

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

“MEDIACIÓN; UNA ALTERNATIVA PARA LA
SOLUCIÓN DEL CONFLICTO FAMILIAR EN EL
RÉGIMEN DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”

Realizado por:

MARÍA JOSÉ LASSO DÍAZ

Como requisito para la obtención del título de
ABOGADA

QUITO, OCTUBRE DE 2011

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, María José Lasso Díaz, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido previamente presentada para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

.....
MARÍA JOSÉ LASSO DÍAZ
C.C. 172183700-1

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado
**“MEDIACIÓN; UNA ALTERNATIVA PARA LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO
FAMILIAR EN EL RÉGIMEN DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”**

Realizado por la alumna

MARÍA JOSÉ LASSO DÍAZ

como requisito para la obtención del título de

ABOGADA

ha sido dirigido por el profesor

DR. GABRIEL GALAN MELO

quien considera que constituye un trabajo original de su autor.

.....
DR. GABRIEL GALAN MELO

Director

Los profesores informantes

DR., y

DR.

después de revisar el trabajo escrito presentado,
lo han calificado como apto para su defensa oral ante el tribunal examinador.

.....
DR.

.....
DR.

Quito, a 31 de octubre 2011

AGRADECIMIENTOS

Un agradecimiento especial al Dr. Gabriel Galán Melo, sus enseñanzas siempre me ayudaron a despejar muchas dudas, sus sabios consejos y dirección cooperaron para poder terminar el presente trabajo.

Por enseñarme a luchar por lo justo, y que la honestidad y la lealtad hacen de todos unas mejores personas y que así lograremos muchas cosas.

DEDICATORIA

A Dios por haberme abierto todas las puertas que le pedí, porque nunca me fallo y cuando lo pensé siempre tuvo otro plan mejor para mí.

A mis padres por ser los pilares fundamentales en mi vida, porque gracias a ellos soy la persona que soy, por hacerme feliz y consentirme todos los días de mi vida, su amor siempre fue incondicional y sin medida, su esfuerzo y forma de ser siempre será un ejemplo para mí les amo con todo mi corazón.

A mis hermanos, cuñadas y sobrinos por quererme como soy, aceptarme con mis locuras apoyarme en todas mis decisiones y ser mis cómplices de alegrías y tristezas.

A mi Javi por enseñarme cosas que pensé que no existían, por querer que siempre sea mejor (con tus consejos siempre ayudaste en eso) eres la persona más noble que conocí, gracias por ser parte de mi vida.

RESUMEN

Las personas por naturaleza nos vemos inmersas en conflictos, a los cuales buscamos siempre darles una solución, a raíz de 1789 con la creación del Estado de Derecho, hemos contado con el Órgano Jurisdiccional quien va administrar justicia y va a poner fin a nuestra controversia.

Esta forma de administrar justicia no siempre cumple con los requerimientos y las necesidades que tenemos y menos aún se ajusta a la premura que exigimos, ya que la falta de capacidad administrativa, retrasa los procesos, alarga los tiempos y nos agota, todos estos factores se ligan a una situación angustiosa, complicando un ciudadano acudir a la justicia ordinaria..

Por lo antes hablado es que nacen los Métodos Alternativos para la Solución de Conflictos, como una respuesta viable y eficaz para la ciudadanía, como es el caso del denominado como Mediación. Dentro del conflicto familiar, los más afectados son los niños, niñas y adolescentes, por estar considerado como un grupo de atención prioritaria y ser un tema delicado, la Mediación es una forma factible para solucionar la controversia, considerando que las decisiones las tomaran las partes, tratando de que la resolución satisfaga los interés y necesidades de los niños niñas y adolescentes, así el mediador y el personal de apoyo ofrecerán herramientas para manejar el conflicto de una mejor manera.

Por la forma en la que se maneja la mediación, en el ámbito del conflicto familiar es muy positivo ya que se realizará en un ambiente cómodo y tranquilo brindando confianza y seguridad, garantizando además la protección integral de los niños, niñas y adolescentes y el efecto de sus actas serán las mismas que las que, se pueden obtener en un juicio es decir, una sentencia ejecutoriada.

ABSTRACT

People by nature we are immersed in conflict, which we always give a solution, following 1789 with the creation of the rule of law, we had the court who will administer justice and will end our dispute.

This form of administering justice does not always meet the requirements and the needs we have, let alone conform to the urgency it demands, since the lack of administrative capacity, delaying the process, extend the time and we run out, all these factors linked to a painful situation, complicating a citizen go to the courts ..

It is telling that arise Alternative Methods for Conflict Resolution as a viable and effective citizenship, as is the case referred to as mediation. Within the family conflict, the most affected are children and adolescents, being considered a priority group and being a sensitive issue, mediation is a feasible way to resolve the dispute, given that decisions are taken parts , trying to satisfy the resolution interest and needs of children and adolescents, and the mediator and support staff will provide tools to manage conflict better.

The way in which mediation is handled in the area of family conflict is very positive, to be held in a comfortable and quiet providing confidence and security while also ensuring the full protection of children and adolescents and the effect of its proceedings shall be those which can be obtained in a trial that is, a judicial decision.

RESUMEN EJECUTIVO

Previo al establecimiento de las consideraciones jurídicas referentes al tema de los conflictos familiares, es imperativo desarrollar un análisis que verse sobre las directrices que dan lugar al conflicto como parte de las relaciones existentes entre los miembros de una sociedad.

Por naturaleza el conflicto es inherente a la relación humana, los distintos objetivos, intereses de cada persona, nos ponen en una situación antagónica que provocan una confrontación con la otra parte, buscando así eliminar al contrincante para poder lograr los objetivos planteados.

Esta confrontación que se generan por intereses individuales, muchas veces trascienden e involucran a la familia, estos conflictos se generan por relaciones de parento filial, conyugales o factores exteriores que involucren a la familia.

En cuanto se refiere al estudio de los parámetros constitutivos de los conflictos familiares, es necesario partir de la idea que considera a la familia como un grupo relacionado en torno a varios factores de interés común, en donde, se estructura un sistema de vínculos interpersonales caracterizado por los nexos y la influencia mutua que se presenta entre sus miembros, lo cual da lugar en segunda instancia, a la configuración de una compleja red de información que circula en el sistema como resultado de los mensajes de cada uno de los integrantes.

El ámbito específico del niño, niña y adolescente en sus relaciones familiares, en donde se establece que la familia constituye el núcleo fundamental de la estructura social, así como también el medio natural y adecuado para el desarrollo integral de sus miembros,

principalmente de aquellos que se encuentran considerados por el régimen constitucional como grupo humano que requiere de atención prioritaria.

Por ello los legisladores ecuatorianos han dado un tratamiento especial con respecto a los niños y adolescentes ya que están considerados como un grupo vulnerable dentro de la sociedad, es por ello que sus controversias o en las que se vean inmersos requieren ser realizadas conforme a los principios de equidad, igualdad y una protección integral.

En consecuencia, el Estado para poder resolver estos conflictos, nos faculta para acudir al Órgano Jurisdiccional cuando un derecho se vea vulnerado, con el objetivo de poner fin a la disputas y que sus resoluciones sean acatadas por la contraparte.

Esta forma de Administrar Justicia no siempre es la mas eficaz, ya que el tiempo para obtener dicha resolución, excede los tiempos razonables, la incapacidad logística y administrativa hace que este procedimiento sea tedioso y demorado.

Como resultado de estos acontecimientos, el requerimiento social, ha hecho que se cree los Medios Alternativos para la Solución de Conflictos, como mecanismos complementarios de acceso a la justicia que actúen de forma más rápida, sencilla y efectiva.

Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos son métodos extrajudiciales para poner fin a la disputa o controversias, de una forma pacífica y que puede resultar muy satisfactoria para las partes, ya que podemos evitar acudir a la Justicia Ordinaria y obtener una resolución en menor tiempo.

En este sentido cabe mencionar, que los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos se encuentran clasificados en, Heterocompositivos y Autocompositivos.

Con respecto a los métodos heterocompositivos cabe mencionar que estos se caracterizan porque de acuerdo a su naturaleza permiten la resolución de un conflicto en torno a la intervención y decisión de un tercer individuo, que por sus condiciones es totalmente ajeno a la controversia.

El trámite arbitral es considerado dentro del grupo de los métodos heterocompositivo, ya que como primer punto frente a la temática planteada en este apartado, es preciso señalar que los trámites arbitrales o sus formas análogas constituyen una excepción al monopolio de la administración de justicia que regenta el Estado.

Es preciso decir, que para poder someterse al arbitraje, se necesita de un convenio arbitral, el cual nace de la autonomía de la voluntad en el que se manifiesta, que cualquier controversia se realizará bajo este mecanismo y se renunciará acudir a la justicia ordinaria, dando la facultad a los tribunales arbitrales para poner fin al conflicto

El conflicto llegará a su fin una vez que el tribunal arbitral tome la decisión y haga conocer el laudo arbitral a las partes.

