alimenticia es una obligación económica ordenada por un tribunal para proporcionar manutención al cónyuge en caso de separación o divorcio. Los factores que pueden determinar la son varios y generalmente ocurren tras la separación de los padres como cónyuges, por lo general la obligación recae sobre el padre que ya no mantendrá la custodia del menor hijo. Pero también puede haber pensiones entre cónyuges y entre hijos para con sus padres, sobre todo entre parientes cuando existe algún nivel de incapacidad, discapacidad, o inhabilidad.

➤ Derechos sucesorios: El derecho de sucesiones o derecho sucesorio es aquella parte del derecho privado que regula la sucesión a causa de muerte y determina el destino de las titularidades y relaciones jurídicas tanto activas como pasivas de una persona después de su muerte.

En la regulación de las sucesiones, se contemplan importantes aspectos, tales como:

Destino que se le van a dar a los bienes del difunto o causante. Se determina el ámbito de actuación de la autonomía de la voluntad, las normas imperativas que sean necesarias y las normas dispositivas que suplirán la voluntad del causante, en caso de no existir testamento. Requisitos de validez del testamento, con la finalidad de asegurar que lo que aparezca en él sea realmente la voluntad del testador.

Los trámites necesarios para el reparto del caudal relictivo o herencia yacente.

➤ Daños morales: El daño moral es el deterioro o menoscabo en los sentimientos, y, por tanto, no es posible su cuantificación pecuniaria de modo exacto. Consiste en el desmedro o desconsideración que el agravio pueda causar en la persona agraviada, o los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser la consecuencia del hecho dañoso.

➤ Derechos laborales: La transacción al ser un derecho, un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas, es posible aplicarla a las relaciones laborales existentes entre Empleador y empleado, con respecto a la liquidación o indemnización con respecto a todos los rubros que están inmersos en esa relación y que son derechos del trabajador, por demás, irrenunciables.

Hasta aquí hemos ejemplificado litigios de dantes materias que son susceptibles de ser resueltas por transacción o mediación.

2.12 Concepto de la mediación como vía de solución de conflictos.

Se puede decir que en los últimos 30 años se ha venido implementando varias técnicas para solucionar conflictos legales y, de hecho, es en este tiempo que comenzó a sistematizarse en Estados Unidos el estudio y la utilización de técnicas de resolución de conflictos interpersonales, a las que se agrupó con la sigla ADR (*Alternative Dispute Resolution*).

Hoy, se designan las técnicas de resolución de conflictos con las siglas TARC (Técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos), para identificar estas nuevas formas de solucionar problemas legales.

Se habla de "alternativas" porque el parámetro de comparación es el juicio, sistema de resolución de conflictos por antonomasia. A medida que esas alternativas se multiplican y generalizan, y, de alguna manera transforman el juicio en una opción entre muchas otras alternativas que existen.

El rasgo común de estas técnicas de resolución de conflictos está en que son las partes involucradas en un conflicto las que deciden la manera como quieren encarar su solución. No se delega en un tercero la facultad de "dar a cada uno lo suyo", sino que de la interacción de las partes surge la mejor alternativa para todos. Cada persona sabe exactamente qué está dispuesta a ceder en aras del consenso.

La mediación viene a ser una de estas técnicas de resolución de conflictos, y es en este trabajo que les presentamos, la protagonista.

La mediación es descrita como: “aquel mecanismo de resolución alternativa a la jurisdicción, a través del cual las partes en conflicto llegan por sí mismas a una solución con la ayuda de un mediador, que con su formación ofrece a las partes nuevas vías de diálogo y entendimiento”. (Soletto, 2013)

Asimismo, Peña lo define como “una forma no adversarial cuyo objetivo es buscar, y facilitar la comunicación entre las partes a través de la intervención de un tercero imparcial, idóneo y cualificado, mediador, con miras al logro de un acuerdo proveniente de las partes, que ponga fin al conflicto”. (Peña, 2013)

Blanco, sin embargo, dice que, “la mediación es una TRC de carácter voluntario en el cual un tercero, el mediador, de forma neutral, imparcial y confidencial, guía a las partes para que sean estas quienes alcancen un acuerdo”. (Blanco, 2009)

Conforti, la define como “un proceso de gestión de conflicto, más o menos estructurado, en el que interviene un tercero que ayuda a las partes que buscan a través de la coordinación y cooperación satisfacer adecuadamente sus expectativas y necesidades en relación al conflicto del que se trate”. (Conforti, 2017)

En la búsqueda legislativa en otros países, encontramos datos como estos:

La mayoría de países avalan a la mediación como una forma legal de poner fin a las contiendas que se suscitan entre las partes, siempre y cuando se trate de materia transable.

Sin embargo, después de nuestra búsqueda hemos apreciado que la mediación familiar tan solo se encuentra presente en dos países Chile y Argentina. Los cuales también tienen ya instituida la mediación obligatoria en materia de familia, niñez y adolescencia.

El procedimiento inicia con una invitación a la audiencia en donde las partes por voluntad propia llegaran a un acuerdo, en este punto se realizará un acta, en la cual existe tres posibilidades, que exista un acuerdo total, parcial o la imposibilidad de llegar a un acuerdo.

En cuanto al efecto que esta acta produce cuando se ha llegado a un acuerdo, podemos señalar; que tiene el carácter de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada teniendo el mismo efecto que una sentencia de última instancia, en donde para su cumplimiento se podrá utilizar una vía de apremio.

En la legislación chilena, inicialmente la ley 19.968 tenía implícita la obligatoriedad de asistir a una sesión informativa de mediación, hasta el 2008 en donde se emitió la ley 20.286, en la cual en el artículo 106 se establece la obligatoriedad de asistir a mediación en causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular.

Mientras que en Argentina fue promulgada en mayo del 2010 la ley 26.589, la cual establece el carácter obligatorio a la mediación previa a todo proceso judicial. El procedimiento en sí, cuando lo comparamos con el ecuatoriano, no tiene mayor variación, ya que las tres señalan los mismos puntos y las mismas formas en las cual puede concluir el acta, sin embargo, se puede identificar

que la legislación argentina tiene mejor desarrollado el ámbito de aplicación de la mediación, así como la obligatoriedad de tratar de llegar a un acuerdo extrajudicialmente, lo cual está contemplado como un principio.

El autor Isaza define la mediación como “una negociación asistida por un tercero neutral e imparcial, llamado mediador, en el desarrollo de las sesiones de mediación, utiliza diversas técnicas para que las partes afectadas por el conflicto puedan restablecer su confianza en ellas mismas, posibilitando que se escuchen mutuamente, y de esa manera adviertan cuáles son los verdaderos intereses y necesidades de cada uno”. (Isaza, 2017).

Este autor entiende la mediación como una técnica o mecanismo alternativo de resolución de conflictos en el que acuden voluntariamente las partes en conflicto, y se adhieren a la intervención de un mediador, neutral e imparcial, que ayudará a que logren un acuerdo basado en sus pretensiones, derechos y aspiraciones mutuas, lográndose así, una solución más acorde a los intereses de ambas partes.

Marco Legal

2.13 Legislación sobre mediación en Ecuador

Constitución de la República

La Constitución de la República del Ecuador, trata ampliamente la mediación como técnica alternativa a la resolución de conflictos.

“Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.
2. Garantizar y defender la soberanía nacional.
3. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad.
4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico.
5. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir.
6. Promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el

fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización. 7. Proteger el patrimonio natural y cultural del país. 8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción”. (CRE, 2008)

Estos deberes quedan taxativamente establecidos a cargo del Estado y en favor de los ciudadanos y son parte de la seguridad jurídica que es una garantía constitucionalmente reconocida y también, a cargo del Estado.

“Art. 75.- 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”. (CRE, 2008)

Estas son otras de las garantías que conforman la seguridad jurídica que debe garantizar el Estado a favor de la ciudadanía, y son, el acceso gratuito a la justicia, el ciudadano no debe y no tiene que pagar por eso, y así mismo, el encargo al Juez, de garantizar el respeto a todos los derechos y garantías que conforman el debido proceso.

“Art. 177.- La Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos. La ley determinará su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia. (CRE, 2008)

Acá quedan especificados los organismos que conforman la estructura del sistema judicial, donde, además, se agruparán los funcionarios que ejercerán cada uno de los roles de dicha función pública.

“Art. 178.- Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes: 1. La Corte Nacional de Justicia. 2. Las cortes provinciales de justicia. 3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley. 4. Los juzgados de paz. El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial. La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley. La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial. La ley determinará la organización, el ámbito de competencia,

el funcionamiento de los órganos judiciales y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia”. (CRE, 2008)

En este art. 178, específicamente habla de la estructura de las diferentes instancias del sistema judicial.

Luego, pero, ya, en la sección séptima habla de los jueces de paz, que serán aquellos que intervendrán en litigios, sobre todo, vecinales y comuneros, su letra dice así:

“Sección séptima Jueces de Paz Art. 189.- Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley.