Dentro del segundo grupo de los Medios Alternativos de solución de conflictos se encuentran los Autocompositivos, que son empleados cuando existe una contienda o disputa generada entre dos o mas partes, la potestad para resolver el problema le es inherente a las mismas quienes de estimar conveniente pueden llegar a un acuerdo en base a lo que les faculta la legislación.

Entre los mecanismos más importantes contenidos dentro de esta sub-clasificación, se pueden mencionar la negociación, mediación, buenos oficios y conciliación.

De manera particular y materia principal de esta investigación, procedo a describir la Mediación, como un mecanismo para la resolución de conflictos en el cual las partes procuran llegar a un acuerdo, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, este acuerdo tendrá efecto siempre y cuando se traten sobre manera transigible.

Así mismo, existe La Mediación Familiar, especializada en tratar este tipo de asuntos, la cual busca salvaguardar las relaciones familiares, y lograr llegar a un acuerdo, las partes cumplen un rol importante ya que ellas trataran de encontrar una salida que sea satisfactoria para todos los que intervienen en el conflicto.

Con la finalidad de garantizar estos efectos positivos emanados de la aplicación de procesos de mediación familiar, los mismos debe necesariamente estar sustentados en determinados principios que hagan factible su aplicación y por lo tanto, se de cumplimiento a los objetivos propuestos.

Como primer principio podemos ver la voluntariedad , la cual faculta a los sujetos involucrados en un litigio para que estos se sometan a los procedimientos respectivos de acuerdo a su libre criterio y albedrío, tanto es así, que incluso en los sistemas judiciales en donde se ha configurado la mediación como medio alternativo para la resolución de controversias, se obliga únicamente a las partes para que asistan a una sesión de carácter informativo que versa sobre el desarrollo de la referida mediación, lo cual, deja de manifiesto la decisión de continuar o no en el proceso que corresponda.

La neutralidad como otro principio, se debe señalar que guarda relación directa con las funciones a ser desarrolladas por el mediador, ya que es este quien tiene la potestad para guiar en el proceso a las partes que se encuentran en conflicto.

La confidencialidad, por tratarse de temas de familia y ser delicados los asuntos que se van a tratar este principio es fundamental ya que se manifiestan todas las emociones y malestares que respecto de la controversia se hayan generado entre los participantes.

Además de estos principios, la mediación familiar posee elementos estructurales básicos, para su desarrollo, tales como son la voluntad, asistencia profesional especializada, a la que se le da el nombre de mediador, psicólogos, como otro elementos estructurales tenemos también la confidencialidad y la solución breve y efectiva.

El conjunto de estos principios y características de la Mediación familiar, son las que hacen que sea un procedimiento efectivo en el ámbito familiar, la premura y la forma de tratar estos asuntos, son una ventaja para resolver los conflictos familiares.

Para poder hacer efectiva la mediación necesita, de un proceso de mediación familiar, cabe destacar que la legislación ecuatoriana no establece de manera específica los pasos que deben seguirse, en consecuencia de lo estudiado y leído, podemos decir que primer paso, es el ingreso del caso en donde se verá si es de materia transigible y si la solicitud que se va a presentar cumple con los requisitos establecidos en la Ley de Mediación y Arbitraje.

Posteriormente se realizará la audiencia donde se tratara de llegar a un acuerdo, las audiencias podrán extenderse las veces que las partes las requieran.

Por último si se llega a un acuerdo tanto las partes como el mediador firmarán el acta la cual tendrá efecto de sentencia ejecutoriada.

La mediación en el Ecuador si bien existe, aun no se le da la importancia que debería tener, tal es el caso que no existe una regulación específica, ni se le da un tratamiento específico a la mediación familiar, tampoco existe una cultura o tendencia a practicarla.

Como a diferencia de otros países pioneros en aplicar estos procedimientos, tales como son, Estados Unidos, Canadá, España, Argentina que dan un tratamiento especial y son muy utilizados por las familias para poder resolver su controversia ya que estos países han impulsado la accesibilidad a la mediación familiar.

Una vez explicado la mediación familiar puedo proseguir a explicar el rol de mediador, quien es la persona neutral quien asiste la mediación dirigiendo de una forma acertada aplicando sus habilidades y destrezas para poder llegar a un acuerdo entre las partes.

Para esto debemos mencionar el perfil y características que debe tener un mediador para realizar su trabajo de forma adecuada; esta persona debe ser especializa, debe contar con las cualidades de neutralidad, inteligencia para manejar las situaciones, la paciencia y sensibilidad ante el caso, son una de las características mas importantes.

Ser un oyente activo logrará ayudar a entender las necesidades principales que tienen las partes, la honestidad y la destreza para manejar el conflicto logrará que las partes logren conseguir un resultado óptimo.

Puede señalarse que la persona o autoridad que ejerce las funciones de mediador no se encuentra en capacidad para imponer su perspectiva sobre el problema bajo ninguna circunstancia, en cuyo caso, el mediador debe remitirse únicamente a establecer las condiciones necesarias para fomentar el diálogo entre las partes litigantes, con la finalidad de que sean estas quienes de manera conjunta planteen y posteriormente ejecuten las soluciones al problema.

Dentro de este tema no basta solo con la participación de un mediador, por ser un tema tan vulnerable ya que se encuentra inmersa la situación de los niños, niñas y adolescentes, se necesita además de un personal de apoyo para poder dirigir las audiencias.

En estas audiencias las emociones, sentimientos de las partes, se van a encontrar vulnerados, con respecto a este punto, es un factor importante que un psicólogo trate conjuntamente con el mediador las audiencias ya que estará de soporte con los niños niñas y adolescentes, ya que existiendo un conflicto o desequilibrio en la familia, son los más expuestos a tener secuelas y el conflicto puede influir de una manera drástica en su personalidad, es por ello que es necesario la injerencia de este personal de apoyo para brindar seguridad y tener un seguimiento con lo que se relaciona al estado de los niños niñas y adolescentes.

Todo lo expuesto anteriormente se colige diciendo que todas las ventajas explicadas anteriormente su mayor prerrogativa es que el procedimiento de mediación y el acuerdo y firma de sus actas, tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.

En este sentido, se le confiere a la cosa juzgada un carácter imperativo, es decir, una autoridad que pone de manifiesto la incompetencia e incapacidad de otras autoridades jurisdiccionales para dictar una determinada sentencia sobre un hecho que ya ha sido resuelto o que ha sido motivo para el desarrollo de un juicio anterior.

Cabe señalar de manera complementaria a lo expuesto, que en términos generales la cosa juzgada se perfecciona cuando la sentencia es considerada como firme, por lo tanto, este estado de la resolución o sentencia constituye un atributo de suma importancia y un requisito sine qua non para que la cosa juzgada se en vista de las condiciones legales tendientes a garantizar su eficacia y por supuesto, su vigencia absoluta.

Respecto de las precisiones referidas, es importante destacar que en la aplicación práctica de las leyes e incluso en el ámbito académico, no solo en el Ecuador sino en la gran mayoría de los países del mundo con sistemas jurídicos análogos entre sí, se configuran errores de conceptualización y por lo tanto comprensión sobre lo que constituye la cosa juzgada, llegándose en muchos de los casos a confundir ideas como la sentencia ejecutoriada, la sentencia firme y la cosa juzgada.

En cuanto se refiere a la sentencia firme, se la considera como el factor jurídico en virtud del cual ya no es posible la procedencia de ningún tipo de recurso, ni aún en el caso del juicio constitucional de amparo.

Como ya ha sido referido anteriormente, la cosa juzgada constituye uno de los parámetros legales más importantes a la hora de aplicar el Derecho y consecuentemente en el momento de administrar justicia, lo cual, conlleva necesariamente al establecimiento doctrinario de ciertas directrices que constituyen la estructura jurídica de esta noción.

En este sentido, es importante precisar dos aspectos constitutivos de la cosa juzgada, por una parte, la naturaleza formal y por otra, la naturaleza material de la misma.

La cosa juzgada de carácter formal es considerada como una simple pérdida de la facultad o potestad procesal para efectivizarla en la práctica, y por lo tanto, afecta únicamente al proceso en el cual ha sido producida, es decir precluye la etapa de impugnación impidiendo a las partes proponer un recurso es decir el recurso no puede caber ya que se dio una decisión en firme.

Es decir la cosa juzgada de carácter formal es propia de las sentencias que se relacionan con el régimen de niñez y adolescencia si bien la etapa de impugnación concluye, lo único que se pueden presentar son incidentes es decir solo se puede modificar la sentencia ya dada por el juez o la que se realizó mediante la acta de mediación.

Por otra parte la cosa juzgada material nos habla de que no se puede proponer otro juicio, ya sea por identidad subjetiva o identidad objetiva es decir la decisión es definitiva.

En este sentido, lo que se busca es establecer los parámetros conducentes a limitar el entablamiento de discusiones jurídicas susceptibles de prolongarse de manera indefinida, o que se vuelva a plantear un asunto litigioso que ya ha sido decidido anteriormente, todo esto, con la finalidad general de eliminar la posibilidad de que sean dictadas sentencias contradictorias.