En ningún caso podrá disponer la privación de la libertad ni prevalecerá sobre la justicia indígena.

Las juezas y jueces de paz utilizarán mecanismos de conciliación, diálogo, acuerdo amistoso y otros practicados por la comunidad para adoptar sus resoluciones, que garantizarán y respetarán los derechos reconocidos por la Constitución.

No será necesario el patrocinio de abogada o abogado.

Las juezas y jueces de paz deberán tener su domicilio permanente en el lugar donde ejerzan su competencia y contar con el respeto, consideración y apoyo de la comunidad. Serán elegidos por su comunidad, mediante un proceso cuya responsabilidad corresponde al Consejo de la Judicatura y permanecerán en funciones hasta que la propia comunidad decida su remoción, de acuerdo con la ley.

Para ser jueza o juez de paz no se requerirá ser profesional en Derecho”. (CRE, 2008)

Así, llegamos al art. 190 de la Constitución del Ecuador, en el cual, se habla de los medios alternativos de solución de conflictos, en la cual, se habla de varias técnicas de negociación o mediación en la fase judicial, lo cual establece en estos terminos:

“Medios alternativos de solución de conflictos Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación

pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”. (CRE, 2008)

Código Orgánico de la Función Judicial

Actualmente el Código Orgánico de la Función Judicial establece en el artículo 130 numeral 11, que de ser necesario se derive el proceso a un Centro de Mediación extraprocésal cuyo fin es el de llegar a conciliar. Sin embargo, constantemente se suele confundir lo que significa mediación y conciliación, puesto que estos dos términos son totalmente distintos, en el primer caso el tercero neutral que es el mediador no puede plantear maneras de arreglar las diferencias, mientras que en la conciliación el Juez si puede intervenir dentro de su potestad.

Al respecto debemos intercalar que la legislación ecuatoriana establece en el Art. 46 de la Ley de Mediación, las maneras de entrar al proceso de mediación:

- a) “Convenio o acuerdo de las partes,
- b) A solicitud de las partes o de una de ellas; y,
- c) Cuando el Juez ordinario dispone en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, si las partes lo aceptan. El término, es de 15 días” (LAM, 2006)

Es por esa razón que, con la finalidad de descongestionar las Unidades Judiciales, el Consejo Nacional de la Judicatura emitió el instructivo para la derivación de causas a centros de mediación del, con el Registro Oficial 139 de 01-ago-2007, el mismo que en su Art. 1 señalaba que:

“En el Término de tres días después de recibida la demanda de la Oficina de Sorteos o directamente en caso de incidentes, el Juez de la Niñez y Adolescencia y aquellos Jueces Civiles en los que se radicó la competencia, calificará la demanda y aceptada a trámite derivará la causa, de oficio, a un centro de Mediación autorizado del lugar donde se tramita la causa.” (IDCCM, 2007)

Este Instructivo ha sido actualizado mediante la Resolución del Consejo Nacional de la Judicatura 145 Registro Oficial Suplemento 855 de 05-oct.-2016.

El laudo arbitral que viene a ser la resolución que deja aprobada el Arbitro en la mediación, tiene fuerza ejecutiva tal cual, si fuera una sentencia judicial, esto está corroborado en el art. 363 del COGEP, cuya letra aquí plasmamos:

“Art. 363.- Títulos de ejecución. - Son títulos de ejecución los siguientes: 1. La sentencia ejecutoriada. 2. El laudo arbitral. 3. El acta de mediación. 4. El contrato prendario y de reserva de dominio. 5. La sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme con las reglas de este Código. 6. Las actas transaccionales. 7. Los demás que establezca la ley. Las y los juzgadores intervendrán directamente en la ejecución de los laudos arbitrales y de las actas de mediación. Además, ejecutarán las providencias preventivas ordenadas por los tribunales de arbitraje nacionales o internacionales”. (COGEP, 2015)

A continuación, estableceremos el contenido de las diferentes fases:

1- Fase de información

Una vez que las personas protagonistas directas, expresan su voluntad de iniciar el proceso de mediación, se firma el compromiso de mediación en forma de documento privado en el que las partes y el equipo de mediación aceptan los principios de este proceso.

Este compromiso o contrato de mediación define las condiciones en cuanto a normas y compromisos de las partes implicadas en la mediación.

Favorece el diálogo, la escucha y un mayor entendimiento, facilitando la expresión e identificación de las preocupaciones de cada parte y la expresión de emociones.

2.- Elaboración de agenda

Se procede a identificar los puntos clave que las partes quieren debatir, definiendo los problemas con un lenguaje descriptivo e imparcial. Las personas protagonistas del conflicto junto con el equipo de mediación diseñan un esquema o agenda de trabajo para tratar los diferentes puntos que serán abordados.

Esta fase tiene como objetivos el entendimiento y aceptación de la otra u otras personas para favorecer una comunicación interpersonal y avanzar hacia la fase negociadora.

3.- Negociación: intereses, opciones y colaboración

El objetivo de esta fase es favorecer, mediante técnicas de comunicación y gestión de conflictos, que las partes generen opciones, buscando los intereses subyacentes a las posiciones, como modo de facilitar la negociación.

Se procede a identificar los puntos convergentes y debatiendo los divergentes, así como descubriendo los metas intereses.

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

5.- Seguimiento En cada proceso de mediación la fase de seguimiento tiene como objetivo conocer, en primer lugar, si ha habido dificultad en el cumplimiento de su acuerdo o alguna modificación de las circunstancias que requiera la modificación del mismo, así como si se ha procedido a su tramitación judicial en los conflictos de ruptura de pareja. (LAM, 2006)

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

a) “Convenio o acuerdo de las partes,

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

c) Cuando el Juez ordinario dispone en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, si las partes lo aceptan. El término, es de 15 días”. (LAM, 2006)

Ley de Arbitraje y Mediación

Para casos transigibles de niñez y adolescencia la legislación ecuatoriana prevé el siguiente procedimiento de mediación:

Centros de Mediación de Mediadores Independientes

Solución de Conflictos transigibles Procedencia

Convenio escrito de mediación

Solicitud de las partes

Solicitud Juez ordinario

Audiencia de Mediación Asunto de menores y alimentos

Susceptibles de revisión por las partes de acuerdo con el Código de menores

Firma de Acta

Acuerdo total

Acuerdo parcial

Imposibilidad de acuerdo

Efectos del Acta de Mediación:

- Sentencia ejecutoriada
- Cosa juzgada
- Vía de apremio

Para aliviar la sobrecarga o congestión de las unidades judiciales, el Consejo Nacional de la Judicatura emitió el instructivo para la derivación de causas a centros de mediación, con el Registro Oficial 139 de 01-ago-2007.

Este Instructivo en su art. 1 señala que: “En el Término de tres días después de recibida la demanda de la Oficina de Sorteos o directamente en caso de incidentes, el Juez de la Niñez y Adolescencia y aquellos Jueces Civiles en los que se radicó la competencia, calificará la demanda y aceptada a trámite derivará la causa, de oficio, a un centro de Mediación autorizado del lugar donde se tramita la causa.” (IDCCM, 2007)

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.

ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN

Ha sido empleada en esta investigación una metodología mixta, es decir, cualitativa y cuantitativa, que, además, combina la revisión bibliográfica y el análisis de datos obtenidos.

El cualitativo se refiere a la obtención de datos no numéricos y no estadísticos, es decir el factor relevante de este enfoque es el criterio u opiniones de personas que conocen del tema de estudio.

El cuantitativo se refiere a la obtención de datos numéricos y estadísticos para la investigación, por medio de la recolección de datos y análisis del mismo.

TIPOS DE INVESTIGACIÓN

Este trabajo y sus resultados, se obtuvo a través de los siguientes tipos de investigación:

Explicativa: La investigación explicativa se orienta a establecer las causas que originan un fenómeno determinado. En este caso, los conflictos que necesitan la conciliación o mediación como vía de resolución de conflictos y las causas que determinan la mediación y la conciliación. Se trata de un tipo de investigación cuantitativa que descubre el por qué y el para qué de un fenómeno. A través de este tipo de investigación se revelan las causas y efectos de lo estudiado a partir de una explicación del fenómeno de forma deductiva a partir de teorías o leyes. La investigación explicativa genera definiciones operativas referidas al fenómeno estudiado y proporciona un modelo más cercano a la realidad del objeto de estudio.

Histórico. - El tipo de investigación histórico analiza acontecimientos del pasado y busca relacionarlos con el presente, pero que son de relevancia para la comprensión del tema a tratarse en la actualidad. En función del método histórico se estudió los orígenes de la mediación como mecanismo de solución de conflictos. (Ávila, 2006).

Documental. - Héctor Ávila Baray en su obra Introducción a la Metodología de la Investigación citando a Baena dice: “La investigación documental es una técnica que consiste en la selección y recopilación de información por medio de la lectura y crítica de documentos y materiales

bibliográficos, de bibliotecas, hemerotecas, centros de documentación e información”. (Ávila, 2006).

Con este método analizamos la información objeto de nuestro tema de estudio.