Posteriormente el tercer y último capítulo nos habla de la ejecución de las actas de mediación, La Ley de Arbitraje y Mediación vigente en Ecuador para regular las pretensiones que buscan resolver conflicto de manera extrajudicial entre dos o más personas, determina claramente los parámetros en los cuales se han de llevar a cabo tales acciones, lo cual constituye un hecho importante a ser analizado previo el establecimiento de los postulados jurídicos y doctrinarios que versan sobre la ejecución de las actas de mediación.

A tal efecto, es importante señalar que con la finalidad de iniciar un proceso de mediación, la parte interesada debe presentar una solicitud suscrita por una o varias personas autorizadas y debe estar dirigida por escrito al entidad que para el efecto se encuentre legalmente acreditada por las autoridades competentes.

En esta solicitud, se debe hacer constar claramente la intervención del organismo mediador con la finalidad de lograr un acuerdo en base a los parámetros legales correspondientes.

En lo referente a la suscripción del acta respectiva, es preciso manifestar que el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación determina que “...con la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en este son auténticas”.

De manera complementaria a lo señalado anteriormente, el referido artículo también dispone que el acuerdo alcanzado y suscrito por las partes en conflicto, tiene el efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, en cuyo caso, para la ejecución de esta se deberá tomar en cuenta los parámetros legales vigentes para el perfeccionamiento de las sentencias legales dictadas en última instancia.

Para hacerlos cumplir dentro del capítulo tercero se encuentra las vías de ejecución a lo que podemos decir que Debe destacarse en cuanto se refiere a la ejecución de la sentencia, que si el demandado o las partes intervinientes en un proceso de mediación no cumplen de manera voluntaria con lo requerido en el acto que ordena la realización de una determinada acción, el órgano jurisdiccional cuenta con la capacidad legal para disponer del poder necesario y hacerla efectiva inmediatamente.

En este sentido, la doctrina señala que en la totalidad de regímenes legales del mundo se establecen mecanismos para garantizar el efectivo cumplimiento de las sentencias, hecho, que en el caso ecuatoriano se torna extensible a los acuerdos alcanzados en un proceso de mediación.

Es válido acotar que la simple declaración contenida en una sentencia o en un acuerdo de mediación no acarrea las condiciones necesarias para que sea aplicado de acuerdo a los intereses de las partes en controversia, siendo para tal efecto necesaria la posterior recurrencia de mecanismos que aseguren el efectivo cumplimiento de las misma, tal es el caso, de los apremios, que en la legislación ecuatoriana se clasifican en reales y personales.

ÍNDICE

CAPÍTULO I: Consideraciones preliminares.....	1
1.1. El conflicto.....	1
1.1.1.- El Conflicto Familiar respecto al Régimen de Niñez y Adolescencia...	4
1.2. Mecanismo para la solución de conflictos.....	9
1.2.1.- Métodos Heterocompositivos de la Solución de Conflictos.....	12
1.2.2. Métodos Autocompositivos de la Solución de Conflictos.....	14
1.2.2.1.- Mecanismos Aplicables a la Solución del Conflicto Familiar.....	19
1.2.2.2.- La Mediación Familiar.....	20
CAPÍTULO II: La mediación en el conflicto familiar.....	24
2.1. Antecedentes históricos de la mediación familiar.....	24
2.2. Elementos estructurales de la mediación familiar.....	28
2.3. Procedimiento de la mediación familiar.....	30
2.3.1. La Mediación Familiar en el Ecuador.....	33
2.3.2. Características Específicas de la Mediación Familiar en el régimen de niñez y adolescencia	35
2.4. El mediador familiar.....	37
2.4.1. Perfil del Mediador en Conflictos Familiares.....	38
2.4.2. Profesionales de Apoyo en el Proceso de Mediación Familiar....	40

CAPÍTULO III: Efectos de las actas de mediación.....	41
3.1. La cosa Juzgada.....	38
3.1.1 La cosa Juzgada Formal.....	43
3.1.2 La cosa Juzgada Material.....	46
3.2. Ejecución de las Actas de Mediación.....	48
3.2.1 Vías de ejecución.....	52
CONCLUSIONES.....	55
RECOMENDACIONES.....	58
BIBLIOGRAFÍA.....	61
ANEXOS.....	64

CAPÍTULO I

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1.1. El conflicto

Previo al establecimiento de las consideraciones jurídicas referentes al tema de los conflictos familiares, es imperativo desarrollar un análisis que verse sobre las directrices que dan lugar al conflicto como parte de las relaciones existentes entre los miembros de una sociedad, en donde se debe tomar en cuenta como primer punto la precisión conceptual que la doctrina establece respecto de la noción de conflicto.

De este modo, vale citar al tratadista Víctor Borisoff quien en su obra “Gestión de Conflictos”, manifiesta que el conflicto constituye “...la lucha de valores y aspiraciones a gozar de una posición, poder y recursos, en la que los objetivos de los oponentes consisten en neutralizar, herir o eliminar a sus rivales”.¹

Por otra parte se pronuncia Luis Lorenzo al señalar que conflicto es el “...proceso de interacción contenciosa entre actores sociales que comparten orientaciones cognitivas, movilizados con diversos grados de orientación y que actúan colectivamente de acuerdo con expectativas de mejora, de defensa de la situación preexistente o proponiendo un contraproyecto social”.²

¹ BORISOFF Víctor, Gestión de Conflictos, Ediciones Díaz de Santos, 1º edición, 1991, p. 1

² LORENZO Luis, Fundamentos Teóricos del Conflicto Social, Siglo XXI de España Editores, 3º edición, p. 16

Desde las ópticas de los dos autores podemos ver elementos análogos y diferentes con lo que al conflicto se refiere.

Estas directrices me han permitido definir desde mi punto de vista al conflicto, como una circunstancia entre dos o más personas con intereses antagónicos, incompatibles ya sea por valores, estatus o poder, que tratan de eliminar a su rival mediante confrontaciones para poder lograr su objetivo, ya sea de forma individual o colectiva esta última, cuando se ve afectada la interrelación humana.

De manera complementaria a las conceptualizaciones expuestas anteriormente, es necesario manifestar que la problemática tiene que ser comprendida desde tres puntos importantes, por una parte, desde el entorno psicológico, el sociológico y desde el entorno jurídico.

En cuanto al primer ámbito, es decir el Psicológico cabe señalar que el conflicto humano se constituye como una situación en la cual dos o más personas o grupo de estas caracterizadas por tener intereses propios, entran en una confrontación que puede perfeccionarse de varias formas, esto es, mediante conflictos de tipo verbal, físico, en el caso de países mediante conflictos de carácter beligerante, diplomático, etcétera.

Desde la perspectiva psicológica las personas actúan distinto cuando están en grupo de cuando están solas, y además, actúan distinto según el grupo en el que se encuentren, los pensamientos, sentimientos y comportamientos de las personas, son influenciados por la presencia real, imaginada o implicada de otras personas y esta es la que llega a ocasionar el conflicto.

Por otra parte en lo que se refiere al ámbito sociológico, la confrontación generada entre las partes contrapuestas configura una oposición que da lugar a la ejecución de acciones mutuamente antagónicas, con la finalidad de neutralizar, aplicar un daño o eliminar al contrincante, tal como lo sostiene el sociólogo Julio Menéndez en su obra “El Conflicto Social: Su Solución”.³

³ MENÉNDEZ Julio, El Conflicto Social: Su solución, Editorial Perrot, 2º edición, p. 32

Una definición sobre el conflicto en el sentido sociológico es la ofrecida por Lewis A. Coser “.....para quien es una lucha por los valores y por el estatus, el poder y los recursos escasos, en el curso de la cual los oponentes desean neutralizar, dañar o eliminar a sus rivales. Un conflicto social será cuando trasciende lo individual y proceda de la propia estructura de la sociedad..”⁴

Continuando con este orden de ideas, es factible destacar que el desarrollo de un conflicto necesariamente lleva implícita una consecuencia de carácter jurídica, ya que se torna evidente que en el desarrollo de una controversia quedan afectados bienes jurídicos que son tutelados por la legislación y que por lo tanto, con el afán de resarcir o reparar el daño causado se requiere de manera inevitable la intervención del sistema jurisdiccional, debiendo aclararse que la referida intervención se encuentra supeditada dependiendo del caso, a la voluntad de las partes que se hallan en controversia.

De lo planteado en los párrafos precedentes, se desprende que el tratamiento adecuado del tema referente al conflicto humano se encuentra circunscrito a la relación presentada entre el ámbito psicológico de la persona, el ámbito sociológico y el carácter jurídico que busca implementar la sociedad para la defensa general de sus intereses.

Desde el análisis doctrinario que se ha expuesto sobre el tema del conflicto, se ha señalado como contraposición a ciertas tendencias que fijan la clara posibilidad de establecer una sociedad en donde sus miembros se encuentren exentos de cualquier práctica conflictiva, que esta constituye un ideal inalcanzable debido a la misma naturaleza del ser humano, la cual, se encuentra regentada en la generalidad de los casos por la ley del más fuerte, la necesidad de supervivencia, la ambición, el egoísmo y otras características de similar connotación, las mismas que ponen de manifiesto una inclinación cultural basada en el interés individual.

⁴ Lewis A. COSER, Lewis A.,The Functions of Social Conflict. New York: The Free Press, 1956. http://es.wikipedia.org/wiki/Conflicto_social#cite_note-0, Consultado 27 de octubre 2011

Respecto de lo manifestado en el párrafo anterior, ciertos estudiosos del tema como Alberto Montoro Ballesteros, Pedro Lorenzo Cadarso y Joaquín Costa, han propuesto una corriente más realista que entiende las verdaderas implicaciones que dan origen al conflicto entre los seres humanos, sea individual o colectivamente.

Dicho entendimiento está basado en la asimilación que el conflicto se encuentra configurado a partir de un aspecto o dimensión natural de la vida social y por lo tanto, es un hecho normal en las relaciones del ámbito social o comunitario.

En este sentido, el tratadista Alberto Montoro manifiesta que el conflicto “...en cuanto fenómeno ordinario de la vida humana que encuentra su raíz antropológica más profunda en la naturaleza desfalleciente del hombre, se presenta a nuestra consideración como un hecho de carácter ambivalente, resultado, por un lado, de dichos cambios, que constituyen un eje de momentos de significación tanto funcional como disfuncional, dentro del proceso de la vida social”.⁵

De lo citado anteriormente, se deduce que el conflicto es considerado de manera acertada como un hecho o fenómeno fundamental en el entorno social y el desarrollo de sus actividades cotidianas, por lo cual, no es extraño suponer que esta noción ha sido adoptada por sociólogos e incluso juristas y legisladores, como una directriz básica y extremadamente relevante para el diseño de estudios o regímenes jurídicos tendientes a ser aplicados en la regulación del comportamiento social e individual de cada uno de sus miembros.

Adicionalmente a lo expuesto, es necesario añadir también que la comprensión integral del conflicto y los parámetros constitutivos de este como forma de interrelación social, han ayudado también a mejorar el entendimiento de la historia del ser humano, la misma que “...en un intento de interpretación global, ha sido entendida y explicada en términos de conflicto y lucha”.⁶

⁵ MONTORO Alberto, Conflicto Social, Derecho y Proceso, Editorial EDITUM, 1º edición, 1993, p. 7

⁶ MONTORO Alberto, Conflicto Social, Derecho y Proceso, Editorial EDITUM, 1º edición, 1993, p. 7

Una vez que se han planteado algunas consideraciones generales relativas a la problemática del conflicto, es preciso focalizar el análisis del estudio al ámbito familiar, ya que este constituye la directriz general que motiva el desarrollo de la presente investigación.

En consecuencia, es necesario tratar temas como el conflicto familiar en relación al ámbito jurídico de la niñez y adolescencia en Ecuador, la necesidad de resolver estos problemas, los diversos tipos de métodos para aplicar dichas soluciones y fundamentalmente, enfocarse en el estudio de la mediación como medio alternativo al régimen jurisdiccional para la resolución de controversias familiares.

1.1.1. El Conflicto Familiar respecto al Régimen de Niñez y Adolescencia

En cuanto se refiere al estudio de los parámetros constitutivos de los conflictos familiares, es necesario partir de la idea que considera a la familia como un grupo relacionado en torno a varios factores de interés común, en donde, se estructura un sistema de vínculos interpersonales caracterizado por los nexos y la influencia mutua que se presenta entre sus miembros, lo cual da lugar en segunda instancia, a la configuración de una compleja red de información que circula en el sistema como resultado de los mensajes de cada uno de los integrantes.

Del planteamiento propuesto, se desprende el perfeccionamiento del conflicto a partir de la interacción entre dos o más personas, lo cual, se circunscribe a un entendimiento del problema que se basa en la específica comprensión de relaciones interpersonales basadas en la supremacía de intereses de cada uno de los sujetos confrontados.

Sin embargo, la noción general de conflicto familiar no se encuentra supeditada o limitada únicamente al ámbito señalado en el párrafo precedente, puesto que sus implicaciones van mucho más allá, esto es, que existe la posibilidad de conflictos familiares en donde se conjuguen varios intereses particulares en un solo interés común, tal es el caso del desempleo,

la muerte de un miembro de la familia, la carencia de recursos para suplir las necesidades básicas, etcétera.

En este sentido entonces, debe considerarse este tipo de controversias como la injerencia de circunstancias contradictorias a los intereses del núcleo familiar, las mismas que socavan y vulneran la integridad y estabilidad de cada uno de sus miembros.

Desde una perspectiva general, es válido manifestar que al considerar a las partes del conflicto familiar se determina que son miembros de un sistema, que a su vez pertenecen a los subsistemas conyugal, y parento-filial. Los conflictos pueden presentarse en cualquiera de estos niveles de relación o en los subsistemas y afectar a todos sus miembros, también puede originarse al exterior del sistema e involucrar a la familia.

El conflicto familiar ya en el sistema, genera una trama por la cual circula una variedad de información y mensajes mutuos entre sus miembros, que se repiten una y otra vez, generando tensión interpersonal entre personas que se supone deberían colaborar entre sí".⁷

En torno a las consideraciones planteadas anteriormente respecto de los parámetros que constituyen un conflicto familiar, tales como las propuestas por Alberto Montoro, es importante manifestar que la legislación ecuatoriana prevé una serie de alternativas tendientes a implementar un marco legal que garantice el tutelaje de los derechos propios de cada persona, sobre todo de aquellos que son considerados por la actual Constitución de la República como personas requirentes de atención prioritaria por parte del Estado.

En este sentido, se encuentra vigente el Código de la Niñez y Adolescencia, cuya finalidad se basa en establecer las directrices que sustenten la protección integral emanada del Estado, la sociedad ecuatoriana y la familia sobre niños y adolescentes que viven bajo el régimen de tutelaje propio del referido cuerpo legal, para que puedan desarrollarse

⁷ <http://hdl.handle.net/123456789/554>, Consultado el 12 de agosto de 2011

adecuadamente y se acojan de forma plena a los derechos que les corresponde, basándose siempre en la libertad, dignidad y equidad, tal como lo dispone su artículo 1.⁸

En torno a la finalidad que tiene la legislación ecuatoriana respecto de la protección de niños y adolescentes, es preciso manifestar que la norma correspondiente estipula ciertas disposiciones que persiguen configurar una protección en los casos específicos de conflictos familiares, sobre todo, en aquellos casos en donde se pone de manifiesto un claro comprometimiento de la integridad física, psicológica y moral de los niños, niñas y adolescentes.

A tal efecto, es preciso señalar algunas de las alternativas jurídicas que el legislador ecuatoriano ha adoptado para la defensa de los niños, niñas y adolescentes en el caso de conflictos familiares, entre las más importantes se destacan las siguientes:

- Igualdad y no discriminación: las niñas, niños y adolescentes no serán discriminados ya que todos son iguales, se prohíbe cualquier tipo de discriminación en razón de su raza, color de piel, idioma o etnia.
- El interés superior del niño: este principio esta creado para hacer efectivo el cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes para mantener un equilibrio y que las decisiones sean las que mejor convengan para su desarrollo
- Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia: el Estado la sociedad, y la familia están obligados a crear o implementar todo tipo de medidas ya sean económicas, administrativas, políticas para salvaguardan y proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes.
- Prioridad absoluta: la atención a niñas, niños y adolescentes será prioritaria en cualquier institución ya sea pública o privada y en caso de conflicto los derechos de niños, niñas y adolescentes prevalece frente al derecho de los otros.

⁸ Código de la Niñez y Adolescencia, Definiciones, artículo 1

- Aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente: no se podrá por ningún motivo violar un derecho de las niñas niños y adolescentes y en contratos que ellos intervengan se deberá aplicar basándose en el principio del interés superior del niño es decir lo que mejor les convenga.

La aplicación legal de los referidos principios, parte de los planteamientos expuestos en la Doctrina Integral de Protección de Niños y Adolescentes, en donde constan directrices de carácter humanista tendientes a establecer un marco jurídico que tutele los derechos de niños y adolescentes, el mismo que para los efectos prácticos es recogido en el caso ecuatoriano, tanto por la Constitución como por los diferentes cuerpos legales que versan sobre la familia y los menores.⁹

Sin embargo de lo manifestado, la legislación de la niñez y adolescencia que se encuentra vigente en la actualidad, establece en el libro segundo del cuerpo de ley respectivo el ámbito específico del niño, niña y adolescente en sus relaciones familiares, en donde se establece que la familia constituye el núcleo fundamental de la estructura social, así como también el medio natural y adecuado para el desarrollo integral de sus miembros, principalmente de aquellos que se encuentran considerados por el régimen constitucional como grupo humano que requiere de atención prioritaria.

Un factor importante que la legislación analizada determina, manifiesta que las relaciones jurídicas internas de carácter no patrimonial son personales, lo cual desemboca consecuentemente en características como la irrenunciabilidad, intransferibilidad e intransmisibilidad.