Descriptiva. - Con la aplicación de este método se describirá el objeto de estudio en sus características cualidades, ventajas, desventajas, debilidades y fortalezas orientado en alcanzar un estudio detallado y completo. “Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de las personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis” (Hernández, Fernández y Baptista, 2006).

MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

Analítico Sintético. - Es un proceso analítico de razonamiento que busca reconstruir un suceso de forma resumida, valiéndose de los elementos más importantes que tuvieron lugar durante dicho suceso. En otras palabras, el método sintético es aquel que permite a los seres humanos realizar un resumen de algo que conocemos. (Ávila, 2006).

Por lo tanto, las características o detalles individualizados del objeto de estudio, una vez que fueron analizados y comprendidos se unirán nuevamente con la finalidad de determinar la veracidad de la investigación.

Con este método lograremos sintetizar ideas en torno a la necesidad de implementar la mediación como etapa procesal en los casos de familia, niñez y adolescencia.

Inductivo. - El Método inductivo, cuando se emplea como instrumento de trabajo, es un procedimiento en el que, comenzando por los datos, se acaba llegando a la teoría. Por tanto, se asciende de lo particular a lo general.

La secuencia metodológica propuesta por los inductivistas es la siguiente:

1. Observación y registro de los hechos.
2. Análisis de lo observado.
3. Establecimiento de definiciones claras de cada concepto obtenido.
4. Clasificación de la información obtenida.
5. Formulación de los enunciados universales inferidos del proceso de investigación que se ha realizado.

Es lo que se empleará en el presente trabajo de investigación, toda vez que, de estudio comparativo entre el desarrollo de un largo proceso judicial, poder simplificarlo con la aplicación de la mediación, no sólo como solución alternativa de conflicto sino como una etapa procesal dentro de un proceso.

Deductivo. - En este proyecto de investigación se aplicó el método deductivo que “es una forma de razonamiento que parte de una verdad universal para obtener conclusiones particulares”. (Maya, 2014)

Obviamente, luego de analizar las técnicas de resolución de conflictos, así como, los procedimientos para dirimir conflictos en materia de familia, niñez y adolescencia, llegamos a la deducción de que, la técnica que constituye la mediación es aplicable y puede ser exitosa, su aplicación en materia de familia, niñez y adolescencia.

Método científico: Es un método artificialmente creado por el hombre para poder producir ciencia y crear conocimiento científico, ya que el hombre no está dotado naturalmente para crear ciencia, necesita comprensión conocimientos, métodos y técnicas científicas para producirlo y así, en base a ello es que trataremos este tema para tratar de explicar científicamente como es necesaria la mediación como una etapa procesal en los casos de familia, niñez y adolescencia.

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN INSTITUCIONAL

Gestión del conocimiento y de las Instituciones.

OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

Tabla 2 Descripción de Variables

HIPOTESIS	VARIABLE INDEPENDIENTE	DEFINICIÓN	DIMENSIÓN	INDICADORES	INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS
Si se aplicara, la mediación como fase pre procesal en la gestión judicial de los conflictos en	La implementación de la mediación como fase pre procesal en el ámbito de familia en los casos niñez y adolescencia.	Significa implementar la mediación que es una de las técnicas alternativas de	A través de las técnicas y métodos de investigación que se implementan	El resultado obtenido nos lleva a sustentar la necesidad de la implementación de la mediación	Encuesta y Entrevista

<p>materia de familia, niñez y adolescencia, descongestión de la cantidad de procesos en la Función Judicial, propiciando mayor celeridad y acuerdos de paz entre los involucrados</p>		<p>resolución de conflictos legales como una fase procesal obligatoria dentro del proceso legal concebido para ello.</p>	<p>en esta investigación podremos sostener la propuesta de inclusión de la mediación como una fase procesal en los conflictos de familia, niñez y adolescencia.</p>	<p>como fase procesal.</p>	
HIPOTESIS	VARIABLES DEPENDIENTES	DEFINICIÓN	DIMENSIÓN	INDICADORES	INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS
<p>Si se aplicara, la mediación como fase pre procesal en la gestión judicial de los conflictos en materia de familia, niñez y adolescencia, descongestión de la cantidad de procesos en la Función Judicial, propiciando mayor celeridad y acuerdos de paz entre los involucrados</p>	<p>1- La descongestión de procesos en la Función Judicial, 2- Mayor celeridad procesal. 3- Acuerdos de paz.</p>	<p>1- Dada la cantidad de procesos en materia de familia, niñez y adolescencia, para los cuales solo existe legalmente concebida la posibilidad de resolverlos a través de sentencia y por la vía judicial. 2- Que corresponde a ganar rapidez haciendo cumplir la esencia del principio de celeridad procesal, en la tramitación de los conflictos en materia de familia, niñez y adolescencia.</p>	<p>A través de las técnicas y métodos de investigación que se implementan en esta investigación podremos sostener la propuesta de inclusión de la mediación como una fase procesal en los conflictos de familia, niñez y adolescencia.</p>	<p>El resultado obtenido nos lleva a sustentar la necesidad de la implementación de la mediación como fase procesal.</p>	<p>Encuesta y Entrevista</p>

		3- Serían las transacciones o acuerdos a que llegarían las partes involucradas en la mediación en materia de familia, niñez y adolescencia.			
--	--	---	--	--	--

Elaborado por: Infantes (2020)

INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Entrevistas: Para obtener una información veraz se realizó un banco de preguntas con respuestas cerradas a los Jueces de la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia 17 juzgados (con 16 jueces) que mediante resolución 118-2013 emitida por el Consejo de la Judicatura, de fecha 23 de septiembre de 2013 que en sus artículos correspondientes señala:

Artículo 8.- Agregar a continuación del artículo 27, el artículo innumerado siguiente:

“- Crear la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Guayaquil: que funcionará en el Centro Judicial Sur, que estará integrada por juezas y jueces nombrados por el Pleno del Consejo de la Judicatura.”

Artículo 9.- Sustituir el artículo 28 por el siguiente texto:

“Artículo 28.- Las juezas y los jueces que conforman la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Guayaquil, serán competentes en razón del territorio para las parroquias: Ximena, Febres Cordero, Letamendi, García Moreno y Ayacucho.”

Que nos sirva como muestra del comportamiento de los criterios de los Jueces de la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, con respecto a la posibilidad de implementar la

mediación como una fase procesal en el ámbito legal de la solución de conflictos de familia, niñez y adolescencia.

Encuestas: Para obtener una información veraz se realizó un banco de preguntas con respuestas cerradas a la población de profesionales en derecho del Colegio de Abogados de Guayaquil que nos sirva como muestra del comportamiento de los criterios de abogados, con respecto a la posibilidad de implementar la mediación como una fase procesal en el ámbito legal de la solución de conflictos de familia, niñez y adolescencia.

Estadísticas Descriptivas

Amén de que, en el marco teórico hemos referido este párrafo aquí es preciso abarcarlo para introducir el tema de este tópico. Es así como, ofrecemos los datos estadísticos en la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, obtenidos en el área de población y muestra, materia del presente estudio, en las parroquias Ximena, Febres Cordero, Letamendi, García Moreno y Ayacucho, mismas que los procesos legales en el ámbito de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia se ventilan en dicha Unidad Judicial, en relación a las causas ingresadas durante los tres últimos años, en el ámbito de niñez y adolescencia, causas por alimentos, tenencia y visitas.

Tabla 3 Número de causas por año

AÑO	2018	2019	2020 (PRIMER TRIMESTRE)
CAUSAS INGRESADAS	6305	6017	1313
CAUSAS DE ALIMENTOS/ TENENCIA/ VISITAS	4111	4115	943
CAUSAS DE ALIMENTOS	3696	3696	863
CAUSAS DE VISITAS	315	298	42
CAUSAS DE TENENCIA	100	124	38
RESUELTAS	4728	4512	984

Fuente: Archivos de Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia (2020)
Elaborado por: Infantes (2020)

En el año 2018, ingresan a la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, un total de 6.305 causas, de las cuales 4.111 corresponden a alimentos, visitas y tenencia, sólo 3.696 son procesos de alimentos, de los cuales 2.668 han sido resueltas, dejando pendientes a resolver 1.028 de causas. De las causas resueltas fueron derivadas 410 causas, debiendo el juez resolver las otras mediante audiencia y valoración de pruebas. Ahora bien, de esas 1.028 que estaban en espera de resolución, y consta como carga, aproximadamente unas 600, se encuentran en estado de falta de citación que impide que el proceso continúe y que se resuelva a favor de los niños, niñas o adolescentes reclamantes de la pensión, o simplemente la parte actora no impulsó el proceso, dejando carga laboral al juez.

En la Resolución No. 049-2020 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, en ejercicio de las atribuciones establecidas en el artículo 181 de la Constitución de República del Ecuador y el artículo 264 numerales 4, 8 y 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, **RESUELVE: APROBAR EL PLAN DE COBERTURA JUDICIAL PARA SERVIDORAS Y SERVIDORES DE LA CARRERA JUDICIAL JURISDICCIONAL A NIVEL NACIONAL 2020-2021** cuyo artículo único indica:

“Artículo Único.- Aprobar el: “Plan de Cobertura Judicial para servidoras y servidores de la carrera judicial jurisdiccional a nivel nacional 2020-2021” que se anexa a esta resolución.”

Realizan un estudio en cuanto a la carga procesal de los jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en el Sur de Guayaquil, y en su parte pertinente señala:

“En la Unidad Judicial de Familia, Niñez y Adolescencia Sur de Guayaquil se evidencia se debe a que mantiene un nivel de carga procesal elevado, con un promedio de 449 causas anuales por juez, en ese sentido se evidencia la necesidad de incrementar un (1) jueces a través de la optimización o la incorporación de nuevos servidores, puesto que con diez y nueve (19) jueces, esta Unidad Judicial Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia se encontraría al 79% de su capacidad de resolución, es decir se mantendría en estado de “alerta”. (Resolución 049-2020)

Con este análisis se evidencia, que existe un congestionamiento en la carga laboral que posee cada uno de los jueces asignados a la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, violentando el principio de celeridad, y prontitud, para el servicio oportuno, no optimizado a un

cien por ciento, por lo que se debería coordinadamente recurrir a la mediación, incluyéndola como una fase procesal, en el procedimiento.

POBLACIÓN Y MUESTRA

En esta investigación se realizó encuestas a los abogados del Colegio de Abogados del Guayas, con sede en el cantón Guayaquil, de donde sacaremos la población y muestra empleando la siguiente fórmula:

$$n = \frac{Z^2 * P * Q * N}{e^2 * (N - 1) + Z^2 * P * Q}$$

$$n = \frac{1.96^2 * 0.5 * 0.5 * 16566}{0.07^2 * (16566 - 1) + 1.96^2 * 0.5 * 0.5}$$

$$n = \frac{15909,98}{82,13}$$

$$n = 193$$

N (Población) = 16566

P (probabilidad de que ocurra el evento) = 0,5

Q (probabilidad de que no ocurra el evento) = 0,5

D (margen de error) = 0.05

Z (nivel de confianza) = 1,96

De modo que, la muestra obtenida para encuestar es de 193 abogados inscritos al Colegio de Abogados del Guayas.

Tabla 4 Población de Abogados Registrados en el Colegio de Abogados del Guayas

COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DEL GUAYAS	UNIVERSO	MUESTRA	PORCENTAJE
	16.566 abogados	193 abogados	2%

Fuente: Archivos de Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia (2020)
Elaborado por: Infantes (2020)

El estudio se realiza con el 2% de la población, siendo esta la muestra que equivale a la cantidad de 193 profesionales del Derecho, que se encuentran registrados en el Colegio de Abogados de la Provincia del Guayas.

INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN.

Encuestas- Resultados

PREGUNTA N°. 1

¿Tiene conocimiento usted de que es la mediación?

Tabla 5 Conocimiento sobre MEDIACIÓN

RESULTADO	Cantidad de encuestados.	Porcentaje
SI	193	100%
NO	0	0%
TOTAL	193	100%

Fuente: Archivos de Colegio de Abogados del Guayas (2020)
Elaborado por: Infantes (2020)

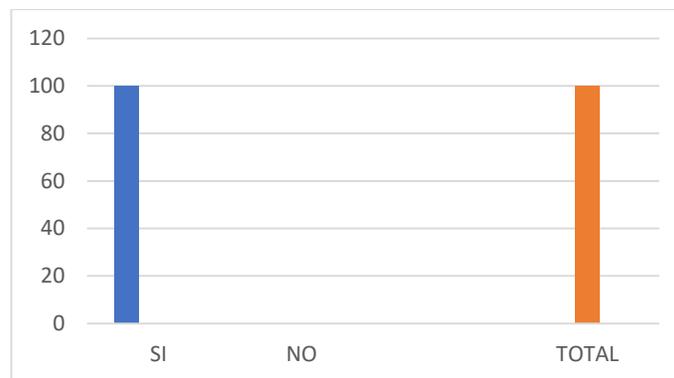


Gráfico 1 Conocimiento de Mediación

Fuente: Archivos de Colegio de Abogados del Guayas (2020)
Elaborado por: Infantes (2020)

Análisis Cuadro N° 01.

Según las encuestas realizadas a los abogados de la provincia del Guayas, se aprecia que el 100% de la muestra encuestada tiene conocimiento de en qué consiste la mediación.

PREGUNTA No. 2

¿Conoce usted que la mediación es una técnica de solución de conflicto legal que permite soluciones pacíficas?

Tabla 6 Mediación técnica de solución de conflicto legal

RESULTADO	Cantidad de encuestados. -	Porcentaje
SI	150	77,72%
NO	43	22,28%
TOTAL	193	100%

Fuente: Archivos de Colegio de Abogados del Guayas (2020)
Elaborado por: Infantes (2020)

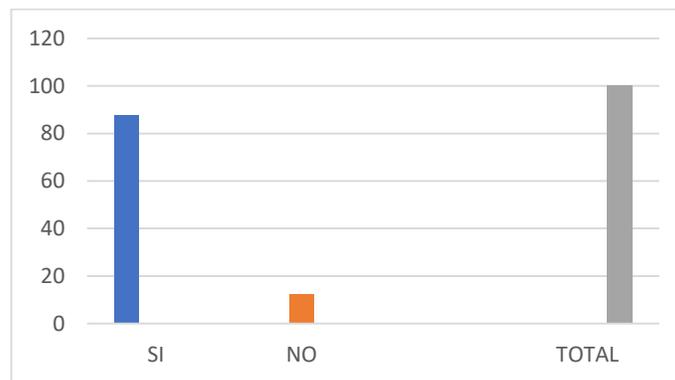


Gráfico 2 Mediación técnica de solución de conflicto legal
Fuente: Archivos de Colegio de Abogados del Guayas (2020)
Elaborado por: Infantes (2020)

Análisis Cuadro N° 02

De los 193 abogados encuestados, se obtuvo las siguientes respuestas, el 77,72% de la población manifestó que conocen que a mediación es un mecanismo o técnica para solucionar conflictos, mientras que el 22,28% de la población de abogados encuestados desconocen en que consiste la mediación.

PREGUNTA N°3

¿Entiende usted que con la mediación pueden solucionarse conflictos de familia, niñez y adolescencia en términos aceptados por los sujetos procesales?

Tabla 7 Mediación y los conflictos de familia, niñez y adolescencia

RESULTADO	Cantidad de encuestados. -	Porcentaje
SI	180	93,26%
NO	13	6,74%
TOTAL	193	100%

Fuente: Archivos de Colegio de Abogados del Guayas (2020)
Elaborado por: Infantes (2020)

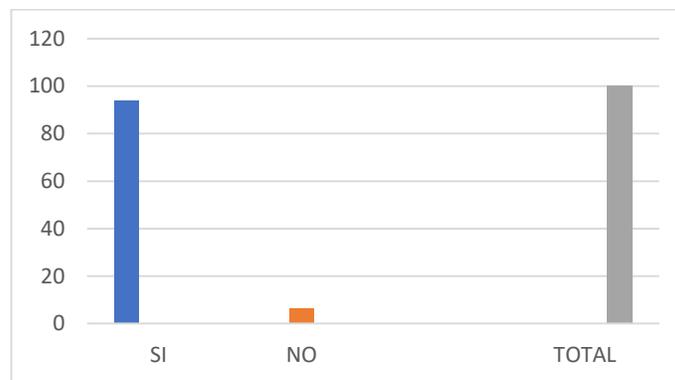


Gráfico 3 Mediación y los conflictos de familia

Fuente: Archivos de Colegio de Abogados del Guayas (2020)
Elaborado por: Infantes (2020)

Análisis Cuadro N°. 3

Se observa que el 93,26 % de los profesionales del derecho encuestados, consideran que la mediación, sería un buen mecanismo de solución de conflictos en casos de familia, niñez y adolescencia, mientras que el 6,74 % indicó que consideran que no deben solucionarse de este modo.

PREGUNTA NO. 4

¿Considera necesario que la mediación sea una fase procesal obligatoria para los procesos de familia, niñez y adolescencia?

Tabla 8 Mediación, ¿fase procesal obligatoria?