Con la finalidad de garantizar la protección integral de niños, niñas y adolescentes en el caso de conflictos familiares, se ha estipulado la corresponsabilidad parental, en donde se

⁹ Constitución Política del Ecuador 2008: el Capítulo III nos habla de los grupos de atención prioritaria teniendo en cuenta a los niños, niñas y adolescentes en su sección quinta, la misma que nos habla de una forma general los principios, el papel del Estado, sociedad y familia para salvaguardar derechos de los niños y que su atención prevalecerá en relación a otros.

atribuye a cada uno de los progenitores la obligación de asumir en igual proporción las responsabilidades de dirección y mantenimiento del hogar, tanto para los casos de cuidado, crianza, educación, desarrollo y tutelaje de los derechos de los hijos.¹⁰

En este sentido, se han planteado también ciertas obligaciones relativas a los progenitores, las mismas que no son de aplicación únicamente en el caso de la convivencia familiar pacífica y armónica, sino que se tornan extensibles a los casos en los cuales existen controversias entre los miembros del grupo.

Entre las acciones más importantes a ser llevadas por los progenitores se destacan las siguientes:

- Proveer a sus hijos e hijas de lo necesario para satisfacer sus requerimientos materiales y psicológicos, en un ambiente familiar de estabilidad, armonía y respeto.
- Velar por su educación, por lo menos en los niveles básico y medio.
- Inculcar valores compatibles con el respeto a la dignidad del ser humano y al desarrollo de una convivencia social democrática, tolerante, solidaria y participativa.
- Incentivar en ellos el conocimiento, la conciencia, el ejercicio y la defensa de sus derechos, reclamar la protección de dichos derechos y su restitución, si es el caso.
- Estimular y orientar su formación y desarrollo culturales.
- Asegurar su participación en las decisiones de la vida familiar, de acuerdo a su grado evolutivo.

¹⁰ Código de la Niñez y Adolescencia, Corresponsabilidad Parental, artículo 100

1.2. MECANISMO PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Desde la perspectiva histórica, los mecanismos extrajudiciales empleados para resolver conflictos, constituyen una figura relativamente en la legislación ecuatoriana, puesto que, es apenas con el Código del Trabajo expedido el 16 de agosto de 1978 en donde se hace referencia expresa a la mediación con el carácter de obligatoria, para luego de esta en el caso de no concretarse acuerdos, se pueda acceder al sistema judicial.

Con posterioridad a esta fecha, se vuelve a hacer alusión a los procesos de arbitraje y mediación en la Ley de Contratación Pública expedida el 16 de agosto de 1990, en donde se establecen como directrices para llevar a cabo tales procesos, condiciones fijadas en el instrumento contractual que dio origen a la relación.

Estos procesos extrajudiciales para la resolución de conflictos, se ven configurados bajo un régimen legal recién en el año de 1997 con la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación, la cual fue publicada en el Registro Oficial 145 del 4 de septiembre, la cual a su vez, fue derogada por la Codificación N° 14 que se publicó en el Registro Oficial 417 del 14 de diciembre de 2006 y se mantiene vigente en la actualidad.

Otra perspectiva histórica con la cual puede ser apreciado el origen de los mecanismos para la solución de conflictos, se basa en el estudio de los mecanismos heterocompositivos y autocompositivos, los cuales, por su relevancia serán analizados de forma más profunda en los siguientes numerales.

De manera particular a lo expuesto en los párrafos que anteceden, es factible señalar que el sistema judicial ecuatoriano se encuentra caracterizado entre los factores negativos, por la inmensa afluencia de casos que llegan a su conocimiento con la finalidad de que sean sustanciados y resueltos en base a la preeminencia de la justicia.

En este sentido, es factible, propicio y necesario que el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial en conjunto con la sociedad civil ecuatoriana, lleven a cabo el

desarrollo y aplicación de un marco legal que se adecue integralmente a las necesidades que en la actualidad se tiene para acceder al sistema judicial en forma rápida, gratuita, y sobre todo, basado en el interés superior de la justicia.

Con la finalidad de dar cumplimiento a este importante requerimiento social, es imperativo también que se establezcan mecanismos complementarios de naturaleza extrajudicial para la resolución de conflictos, esto, con el objeto de establecer los parámetros operativos en la Función Judicial que permitan descargar trabajo en las distintas judicaturas del país y en cualquiera de sus niveles.

De manera particular a lo manifestado, es preciso referirse al hecho de que en la resolución de conflictos y en general de cualquier tipo de discordancia producida en las relaciones cotidianas que se configuran entre los miembros de la familia y la sociedad en general, se debe procurar como última instancia la utilización o recurrencia al régimen jurisdiccional para su resolución, pues dicha circunstancia implica de manera inevitable el empleo de recursos económicos por concepto de costas judiciales, así como también de tiempo, al asumir los plazos y términos que toda sustanciación de carácter judicial acarrea y los posibles retrasos de índole coyuntural que caracteriza a la administración de justicia en el Ecuador.

A tal efecto, se configura como una alternativa viable y conveniente para los intereses de las partes involucradas en una discrepancia laboral, solucionar la problemática desde un enfoque extrajudicial, hecho para el cual, la legislación ecuatoriana prevé mecanismos interesantes y prácticos a la hora de hacerlos efectivos.

Respecto de lo manifestado, cabe mencionar que un sinnúmero de legislaciones en el mundo e incluso la misma doctrina jurídica que versa sobre el tema propuesto, plantean una amplia serie de medidas alternativas para el esclarecimiento de controversias o conflictos que en algunos casos son de naturaleza vinculante para el reclamante, antes de que este pueda hacer uso del sistema judicial común para presentar su queja e iniciar consecuentemente la tramitación de un proceso legal, sin embargo, este último factor no es aplicado en el país, con

lo cual se fijan las condiciones legales para socavar la eficacia y efectividad de alternativas extrajudiciales para solución de diversos problemas.

Una amplia serie de tratadistas jurídicos y analistas de la temática como Marta Gonzalo Quiroga, Isabel Bezaga, Francisco Pedrajas, se han pronunciado en el sentido de recurrir a medidas de solución extrajudicial, tal como es el caso de la mediación o la negociación privada entre las partes, que en términos generales, constituyen una de las facetas más importantes y comunes de las actividades vinculadas con la relación que se configura entre los miembros de una determinada sociedad o de una familia, según sea el caso de que se trate.

Entre los mecanismos utilizados para la solución de conflictos en general, se pueden mencionar la mediación, la negociación, los buenos oficios, la conciliación y arbitraje.

Cabe señalar que las figuras legales referidas en el párrafo anterior, corresponden no solo a los mecanismos empleados en el Ecuador, sino que han sido extraídas de otras legislaciones adicionales pertenecientes a otros países de la región.

Como dato adicional, es preciso manifestar que este tipo de medios para la resolución de conflictos, es utilizado tanto por personas de Derecho Público y privado, así como por personas naturales, independientemente de su clase o condición social.

La clasificación de los métodos para la resolución de conflictos está dividida en heterocompositivos y autocompositivos.

1.2.1. Métodos Heterocompositivos de la Solución de Conflictos

Los métodos heterocompositivos constituyen uno de los dos grupos según los cuales la doctrina jurídica clasifica a las alternativas existentes para la resolución de conflictos, siendo el otro grupo el comprendido por los métodos Autocompositivos.

Con respecto a los primeros, cabe mencionar que estos se caracterizan porque de acuerdo a su naturaleza permiten la resolución de un conflicto en torno a la intervención y decisión de un tercer individuo, que por sus condiciones es totalmente ajeno a la controversia y a las partes que se hallan en disputa, tal es el caso, del sistema jurisdiccional que en el caso ecuatoriano, se perfecciona en base a los diferentes tipos de sustanciación que determina la Ley.

Es importante precisar que en este tipo de métodos empleados para la solución de conflictos, las partes en litigio conservan en cierto grado la autonomía de su accionar, por lo menos en la potestad de las partes para acceder o no al sistema jurisdiccional, o la capacidad para abandonar cierto tipo de causas, etcétera, lo cual desemboca en que dicha autonomía sea de carácter indirecta, es decir, que queda supeditada a los mandatos legales que para el efecto se hallen vigentes.

En este sentido, el tratadista Rafael Gamboa en su obra “Introducción a los Métodos Alternos de Solución de Controversias”, señala que “...es así como la existencia de la vía judicial, se funda en la delegación que hicieron los particulares al Estado en algún momento de la historia, adicionalmente la vía judicial, solo entrará en funcionamiento cuando el particular la solicite, en ejercicio del derecho de acción. Por otro lado, al trámite arbitral solo puede darse inicio a solicitud de la parte que eventualmente pueda tener un conflicto o que lo tiene actualmente; lo anterior se llega a la estipulación de una cláusula compromisoria dentro de un contrato suscrito por ambas partes o mediante la suscripción de un compromiso”.

Como ya ha sido señalado anteriormente, los principales mecanismos que se emplean en esta sub-clasificación son la vía judicial y el trámite arbitral.