RESULTADO	Cantidad de encuestados. -	Porcentaje
SI	163	84,46%
NO	30	15,5%
TOTAL	193	100%

Fuente: Archivos de Colegio de Abogados del Guayas (2020)
Elaborado por: Infantes (2020)

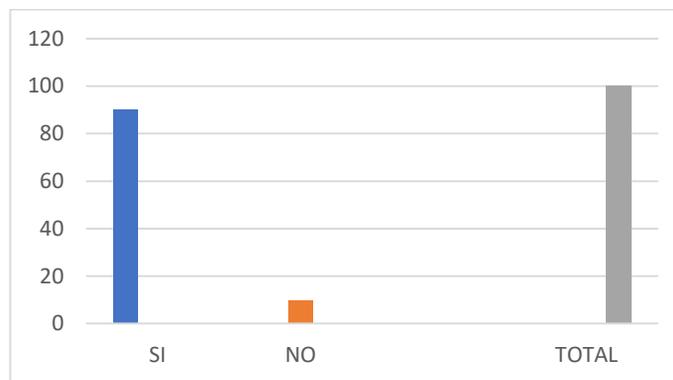


Gráfico 4 Mediación y fase procesal

Fuente: Archivos de Colegio de Abogados del Guayas (2020)
Elaborado por: Infantes (2020)

Análisis Cuadro N°. 4

Conforme a los datos recopilados de las encuestas realizadas en el presente estudio, se establece que el 84,46 % encuestado considera que la mediación, sí debería implementarse como una etapa o fase procesal para solucionar casos de familia, niñez y adolescencia, mientras que, el 15,5 % considera que no debe ser implementada como fase procesal.

PREGUNTA N°5

¿Considera que, si los procesos de familia, niñez y adolescencia transigibles se tramitan por la mediación, serían más céleres y ayudarían a la descongestión judicial?

Tabla 9 Procesos de familia, niñez y adolescencia a través de Mediación

ESULTADO	Cantidad de encuestados. -	Porcentaje
SI	120	62,18%
NO	73	37,8%
TOTAL	193	100%

Fuente: Archivos de Colegio de Abogados del Guayas (2020)

Elaborado por: Infantes (2020)

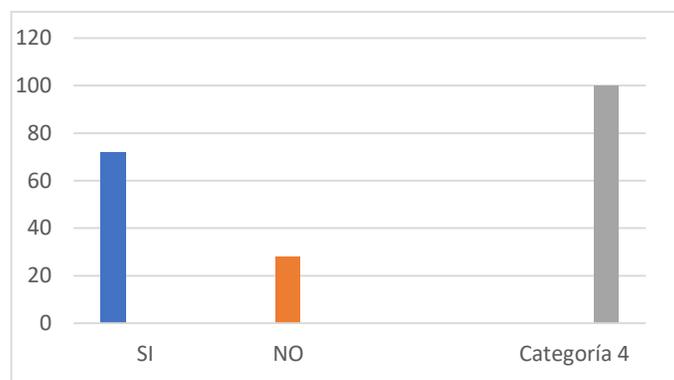


Gráfico 5 Procesos de familia, niñez y adolescencia

Fuente: Archivos de Colegio de Abogados del Guayas (2020)

Elaborado por: Infantes (2020)

Análisis Cuadro No. 05

Con respecto a la necesidad de capacitación de abogados en mediación para ser aplicada en el ámbito de familia, niñez, y adolescencia, el 62,18 % entiende que sí es necesario, mientras que el 37,8 % entiende que no es necesario.

Entrevista

Para poder aplicar esta técnica o instrumento de investigación elaboramos una Guía de Observación.

GUÍA DE OBSERVACIÓN

Para realizar mi entrevista, acudí a la Unidad Judicial Sur de Familia, niñez y adolescencia, donde existen 16 jueces competentes para tramitar y resolver los conflictos sobre estas materias, en consecuencia, hemos tomado una muestra de esta población, equivalente al 30 por ciento (30%), de esta población que se corresponde con entrevistar a 5 de estos 16 jueces. Esta entrevista la aplique el día 20 de agosto de 2020.

Antes de definir los cuestionamientos que formarían parte de mi entrevista, respondí a las siguientes preguntas:

1- ¿Qué busco?

- Conocer el punto de vista de los Jueces que trabajan en materia de familia, niñez ya adolescencia en la Unidad Judicial Sur en cuanto a la mediación como técnica de resolución de conflictos y su implementación en procesos de familia, niñez y adolescencia, así como, las ventajas de su aplicación.

Como este tema es bastante amplio, decidí acotarlo al caso particular de esta Unidad Judicial Sur de familia niñez y adolescencia de Guayaquil, para así poder conocer de la experiencia de esta unidad con respecto al tema.

2- ¿Cómo y a quién le pregunto?

Decidí consultar la opinión de los jueces competentes en esta materia de familia, niñez y adolescencia y como son 16, escogí como muestra el 30 % de ellos, lo cual equivale a 5 jueces entrevistados.

Mi entrevista consta de 5 preguntas, que son las siguientes:

Cuestionario:

PREGUNTA N° 1

¿Qué opinión tiene usted sobre la mediación como técnica de resolución de conflictos?

PREGUNTA N° 2

¿Podría usted catalogar en cuanto a cantidad los procesos vivos o en tramitación en materia de familia, niñez y adolescencia en la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia?

PREGUNTA N° 3

¿Entiende usted que a través de la mediación pueden solucionarse conflictos de familia, niñez y adolescencia en términos aceptados por los sujetos procesales?

PREGUNTA N° 4

¿Considera necesario que la mediación sea una fase procesal obligatoria para los procesos de familia, niñez y adolescencia?

PREGUNTA N°5

¿Considera usted que, si los procesos de familia, niñez y adolescencia transigibles se tramitaran por la mediación, se podría garantizar el principio de celeridad procesal y la descongestión judicial?

El cuestionario arriba mencionado lo apliqué a 5 Jueces, desafortunadamente no se me permitió grabar las entrevistas. Apliqué las entrevistas leyendo las preguntas y anotando las respuestas en una libreta debido a que no tuve mucho tiempo con cada Juez dado el señalamiento de diferentes audiencias a cargo de cada uno.

Entrevista a Juez No. 1

Dra. Viviany Villagomez

Cuestionario:

PREGUNTA N° 1

¿Qué opinión tiene usted sobre la mediación como técnica de resolución de conflictos?

Respuesta

Entiendo que es una técnica de solución de conflictos legales, que se realiza ante un árbitro o mediador.

PREGUNTA N° 2

¿Podría usted catalogar en cuanto a cantidad los procesos vivos o en tramitación en materia de familia, niñez y adolescencia en la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia?

Respuesta

No podría dar con exactitud un número de procesos, pues es un dato estadístico, sin embargo, por mi propio cumulo de trabajo entiendo que existen muchos procesos

PREGUNTA N° 3

¿Entiende usted que a través de la mediación pueden solucionarse conflictos de familia, niñez y adolescencia en términos aceptados por los sujetos procesales?

Respuesta

Entiendo que sí, sería una vía muy capaz de resolver los procesos en estas materias, sin necesidad de que resuelva un Juez, son acuerdo de las partes.

PREGUNTA N° 4

¿Considera necesario que la mediación debe ser incluida en la ley, como una fase procesal obligatoria para los procesos de familia, niñez y adolescencia?

Respuesta

Pudiera aplicarse tal y como ya está concebida, no creo necesario que sea necesario incluirla como una fase procesal obligatoria.

PREGUNTA N°5

¿Considera usted que, si los procesos de familia, niñez y adolescencia transigibles se tramitaran por la mediación, se podría garantizar el principio de celeridad procesal y la descongestión judicial?

Respuesta

Enriendo que sí, se aliviaría mucho la carga laboral y también se tramitarían más rápido.

Entrevista a Juez No. 2

Dra. Larissa Ibarra

Cuestionario:

PREGUNTA N° 1

¿Qué opinión tiene usted sobre la mediación como técnica de resolución de conflictos?

Respuesta

Opino que es una técnica novedosa en nuestra legislación nacional capaz de dar solución a diferentes conflictos y litigios y que debe ser guiado por un mediador.

PREGUNTA N° 2

¿Podría usted catalogar en cuanto a cantidad los procesos vivos o en tramitación en materia de familia, niñez y adolescencia en la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia?

Respuesta

Existe una gran cantidad de procesos en tramitación en materia de familia, niñez y adolescencia. Lo sé por conversaciones con mis compañeros de trabajo, también jueces de esta materia y por mi propia cantidad de casos.

PREGUNTA N° 3

¿Entiende usted que a través de la mediación pueden solucionarse conflictos de familia, niñez y adolescencia en términos aceptados por los sujetos procesales?

Respuesta

Claro que sí.

PREGUNTA N° 4

¿Considera necesario que la mediación debe ser incluida en la ley, como una fase procesal obligatoria para los procesos de familia, niñez y adolescencia?

Respuesta

Sí, creo que si debiera incluirse como una fase procesal obligatoria.

PREGUNTA N°5

¿Considera usted que, si los procesos de familia, niñez y adolescencia transigibles se tramitaran por la mediación, se podría garantizar el principio de celeridad procesal y la descongestión judicial?

Respuesta

Claro que sí, sería de gran ayuda y contribuiría a la descongestión de procesos judiciales sin resolver o en tramitación.

Entrevista a Juez No. 3

Dr. Jorge Medina

Cuestionario:

PREGUNTA N°. 1

¿Qué opinión tiene usted sobre la mediación como técnica de resolución de conflictos?

Respuesta

Conozco que es una técnica de resolución de conflictos ante un árbitro, juez o mediador.

PREGUNTA N° 2

¿Podría usted catalogar en cuanto a cantidad los procesos vivos o en tramitación en materia de familia, niñez y adolescencia en la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia?

Respuesta

Doy fe de que son muchos casos constantemente.

PREGUNTA N° 3

¿Entiende usted que a través de la mediación pueden solucionarse conflictos de familia, niñez y adolescencia en términos aceptados por los sujetos procesales?

Respuesta

Por supuesto que sí.

PREGUNTA N° 4

¿Considera necesario que la mediación debe ser incluida en la ley, como una fase procesal obligatoria para los procesos de familia, niñez y adolescencia?

Respuesta

Opino que sí, sería de gran ayuda.

PREGUNTA N°5

¿Considera usted que, si los procesos de familia, niñez y adolescencia transigibles se tramitaran por la mediación, se podría garantizar el principio de celeridad procesal y la descongestión judicial?

Respuesta

Seguramente que sí.

Entrevista a Juez No. 4

Dr. Tito Zambrano

Cuestionario:

PREGUNTA N° 1

¿Qué opinión tiene usted sobre la mediación como técnica de resolución de conflictos?

Respuesta

Es una forma de resolver conflictos legales.

PREGUNTA N° 2

¿Podría usted catalogar en cuanto a cantidad los procesos vivos o en tramitación en materia de familia, niñez y adolescencia en la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia?

Respuesta

La cifra exacta no conozco, me ha sorprendido con la pregunta, no tome previsiones para ello, pero puedo decir que siempre hay muchos casos en estas materias.

PREGUNTA N° 3

¿Entiende usted que a través de la mediación pueden solucionarse conflictos de familia, niñez y adolescencia en términos aceptados por los sujetos procesales?

Respuesta

Sí.

PREGUNTA N° 4

¿Considera necesario que la mediación debe ser incluida en la ley, como una fase procesal obligatoria para los procesos de familia, niñez y adolescencia?

Respuesta

Podría incluirse o también podría continuar como está concebido hasta ahora.

PREGUNTA N°5

¿Considera usted que, si los procesos de familia, niñez y adolescencia transigibles se tramitaran por la mediación, se podría garantizar el principio de celeridad procesal y la descongestión judicial?

Respuesta

Debería implementarse de modo obligatorio, y seguramente muchos casos podrían ser resueltos en esta etapa. Seguramente que sí.

Entrevista a Juez No. 5

Dra. Lourdes Morales

Cuestionario:

PREGUNTA N° 1

¿Qué opinión tiene usted sobre la mediación como técnica de resolución de conflictos?

Respuesta

Es una técnica que se ha ido introduciendo en el derecho ecuatoriano, en varias materias o ramas del derecho y permite poner fin a los asuntos legales, a través del acuerdo de las partes.

PREGUNTA N° 2

¿Podría usted catalogar en cuanto a cantidad los procesos vivos o en tramitación en materia de familia, niñez y adolescencia en la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia?

Respuesta

Son muchos.

PREGUNTA N° 3

¿Entiende usted que a través de la mediación pueden solucionarse conflictos de familia, niñez y adolescencia en términos aceptados por los sujetos procesales?

Respuesta

Sí, claro, sería la mejor forma de solucionarlos.

PREGUNTA N° 4

¿Considera necesario que la mediación debe ser incluida en la ley, como una fase procesal obligatoria para los procesos de familia, niñez y adolescencia?

Respuesta

Si, opino que debería existir en la ley como una fase procesal obligatoria.

PREGUNTA N°5

¿Considera usted que, si los procesos de familia, niñez y adolescencia transigibles se tramitaran por la mediación, se podría garantizar el principio de celeridad procesal y la descongestión judicial?

Respuesta

Podría lograrse con mayor efectividad.

Análisis de resultados

A través de esta técnica obtuvimos que, el 100 % de los jueces entrevistados coincide en que la mediación es una técnica de resolución de conflictos capaz de resolver procesos legales en materia de familia, niñez y adolescencia con mayor celeridad y prontitud y que debería ser concebida como una fase procesal obligatoria, esto último fue opinión del 60 % de los entrevistados, mientras que el 40 % entendió que pudiera ser obligatoria como fase procesal o no, pero que, de cualquier forma, debería aplicarse siempre.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA/DESARROLLO DEL TEMA

Título de la propuesta

Propuesta de la mediación como etapa procesal en el ámbito de familia, niñez y adolescencia, en aras de lograr la descongestión judicial

Objetivos

Proponer la mediación como técnica de resolución de conflictos para que sea considerada legalmente como una etapa procesal en el ámbito de familia, niñez y adolescencia, en aras de lograr la descongestión judicial.

Justificación

De lo analizado en el presente trabajo investigativo, se ha podido obtener en base a las fuentes del derecho y en concordancia con los métodos de investigación empleados sobre la mediación, que, esta es una técnica de solución de conflictos que permite resolver varias materias y litigios legales que son frecuentes en el Derecho, y que sería aconsejable en materia de niñez, adolescencia, familia y alimentos, tal y como hemos enfocado en todo el trabajo.

El objetivo general iba encaminado a analizar el problema científico planteado y específicamente fue planteado en estos términos:

1. Analizar teórica y procesalmente la implementación legal de la mediación como fase procesal en el ámbito de familia, niñez y adolescencia, para mayor celeridad en la solución de estos asuntos y descongestión judicial dentro de la administración de justicia ecuatoriana.

El Derecho Civil como bien sabemos se erige en su totalidad sobre dos institutos jurídicos, dígame la familia y los bienes materiales, sobre ambas instituciones se erigen derechos y obligaciones, en incluso, se han derivado otros institutos jurídicos dentro del Derecho Civil.

Por otro lado, también está presente y con naturaleza transigible los conflictos del derecho de familia que son de carácter subjetivo y, cuando se trata de las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que dentro del grupo familiar mantiene cada uno de los miembros con los demás, para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar; y en sentido objetivo es el conjunto de normas y preceptos que mantienen entre si los miembros de la familia.

Existen varios aspectos en materia de familia, niñez ya adolescencia que son susceptibles de establecer transacciones o acuerdos sobre ellos, tal es el caso previsto en el artículo 296 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, (CONA): la mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y adolescencia.

Instituciones jurídicas como:

Patria Potestad, Tenencia, Régimen de visita, Pensión alimenticia, son instituciones en las que puede y debe existir legalmente la posibilidad de transigir.

Y dado que, la mediación familiar es un recurso alternativo de resolución de conflictos en el que las partes reflexionan y dialogan con el objetivo de generar alternativas posibles para la resolución de sus conflictos. Es un proceso voluntario y confidencial donde las partes asumen la responsabilidad por la construcción de las resoluciones; las personas son autoras de la solución de sus conflictos.

Descripción de la propuesta

Finalizando la presente investigación, se contempla necesario la creación de la normativa o articulado regulatorio que dará paso a establecer la mediación como una etapa procesal a aplicar en los conflictos de familia, alimentos, niñez y adolescencia, logrando así, dotar de mayor celeridad a estos procesos que innecesariamente demoran y congestionan la justicia.

PROYECTO DE VALIDACIÓN DE LA PROPUESTA

Esta propuesta es válida, además de novedosa y original, primero, porque está concebido en el art. 190 de la Constitución de la República que la mediación es concebida en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano como una vía alternativa a la solución de conflictos, a los efectos de corroborar nuestro planteamiento transcribamos la letra de dicho artículo:

“Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”. (CRE, 2008)

Y es precisamente la materia de familia, niñez y adolescencia, una de las materias de derecho en las que, por su naturaleza es posible transigir, lo cual además redunda en beneficios procesales ya explicados en el acápite de los beneficiarios.

Su costo, además, es mínimo, nos referimos al costo económico de implementar esta propuesta a vías de hecho, pues implicaría estudiar la misma, los antecedentes y fundamento jurídicos, así como, comenzar el proceso reformativo de la ley.

Una vez implementado se lograrían grandes beneficios tanto constitucionales, jurídicos, familiares, sociales, como económicos, toda vez que, se descongestionaría ostensiblemente el trabajo de las unidades judiciales, aliviando la sobrecarga laboral de los jueces y auxiliares de la función judicial, se lograría garantizar principios constitucionales como la celeridad procesal, evitando la mora procesal y judicial.

Además, se lograrían decisiones basadas en el acuerdo y voluntad de las partes, dejando a un lado la imposición a disgusto que en muchas ocasiones hay que asumir con las decisiones judiciales,

pues en definitiva la decisión que deje resuelta en laudo el árbitro o mediador, irá basada en el acuerdo y coincidencia de voluntades de las partes.