- Vía Judicial.

Este medio para la resolución de conflictos bajo la injerencia de la competencia jurisdiccional, es aquel en el cual la decisión final que da por resuelta la contienda o conflicto, le es atribuida a un tercero totalmente independiente a los intereses del caso y de las partes en disputa, debiendo agregarse adicionalmente que esta tercera persona funge como representante del poder ciudadano a través de la institucionalidad perfeccionada en la Función Judicial.

La potestad que tiene el tercer sujeto para administrar justicia en torno a los parámetros legales vigentes para tal efecto en el caso de la legislación ecuatoriana, tiene un origen emanado de dos circunstancias contrapuestas entre sí pero claramente definidas, esto es, por una parte el origen de carácter remoto en donde se configura la delegación que el conjunto de particulares ha hecho al Estado para que este acare y monopolice la administración de justicia, y por otra parte, la designación específica que hace en este caso la Función Judicial para que la referida tercera persona quede investida de la jurisdicción, por la cual podrá administrar justicia en nombre de toda la sociedad.

- Trámite arbitral.

Como primer punto frente a la temática planteada en este apartado, es preciso señalar que los trámites arbitrales o sus formas análogas constituyen una excepción al monopolio de la administración de justicia que regenta el Estado.

En este sentido, es fundamental manifestar que pese al planteamiento de algunos autores y juristas, quienes estiman que los métodos alternos empleados para la resolución de conflictos se configuran en el ámbito jurisdiccional como medios excepcionales, esto no es así, debido fundamentalmente a que los referidos métodos tienen una naturaleza basada en el mandato legal, es decir, que como en el caso de la legislación nacional, se encuentran definidos atendiendo al principio jurídico de legalidad.

Por lo tanto, es un error afirmar que estos mecanismos son un tipo de justicia paralelo, independiente y extraordinario.¹¹

Con respecto a lo planteado de manera precedente, es válido destacar que el monopolio del cual es objeto la administración de justicia según lo determinan los estándares jurídicos internacionales y el mismo marco constitucional del Ecuador, se encuentra radicada en el poder estatal, el mismo que ha logrado desarrollar a través de la regulación normativa, una institucionalidad y procedimientos de aplicación general en todo el territorio nacional, con la finalidad de que todos y cada uno de los ecuatorianos y extranjeros sometidos a la legislación del país, puedan acceder a la justicia en los ámbitos que así lo requieran.

Para configurar parámetros de legalidad que efectivicen la aplicación de los medios o mecanismos alternativos a la resolución de controversias, es imperativo que las partes involucradas cumplan integralmente con los requisitos que se han establecido para tal efecto atendiendo al principio de legalidad, es decir, mediante el cumplimiento de normas jurídicas previamente establecidas.

Es necesario añadir que si las partes involucradas en una controversia o conflicto, sea este familiar, social o entre particulares en general, no dan cumplimiento a los lineamientos que se han establecido para acceder a mecanismos alternativos de solución de controversias, los efectos producidos carecerán de validez y legalidad, quedando en consecuencia, nula, cualquier posibilidad de solución.

1.2.2. Métodos Autocompositivos de la Solución de Conflictos

Los métodos autocompositivos empleados para la resolución de conflictos son aquellas figuras mediante las cuales ante la existencia de una contienda o disputa generada entre dos o más partes, la potestad o capacidad para resolver el problema le es inherente a las mismas

¹¹ GAMBOA Rafael, Introducción a los Métodos Alternos de Solución de Controversias, Editorial Universitaria, 1° edición, p. 126

partes involucradas, quienes, de estimar conveniente pueden llegar a un acuerdo en base a la recurrencia de mecanismos expresamente facultados por la legislación.

Entre los mecanismos más importantes contenidos dentro de esta sub-clasificación, se pueden mencionar el arreglo directo, negociación, mediación, buenos oficios.

- Mediación.

Esta alternativa constituye el último escaño evolutivo en la resolución de conflictos tal como lo consideran gran parte de tratadistas, tales como Sara Rozenblum, Pedro Cabrera, Isabel Bezaga, y es importante, porque se está desarrollando en la actualidad, sin embargo de lo cual, debe manifestarse que en el Ecuador no ha generado un impacto notorio en la sociedad y en el sistema de justicia, esto como consecuencia de que no existe una cultura o tendencia enfocada en el empleo de alternativas de esta naturaleza, así como también por el hecho de que la mediación no constituye un requisito de cumplimiento obligatorio para que las personas puedan acceder a una administración de justicia de tipo jurisdiccional.

De manera particular a lo expuesto en el párrafo precedente, es válido señalar que esta alternativa ha sido creada como medio de respuesta social a la crítica situación de la Función Judicial, la cual, debido a su naturaleza tendiente a solucionar problemas por la vía judicial, hace que tal acción sea extremadamente demorada e ineficiente, puesto que para lograrlo, es preciso cumplir con un procedimiento extenso que anula completamente el principio de celeridad que debe primar en la administración de justicia.

En este sentido, es preciso aclarar que los procedimientos de sustanciación no constituyen integralmente el problema en la demora de administración de justicia, sino que dicho problema puede ser atribuido en gran medida a la incapacidad logística y administrativa que ha caracterizado al Poder Judicial en el Ecuador desde hace varias décadas, lo cual no obsta, de que el procedimiento sea perfectible.

Complementariamente a lo planteado, es importante hacer alusión a la conceptualización doctrinaria que se ha expuesto respecto de la mediación para la resolución de conflictos como una perspectiva de carácter extrajudicial.

A tal efecto, se plantea a continuación las definiciones más importantes que se han emitido al efecto:

- “...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”.¹²
- “...se entiende por mediación aquella negociación estructurada de acuerdo con los principios de esta ley, en el que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador”.¹³

Cabe señalar que la conceptualización de la mediación en la gran mayoría de los puntos que la estructuran, guardan amplias similitudes que difieren únicamente en el aspecto de la terminología, razón por la cual, es factible afirmar que la mayoría de tratadistas mantienen un acuerdo sobre su concepción o definición.

- “El término mediación hace referencia al acto de mediar, de intervenir en una situación con el objetivo de solucionar un enfrentamiento o disputa entre dos partes. La mediación siempre supone una actitud cercana a la objetividad ya que se entiende que alguien que no está directamente involucrado con el hecho o problema a solucionar no responderá siguiendo intereses personales. La mediación puede darse de modo informal y en la vida cotidiana así como también en grandes esferas de debate político internacional”.¹⁴

¹² Ley de Arbitraje y Mediación, De la Mediación, artículo 43

¹³ Anteproyecto español de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles d 18 de febrero de 2010

¹⁴ <http://www.definicionabc.com/politica/mediacion.php>, consultado el 13 de Agosto de 2011

De las definiciones planteadas, se puede advertir que la mediación constituye una herramienta muy práctica, útil y relativamente sencilla aplicación en el régimen judicial ecuatoriano, sobre todo en los casos donde se hallan involucrados intereses relacionados con la integridad moral, psicológica y física de niños, niñas y adolescentes.

- Negociación.

“...negociar es un arte, el arte de solucionar conflictos mediante la creación de opciones que satisfagan los intereses de ambas partes”.¹⁵

Según la doctrina, la negociación es considerada como un elemento nato de la conducta humana, ya que entre otras cosas, depende para su perfeccionamiento de la adecuada comunicación y es llevada a cabo entre personas que representan a determinados grupos organizados o bien, que se representan a sí mismos.

Cabe señalar que la principal diferencia entre la negociación y los procesos de mediación, se circunscribe a que en la primera se establece un nexo de comunicación y participación en el cual intervienen únicamente las partes en conflicto y termina con una acta transaccional, mientras que en la mediación interviene una tercera persona neutral respecto de los intereses de las partes en controversia, con la finalidad de hallar una solución y termina con una acta de mediación, documento que pondrá fin al conflicto.

- Buenos oficios.

“...consisten en la intervención amistosa de terceros Estados, autoridades o personas destacadas, para buscar un arreglo pacífico a un problema que ha desbordado la capacidad de solución de las partes. Se acude a ellos cuando se han agotado las negociaciones directas”.¹⁶

¹⁵ DÍAZ Luis, El Libro de la Negociación, Ediciones Díaz de Santos, 1º edición, p. 16

¹⁶ VARGAS Adolfo, Buenos Oficios en Solución de Controversias Internacionales, Ediciones Managua, 1º edición, p. 216

En los buenos oficios, la intervención de una tercera parte ajena a la controversia no tiene el carácter de compulsivo, es decir, que no cuenta con la capacidad para obligar a las partes a que se sometan a un determinado acuerdo, y se remite de manera integral a un factor de amistad, por lo que su intervención debe estar exenta de posición o emisión de opiniones en uno u otro sentido, limitándose a tal efecto, a persuadir a las partes en conflicto para que lleguen a una solución amistosa y pacífica de la controversia en cuestión.