El propio COGEP, establece a partir de su art. 120 las diligencias preparatorias a realizarse en los procesos civiles, es exactamente aquí, donde pretendemos sea analizada la posibilidad de incluir la mediación como una fase procesal obligatoria, para explicarlo mejor transcribimos la letra del articulado del COGEP, que establece lo referente a este tema:

“Art. 120.- Aplicación. Todo proceso podrá ser precedido de una diligencia preparatoria, a petición de parte y con la finalidad de:

1. Determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso.
2. Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse. La o el juzgador que conozca la diligencia preparatoria será también competente para conocer la demanda principal”. (COGEP, 2015)

“Art. 121.- Presentación y calificación de la diligencia. La parte que solicite diligencia preparatoria señalará los nombres, apellidos y domicilio de la persona contra quien promoverá el proceso, el objeto del mismo y la finalidad concreta del acto solicitado.

La o el juzgador calificará la petición y dispondrá o rechazará su práctica. En el primer caso citará a la persona contra quien se la pide y señalará día y hora en que se efectúe la diligencia.

La persona contra quien se promueve la diligencia podrá, en el momento de la citación, oponerse a la misma o solicitar su modificación o ampliación. La o el juzgador resolverá lo que corresponda. Si existe agravio, la o el solicitante o la parte contra quien se dicta el acto solicitado, podrá apelar con efecto diferido.

Si la o el juzgador niega la diligencia solicitada, la parte afectada podrá interponer recurso de apelación con efecto suspensivo”. (COGEP, 2015)

“Art. 122.- Diligencias preparatorias. Además de otras de la misma naturaleza, podrá solicitarse como diligencias preparatorias:

1. La exhibición de la cosa mueble que se pretende reivindicar o sobre la que se practicará secuestro o embargo; la del testamento, cuando la o el peticionario se considere la o el heredero, legataria o legatario o albacea; la de los libros de comercio cuando corresponda y demás documentos pertenecientes al comerciante individual, la sociedad, comunidad o asociación; exhibición de los documentos necesarios para la rendición de cuentas por quien se halle legalmente obligado a rendirlas; y en general, la exhibición de documentos en los casos previstos en este Código.
2. La exhibición de los títulos u otros instrumentos referentes a la cosa vendida, por parte de su enajenante en caso de evicción o pretensiones similares.
3. El reconocimiento de un documento privado.
4. El nombramiento de tutora o tutor o curadora o curador para las o los incapaces que carezcan de guardadora o guardador o en los casos de herencia yacente, bienes de la persona ausente y de la o del deudor que se oculta.
5. La apertura de cajas o casilleros de seguridad en las instituciones del sistema financiero.
6. La inspección preparatoria si la cosa puede alterarse o perderse.
7. La recepción de las declaraciones urgentes de las personas que, por su avanzada edad o grave enfermedad se tema fundadamente puedan fallecer o de quienes estén próximos a ausentarse del país en forma permanente o por un largo período”. (COGEP, 2015)

“Art. 123.- Procedimiento. La competencia para conocer y ordenar la práctica de las diligencias preparatorias se radica por sorteo de acuerdo con la materia del proceso en que se pretendan hacer valer y determina la competencia de la o del juzgador para conocer el proceso principal.

Si la o el peticionario no concurre a la diligencia, tendrá los mismos efectos de la falta de comparecencia a las audiencias”. (COGEP, 2015)

Luego del análisis de las normas pertinentes hemos entendido que en el art. 120 sobre Diligencias preparatorias, debería existir una tercera diligencia a practicarse de modo obligatorio para los casos de familia niñez y adolescencia, lo cual quedaría redactado según nuestra visión que propondremos a partir de que el propio COGEP, establece a partir de su art. 120, las diligencias preparatorias a realizarse en los procesos civiles, es exactamente aquí, donde pretendemos sea

analizada la posibilidad de incluir la mediación como una fase procesal obligatoria, para explicarlo mejor transcribimos la letra del articulado del COGEP, que establece lo referente a este tema:

“Art. 120.- Aplicación. Todo proceso podrá ser precedido de una diligencia preparatoria, a petición de parte y con la finalidad de:

- 1. Determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso.*
 - 2. Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse. La o el juzgador que conozca la diligencia preparatoria será también competente para conocer la demanda principal.*
 - 3. Señalar día y hora para audiencia obligatoria de mediación en los casos de familia, niñez y adolescencia, para explorar la voluntad y posibilidades de lograrse un acuerdo conciliatorio”.*
- Todo lo que podrá hacer el mismo Juez.*

Así mismo, deberá incluirse en el art. 122, lo cual podría quedar según nuestra propuesta, redactado en estos términos:

“Art. 122.- Diligencias preparatorias. Además de otras de la misma naturaleza, podrá solicitarse como diligencias preparatorias:

- 1. La exhibición de la cosa mueble que se pretende reivindicar o sobre la que se practicará secuestro o embargo; la del testamento, cuando la o el peticionario se considere la o el heredero, legataria o legatario o albacea; la de los libros de comercio cuando corresponda y demás documentos pertenecientes al comerciante individual, la sociedad, comunidad o asociación; exhibición de los documentos necesarios para la rendición de cuentas por quien se halle legalmente obligado a rendirlas; y en general, la exhibición de documentos en los casos previstos en este Código.*
- 2. La exhibición de los títulos u otros instrumentos referentes a la cosa vendida, por parte de su enajenante en caso de evicción o pretensiones similares.*
- 3. El reconocimiento de un documento privado.*
- 4. El nombramiento de tutora o tutor o curadora o curador para las o los incapaces que carezcan de guardadora o guardador o en los casos de herencia yacente, bienes de la persona ausente y de la o del deudor que se oculta.*
- 5. La apertura de cajas o casilleros de seguridad en las instituciones del sistema financiero.*
- 6. La inspección preparatoria si la cosa puede alterarse o perderse.*

7. La recepción de las declaraciones urgentes de las personas que, por su avanzada edad o grave enfermedad se tema fundadamente puedan fallecer o de quienes estén próximos a ausentarse del país en forma permanente o por un largo período.

8. La celebración de audiencia de mediación en ocasión pre procesal y cuya celebración será de modo obligatorio con independencia a su resultado, se realizará con la finalidad de procurar acuerdo entre las partes, en procesos de familia, niñez y adolescencia, de modo que, de lograrse, evite el comienzo de un proceso civil contencioso y judicial, cualquiera que este fuere en estas materias”.

Es criterio de esta autora que, con esto estaríamos logrando incluir una fase pre procesal obligatoria, a señalarse tanto de oficio, por iniciativa del propio Juzgador, respaldado legalmente para ello, así como, a instancia de los sujetos procesales, procurando con ello, lograr una mediación, transacción o acuerdo que sea previo y oportuno y anterior al impulso del proceso correspondiente, sea éste en materia de familia, niñez o adolescencia.

Factibilidad de aplicación

La propuesta que presentamos es totalmente factible, pues, en primer lugar, está sustentada en técnicas de investigación científica, es aplicable pues se requiere recurso y talento humano para poder estudiar la necesidad de la reforma, en consecuencia, reformar la ley al respecto, abarcaría la modificación obviamente, a nivel nacional y representaría ahorro de varios recursos, tanto materiales como humanos, al propiciarse como resultado, la descongestión judicial y la celeridad procesal.

Beneficiarios de la Propuesta

Con la implementación de esta propuesta investigativa habría varios beneficiarios, a decir en orden:

- La función judicial, que fluirá mejor con respecto a la administración de justicia en materia de familia, niñez y adolescencia.
- La descongestión judicial en materia de familia, niñez y adolescencia.

- La ciudadanía, por cuanto se resolverían los procesos en cuestión, con mayor celeridad, y prontitud.
- La familia, los niños y adolescentes, pues los acuerdos adoptados con respecto al objeto de litis estaría tomado por la voluntad de los intervinientes como sujetos procesales o de sus representantes legales, así como, reinaría la paz en las decisiones adoptadas y esto conllevaría al cumplimiento voluntario de las mismas y a una mayor y más armónica cohesión familiar.

Conclusiones de la propuesta

- 1- La única forma de poder implementar la mediación en los procesos de familia, niñez y adolescencia, como una etapa procesal obligatoria y legalmente concebida, se hace necesario modificar el COGEP, en la parte referente a las diligencias preparatorias, exactamente los art. 120 y 122 del COGEP, a fin de incorporarlo como una diligencia preparatoria a practicarse por los propios jueces previo a proceso judicial, lo cual conllevaría a la posible terminación por acuerdo del proceso.

CONCLUSIONES

1. La mediación es una vía de solución de conflictos legales que está aceptada desde el punto de vista constitucional en el art. 190 de la Constitución de la República del Ecuador, pero a pesar de ello, en muchas ocasiones no se agotan las posibilidades reales de su aplicación.
2. La realidad en la administración de justicia ecuatoriana se caracteriza por tener una congestión importante en procesos judiciales en el ámbito de la familia, la niñez y a la adolescencia, esto conlleva a la mora en la solución de los casos, así como, en la sobrecarga para los jueces y auxiliar de la función judicial, que se dilata con procesos judiciales extensos y varias diligencias legales y procedimentales que podrían abreviarse si se lograra la mediación llevada a cabo por el propio Juez, , que si bien, en caso de no lograrse la mediación sería una diligencia procesal o Preprocesal mas, por hacer, también es cierto y aún más contundente que, de tener éxito la misma terminaría de forma pacífica, pronta y mediadora, y, en consecuencia, el proceso y conllevaría a evitar más tiempo en la solución de estos conflictos legales, así como, la descongestión en cuanto a recursos e, impugnación por primar el acuerdo de las partes en la resolución en cuestión.
3. Con el rol que desempeñe el Juez, que ha sido designado para conocer la causa, debe quedar garantizado, a través de su actuación, el acceso gratuito a la justicia pues de llegarse a la conciliación en virtud de la mediación practicada, esto lo harán las partes involucradas a través de mediadores que pertenezcan a centros de mediación, debidamente autorizados a solucionar su conflicto legal y evitar así, la congestión y demora del proceso judicial.
4. Para poder practicar de modo obligatorio la mediación en los procesos de familia, niñez y adolescencia, se hace necesario modificar el COGEP, en la parte referente a las diligencias preparatorias, exactamente los art. 120 y 122 del COGEP, a fin de incorporarlo como una diligencia preparatoria a practicarse por los propios jueces previo a proceso judicial, lo cual conllevaría a la posible terminación por acuerdo del proceso.

RECOMENDACIONES

- 1- Se recomienda a la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, conciba y prevea espacios en los cuales pueda darse a conocer entre estudiantes y abogados, el resultado de esta investigación a fin de comprender las ventajas en la implementación de la mediación como fase procesal dentro de las diligencias preparatorias, en el ámbito de la familia, la niñez y la adolescencia.
- 2- A la Asamblea Nacional evalúe esta propuesta a fin de implementar la reforma legislativa correspondiente dentro del COGEP, al ser el código que reúne todos los procedimientos para materias no penales, donde se incluye derecho civil, familia, niñez y adolescencia. Debiendo ser modificado exactamente, en los arts. 120 y 122, estableciendo la audiencia de mediación como una diligencia preparatoria y previa a la fase judicial, que pueda solucionar los conflictos legales en materia de familia, niñez y adolescencia.
- 3- A los centros de Mediación y a las instituciones gubernamentales de nuestro país, una campaña de conocimiento y expansión de la cultura de paz, para evitar la congestión judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta, A. (2010). Mecanismos alternativos de resolución de conflictos: el Mediador. Revista Electrónica Psicología Social Poiésis.
- Aguirre, V. (2010). El derecho a la tutela judicial efectiva. Foro Revista de derecho.
- Anda, C. (2015), Escuchar es una Actitud, en ESCUCHAR es una ACTITUD-CAL- Mayo2015ComentANR.pdf.
- Aguirrézabal, (2013), Comentarios de Jurisprudencia, Mediación previa obligatoria y acceso a la justicia en el proceso de familia: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722013000100017
- Blanco, M. (2009) Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos: una visión jurídica, Madrid, Editorial Reus.
- Bush, R. y Folger, J. (1996) La promesa de mediación: Cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento, Barcelona, Ediciones Granica.
- Cataño, J. (2004). Tratado sobre Conciliación, Bogotá, Editorial Leyer.
- Carballo, G. (2013). La mediación en el ámbito familiar. Revista Jurídica de Castilla León. Madrid-España: Junta de Castilla y León, 29, 10-24.
- Castán, J. (1976). Derecho Civil Español común y foral. Derechos de Familia, Relaciones Conyugales, Madrid: Editorial Reus.
- Congreso Nacional, Ecuador. (1861). Código Civil. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Congreso Nacional, Ecuador. (2002). Código Orgánico de Niñez y Adolescencia. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Consejo Nacional de la Judicatura, Derivación de Causas Judiciales a Centros de Mediación y Arbitraje, Resolución del Consejo Nacional de la Judicatura 1, Registro Oficial 145 de 05-oct-2016, Estado: Vigente, Tomado de www.lexis.com.ec. Consejo Nacional de la Judicatura, Derivación de Causas Judiciales a Centros de Mediación y Arbitraje,

- Resolución del Consejo Nacional de la Judicatura 1, Registro Oficial 139 de 01-ago-2007, Tomado de www.lexis.com.ec.
- Folger, R. 1994, 1996 y 2006, *La Promesa de la Mediación*. Buenos Aires-Argentina: Granica.
- García, U. (2007). *Mecanismos Alternativos de resolución de conflictos*.
- Cobb, S. (1997) Una perspectiva narrativa de la mediación, en J.P. Folger, y Ts. Jones, (Compiladores) *Nuevas direcciones en mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales*. Buenos Aires, Paidós Mediación.
- Conforti, F. (2017) *Construcción de paz. Diseño de intervención en conflictos*, Madrid,
- Entelman, R. (2002) *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*, Barcelona, Gedisa.
- Farré, S. (2004) *Gestión de conflictos: Taller de mediación: Un enfoque socioafectivo*, Barcelona, Ariel.
- Fisher, R., Patton, B., y Ury, W. (1993) *Si... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, Bogotá, Editorial Norma.
- García, F. (2013) *La conciliación civil y comercial*, Bogotá, Ibáñez.
- Gil, J. (2011) *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*, Bogotá, Editorial Temis.
- Isaza, Juan, (2017), *Justicia restaurativa comunitaria en Colombia: el palabrero Wayuu*, En José Luis de la Cuesta, *Justicia restaurativa y terapéutica. Hacia innovadores modelos de justicia*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Isaza, Juan, (2016) *Sobre el concepto de justicia aplicado al derecho y la relación entre la justicia social y el derecho penal*, En María Ramírez, *Justicia. Un enfoque transdisciplinar*. Barranquilla, Editorial Universidad del Norte.
- Isaza, Juan, (2014) *El modus vivendi como una nueva interpretación de la tolerancia Liberal, una visión desde la obra de John Gray*, En Julia Sandra Bernal, *Los Derechos Humanos: Una mirada interdisciplinar*. Barranquilla, Editorial Universidad del Norte, pp. 225-272.
- Junco, J. (2007), *La conciliación: Aspectos sustanciales y procesales en el sistema acusatorio*, Bogotá, Temis.

- Márquez, A, (2012) La mediación como mecanismo de justicia restaurativa, Revista Prolegómenos - Derechos y Valores, Volumen XV, No.29. Revista de Paz y Conflictos · artículos originales.
- Mazo, H. (2013), La mediación como herramienta de la justicia restaurativa, Opinión Jurídica, 12.
- Moore, C. (2010) El proceso de mediación: Métodos prácticos para la resolución de conflictos, Buenos Aires, Granica.
- Peña, M, (2013) El proceso de mediación, capacidad y habilidades del mediador, Madrid, Editorial Dykinson.
- Sampieri, R., Collado, C., Lucio, P. y Pérez, M, (1998). Metodología de la investigación. McGraw-Hill.
- Sierra, N. (2003), La Conciliación en Familia. Normas, Conceptos, Jurisprudencia y Doctrina, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley.
- Soletto, H. (2007). Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades para una necesidad emergente, Madrid, Tecnos.
- Suares, M. (1996) Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas, Buenos Aires, Editorial Paidós.
- Torres, H, (2014), Teorías Sobre el Conflicto y Mecanismos de Resolución de Conflictos, en: <https://docplayer.es/amp/69726973-Teorias-sobre-el-conflicto-y-mecanismos-de-resolucion-de-conflictos-hector-alvarez-torres.html> .
- Watzlawick, P., Bavelas, J. y Jackson, D. (2002), Teoría de la comunicación humana. Herder Editorial, S.L. Barcelona.

ANEXOS

Encuesta

PREGUNTA N° 1

¿Tiene conocimiento usted de que es la mediación?

PREGUNTA N° 2

¿Conoce usted que la mediación es una técnica de solución de conflictos legales que permite soluciones pacíficas?

PREGUNTA N° 3

¿Entiende usted que con la mediación pueden solucionarse conflictos de familia, niñez y adolescencia en términos aceptados por los sujetos procesales?

PREGUNTA N° 4

¿Considera necesario que la mediación sea una fase procesal obligatoria para los procesos de familia, niñez y adolescencia?

PREGUNTA N° 5

¿Considera que, si los procesos de familia, niñez y adolescencia transigibles se tramitan por la mediación, serían más céleres y ayudarían a la descongestión judicial?

Entrevista

PREGUNTA N° 1

¿Qué opinión tiene usted sobre la mediación como técnica de resolución de conflictos?

PREGUNTA N° 2

¿Podría usted catalogar en cuanto a cantidad los procesos vivos o en tramitación en materia de familia, niñez y adolescencia en la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia?

PREGUNTA N° 3

¿Entiende usted que a través de la mediación pueden solucionarse conflictos de familia, niñez y adolescencia en términos aceptados por los sujetos procesales?

PREGUNTA N° 4

¿Considera necesario que la mediación sea una fase procesal obligatoria para los procesos de familia, niñez y adolescencia?

PREGUNTA N°5

¿Considera usted que, si los procesos de familia, niñez y adolescencia transigibles se tramitaran por la mediación, se podría garantizar el principio de celeridad procesal y la descongestión judicial?