La diferencia existente entre los buenos oficios y la mediación, es que en el primero de estos métodos no existe una propuesta para resolver la controversia, solo se intenta aproximar a las partes a que lleguen a una solución.

Por otro lado, en la mediación puede mediar una propuesta para solucionar el conflicto, aunque dicha propuesta no es obligatoria para las partes en litigio.

- Conciliación.

“...todo procedimiento por el que una persona o grupo de personas presta asistencia a las partes en una controversia para que puedan llegar a una solución amistosa”.¹⁷

Esta figura jurídica implementada para la resolución de conflictos, es muy importante y se encuentra estipulada en gran parte de los regímenes constitucionales del mundo, tal es el caso de países como Perú, Colombia, Argentina entre otras.

En Perú De acuerdo al Art. 9 de la ley de Conciliación y su Reglamento N°001-98-JUS, son materias conciliables las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes.* En materia de familia las que versen sobre alimentos, régimen de visitas, tenencia, liquidación de sociedad de gananciales y otras que deriven de la relación familiar. * En materia laboral se debe respetar la irrenunciabilidad reconocidos por la

¹⁷ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno y Utilización 2002, United Nations Publications, 1° edición, p. 10

constitución y la ley. No se someten a conciliación controversia que se refieran a la omisión de delitos o faltas.

En Colombia el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en su Artículo 1°. Define. La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.

Artículo 2° del mismo cuerpo legal nos dice: Asuntos conciliables. Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley

En virtud de esta figura se prevé la posibilidad de solucionar preventivamente los problemas, sin llegar a medidas de fuerza, exigiéndose que antes de adoptar éstas, se deba comunicar la situación a la autoridad administrativa, para iniciar los trámites de la conciliación obligatoria.

1.2.2.1. Mecanismos Aplicables a la Solución del Conflicto Familiar

En cuanto al tema específico que versa sobre la solución de conflictos familiares y los posibles mecanismos a ser empleados para conseguirla, es importante tomar en cuenta que esta se somete en la generalidad de los casos a las alternativas anteriormente descritas.

Sin embargo de lo manifestado, la naturaleza de ciertas figuras empeladas para la resolución extrajudicial de conflictos, determina su relevancia y consecuentemente su amplia utilización por parte de la sociedad, por lo menos en el caso de otros países en donde su recurrencia constituye un requisito de carácter obligatorio para la instauración de un procedimiento judicial.

En razón de lo manifestado precedentemente, es factible afirmar que la resolución de conflictos familiares puede ser conseguida mediante mecanismos de naturaleza judicial y no judicial.

Con la finalidad de establecer los parámetros doctrinarios y jurídicos que sustenten una clara y adecuada comprensión de los diversos mecanismos para la resolución extrajudicial de conflictos, se plantea a continuación una referencia sucinta a cada uno de ellos dentro del grupo de los métodos autocompositivos de resolución de conflictos.

1.2.2.2. La Mediación Familiar

La mediación familiar es “...una forma pacífica de resolución de disputas, que supone la posibilidad de que las dos partes en conflicto puedan solventar sus controversias negociando en presencia de una tercera persona neutral –el mediador-, que carece de poder de decisión y cuya misión es facilitar la búsqueda de una salida o solución pacífica al conflicto que enfrenta a las partes”.¹⁸

Cuando se instaura un proceso de mediación familiar, el protagonismo recae indudablemente sobre las partes en disputa, sin embargo de lo cual, no quiere decir que el mediador pase a un segundo plano o que su labor se vea opacada por la presencia de otros sujetos procesales por llamarlos de alguna manera.

En este sentido, el tratadista Javier Escrivá sostiene que en cuanto se refiere al mediador, “...no forma parte del oficio ni de la tarea profesional del mediador, la definición autoritaria del nuevo espacio relacional de los miembros de la familia, ni la exoneración, por sustitución, de la responsabilidad de las partes en la toma de decisiones en el diseño de ese nuevo espacio familiar, consecuencia del conflicto”.

¹⁸ ESCRIVÁ Javier, Matrimonio y Mediación Familiar: Principios y elementos esenciales del matrimonio para la mediación familiar, Ediciones Rialp, 2º edición, p.131

Con la finalidad de garantizar efectos positivos emanados de la aplicación de procesos de mediación familiar, los mismos debe necesariamente estar sustentados en determinados principios que hagan factible su aplicación y por lo tanto, se de cumplimiento a los objetivos propuestos.

A tal efecto, cabe destacar que los principios referidos en el párrafo precedente son los siguientes:

- Voluntaria.

El factor de voluntariedad que caracteriza las prácticas de mediación prejudicial, faculta a los sujetos involucrados en un litigio para que estos se sometan a los procedimientos respectivos de acuerdo a su libre criterio y albedrío, tanto es así, que incluso en los sistemas judiciales en donde se ha configurado la mediación como medio alternativo para la resolución de controversias, se obliga únicamente a las partes para que asistan a una sesión de carácter informativo que versa sobre el desarrollo de la referida mediación, lo cual, deja de manifiesto la decisión de continuar o no en el proceso que corresponda.

Este hecho resulta una práctica lógica, ya que se torna compatible con la naturaleza misma de la mediación, según la cual, la resolución de conflictos debe ser conseguida en base al empleo de medios pacíficos y que no impliquen obligación de participar para ninguna de las partes.

Adicionalmente de lo expuesto en los párrafos precedentes, es importante destacar el hecho de que la voluntad que acompaña a las partes en un proceso de mediación, implica necesariamente la potestad de abandonar en forma libre y en cualquier momento el proceso al cual se ha sometido, sin que por tal efecto, se configuren acciones tendientes a presionar en el sentido de continuar.

Cabe advertir también, que la característica de voluntad es extensible no solo para las partes sino que se beneficia de esta el mediador, quien respecto de lo manifestado, tiene la

facultad de renunciar a su posición por el hecho de encontrarse en una situación que le impida cumplir integralmente con sus funciones, en cuyo caso, puede dar por concluida la mediación en un momento dado, o tiene la capacidad para sugerir la intervención de un nuevo mediador, según sea el caso.¹⁹

- Neutralidad.

Respecto de esta característica, se debe señalar que guarda relación directa con las funciones a ser desarrolladas por el mediador, ya que es este quien tiene la potestad para guiar en el proceso a las partes que se encuentran en conflicto.

En este sentido, el tratadista Roberto Bianchi propone que "...el mediador garantiza que no va a tomar parte por ninguno de los afectados, por lo tanto, queda exento de apoyar a uno en desmedro del otro, no va a aconsejar a uno en contra del otro, no va a convencer a nadie de lo que debe hacer o no.

El mediador garantiza de esta forma que las decisiones y acuerdos sean fruto de las partes afectadas, sin que él pueda intervenir en esas decisiones.

El mediador va a permitir el mismo tiempo para que cada parte pueda contar su versión, va a dedicar a ambos la misma atención, va a balancear el poder que ejercen las partes uno sobre otro, etcétera".²⁰

- Confidencialidad.

Es necesario señalar que la temática a ser abordada por las partes en un proceso de mediación es libre, pudiendo ponerse de manifiesto todas las emociones y malestares que respecto de la controversia se hayan generado entre los participantes.

¹⁹ ALFARO Ricardo, Conciliación y Arbitraje en América, Editorial San Telmo, 2° edición, p. 137 - 138

²⁰ BIANCHI Roberto, Mediación Prejudicial y Conciliación: Comentario a la Ley 24.573 y su reglamentación, Editorial Zavalía, 4° edición, p. 211

A tal efecto, cabe señalar que la característica de confidencialidad se perfecciona cuando los sujetos sometidos al proceso y la persona que funge como mediador, se comprometen a no divulgar públicamente ninguna información pertinente a la situación que se discute.

Esta medida de confidencialidad supone que en los casos en que no haya sido posible plasmar o llegar a un acuerdo entre las partes involucradas en la controversia de que se trate, los afectados renuncian explícitamente a emplear lo discutido en la mediación cuando se llegue a medios judiciales para solventar el conflicto, esto es, no se puede utilizar nada de lo hablado como prueba ni tampoco al mediador como testigo de nada.

Esta característica por lo tanto, constituye un mecanismo de protección necesario para mantener e incluso fomentar la libertad de expresión de cada una de las partes en el proceso de mediación.

CAPÍTULO II

2. LA MEDIACIÓN EN EL CONFLICTO FAMILIAR

2.1. Antecedentes históricos de la mediación familiar

Desde una perspectiva de análisis general, la mediación constituye el instrumento por el cual pueden ser solucionados conflictos o disputas de manera pacífica y en torno al pacto voluntario entre las partes, hecho que se hace extensible al entorno familiar, debiendo manifestarse que si bien la mediación ha sido empleada históricamente con otras denominaciones, en el ámbito de la familia tiene una aplicación relativamente nueva.

En cuanto al tema específico de la mediación familiar, cabe destacar que esta comienza a desarrollarse de manera amplia en la mayoría de países anglosajones al finalizar el siglo XX.

A tal efecto, países como Estados Unidos de Norteamérica, Inglaterra, Canadá, Nueva Zelanda y Australia se registran como los primeros en aplicar este mecanismo para la resolución de conflictos familiares.

Respecto a los países de habla hispana que han adoptado este tipo de alternativa y en donde más fuerza ha tomado, se cuentan España, Chile y Argentina, tal como lo sostiene el Sociólogo Ricardo Ruiz Carbonell, quien adicionalmente incluye a México y Colombia como otros ejemplos en donde si bien se ha implementado estas prácticas extrajudiciales, no han tenido el impacto o fomento esperado entre la población.²¹

²¹ RUIZ Ricardo, La Violencia Familiar y los Derechos Humanos, Editorial CNDH, 3° edición, p. 137

Es importante destacar que debido a la corta existencia de este tipo de figuras reconocidas por las diversas legislaciones del mundo, no existe un verdadero análisis doctrinario o estudios sociológicos emprendidos para generar una mejor comprensión y por lo tanto una correcta aplicación de la misma.

Sin embargo de lo manifestado, es preciso señalar que autores como el Psicólogo Armando Bailón manifiestan que los inicios formales de la mediación familiar se remontan específicamente a los Estados Unidos, gracias al impulso que le dio el movimiento social denominado Alternative Dispute Resolution.

En el caso de los otros países señalados de manera precedente, cabe indicar que la institucionalidad que dio origen a la mediación familiar como alternativa para la resolución de conflictos, se detalla en el siguiente esquema:

- En Canadá surge con la creación del Servicio de Conciliación Familiar.

Debemos destacar que Canadá fue uno de los países precursores en lo que relaciona a la Mediación Familiar

En el año 1974 un terapeuta familiar y conyugal, Howard Irving, creó un servicio de "conciliación familiar" que ayudaba a las parejas y a sus abogados a llegar a acuerdos voluntarios.

A partir de este suceso, en el año 1981 existen ya servicios públicos de Mediación familiar, después de constatar que prácticamente la mitad de los matrimonios canadienses acababan en divorcio, y que la duración media de los matrimonios había pasado de trece a nueve años, el Servicio de Mediación para la Familia (SMF) se convirtió en un programa permanente público y gratuito.²²

²² Generalitat de Catalunya, www.gentcat.cat, Consultado el 26 de octubre 2011

- En Inglaterra surge con la creación del National Family Conciliation Council.

Esta fue la primera entidad que agrupó a la mayor parte de servicios de mediación independientes no ligados a los tribunales de justicia de la Gran Bretaña.

El National Family Conciliation Council fue legalmente creado en 1983 por un grupo de profesionales, cuyo objetivo era promover la mediación familiar y crear un modelo de trabajo en este tipo de mediación.²³

Otro de los objetivos de la creación de esta entidad fue impulsar la mediación familiar en el resto de Europa.

Cabe destacar que Inglaterra junto con Francia son los únicos países que cuenta con una regulación con cierto detalle de la Mediación familiar a partir de 1996 que fue creado la Family Law Act en la que ha hecho, de la Mediación familiar en una institución omnipresente, para resolver los problemas de familia

- En España nace con la creación del Servicio de Mediación Familiar.

Aunque este país carece aún de un marco jurídico propio con lo que respecta a la Mediación Familiar, las Comunidades Autónomas de Madrid, Valencia, , Aragón y Cataluña han dado gran importancia a esta mecanismo para la solución del conflicto familiar.

En Madrid iniciaron la Mediación familiar dos servicios subvencionados por el Ministerio de Asuntos Sociales, siendo destacable el Servicio de Mediación familiar de la Unión de Asociaciones Familiares –UNAF-, que actúa desde el año 1990 mediante un convenio-programa suscrito entre el Ministerio de Asuntos Sociales y la UNAF.²⁴

²³ <http://books.google.com.ec/books>, Familias, trabajo social y mediación por Aleix Ripol-Millet, Consultado 26 de octubre 2011

²⁴ Generalitat de Catalunya, www.gencat.cat, Consultado el 26 de octubre 2011

Como ha sido referido anteriormente puedo decir que las instituciones de Mediación Familiar han sido impulsadas por instituciones privadas, pero el Estado ha dado importancia y ha hecho que los centros de Mediación Familiar más importantes brinden servicios públicos y gratuitos.

A pesar de que estos países cuentan con centros de Mediación especializados en el ámbito familiar, no todos tienen una ley con respecto al tema a excepción de Inglaterra como lo está explicado anteriormente.

Haciendo un análisis respecto a nuestro sistema el Ecuador recién el año de 1997 introduce la ley de Mediación y Arbitraje promulgada a través del Registro Oficial 145, y en la actual Constitución Política en el artículo 190 nos dice: “se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicaran con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir...”

A partir de esta ley de 1997 se creó el centro de Mediación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, cuya institución fue la pionera e independiente del país, dando así mayor fortaleza a los centros privados, posteriormente el Estado en el año 2009 creó el Centro de Mediación y Arbitraje de la Función Judicial para poder brindar este servicio gratuito a la sociedad.

Si bien es cierto que contamos con centros de mediación públicos y privados, no contamos con instituciones especializadas con lo que respecta a la Mediación Familiar y tampoco un marco legal que regule a esta, el Estado debería dar importancia a este procedimiento para que se realice de forma organizada y bajo los parámetros que la ley establezca ya que es un medio óptimo para solucionar los conflictos familiares.

2.2. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Como ya ha sido manifestado anteriormente, la mediación familiar carece de estudios que se centren específicamente en su ámbito estructural, aplicación, consecuencias y más factores generados a partir de su perfeccionamiento en la práctica, sin embargo de lo cual, esta figura desde una visión general si ha sido objeto de un sinnúmero de análisis y críticas expuestas en una amplia doctrina.

A partir de su estudio, se colige que los elementos estructurales de la mediación pueden ser extrapolados al entorno familiar cuando dentro de este núcleo de organización humana se presenten conflictos.

De este modo, se plantean como elementos estructurales de la mediación familiar los detallados a continuación:

- Voluntad.

La voluntad en el caso de la mediación familiar, constituye uno de los elementos estructurales más importantes de la misma, ya que el carácter de extrajudicialidad y por lo tanto, la carencia de naturaleza vinculante, determinan de manera inevitable que las partes cuenten con la capacidad para decidir si participan o no en un proceso de mediación.

La referida capacidad se hace extensible incluso a los procesos de mediación familiar que hayan sido iniciados, pudiendo ponerse fin a los mismos independientemente de su avance.

De modo complementario a lo manifestado anteriormente, es preciso señalar que la voluntad como elemento estructural de la mediación familiar, le otorga a las partes que se han acogido al referido procedimiento, la facultad de llegar o no a un acuerdo, esto es, que no necesariamente por el hecho de someterse a un proceso de mediación familiar se debe llegar a una solución.

- Asistencia profesional/especializada.

Este factor determina la necesidad inherente y obligatoria de contar con la asistencia de una persona capacitada para llevar a cabo la dirección de la negociación.

Es importante precisar que en la mediación familiar, las partes en disputa en base a la ayuda del mediador, actúan de manera autónoma e independiente, procurando validar su posición y puntos de vista con la finalidad de llegar a una solución que convenga a los sujetos intervinientes en la discusión.

- Confidencialidad.

La naturaleza extrajudicial de la mediación familiar y la posibilidad de no alcanzar acuerdos entre las partes en conflicto, dan como resultado que los datos, argumentos e información en general que sean expuestas durante el desarrollo de la misma, no puedan ser divulgadas al conocimiento público y mucho menos ser empleadas como argumentos en la sustanciación de un juicio.

Este factor de confidencialidad se hace también obligatorio para el al mediador o peritos de ser el caso, quienes, no cuentan con la capacidad legal para ser convocado como testigos del referido juicio.

- Solución Breve y Efectiva.

La mediación familiar cuenta entre sus elementos estructurales, con el beneficio que brinda a las partes en disputa cuando estas han llegado a un acuerdo satisfactorio para sus intereses, el mismo que estará caracterizado por constituirse en una solución breve y efectiva.

Para conseguir tal efecto y que verdaderamente se configure un beneficio extensible a todas las partes que integran la controversia, la mediación familiar se lleva a cabo dentro de un esquema que ha sido pautado con antelación y explicado de forma clara por el mediador.

2.3. PROCEDIMIENTO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

El proceso de mediación familiar en el ámbito de la legislación ecuatoriana no se encuentra establecido de manera específica, más bien, se han establecido precisiones de carácter general para la sustanciación de un proceso de este tipo, en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Sin embargo de lo manifestado, es preciso señalar que la mediación se encuentra regentado en base a las siguientes etapas o fases:

- Preparación.

Como ya ha sido establecido anteriormente, la mediación en general es el resultado del cumplimiento de un proceso específico, que tiene su inicio a partir del contacto que una de las partes en litigio con el mediador para solicitar su ayuda.

Respecto de estos contactos, cabe destacar que acarrear una amplia trascendencia para la mediación como tal, ya que la presencia de errores en esta etapa, pueden implicar posteriormente una serie de conflictos conducentes a anular o destruir el proceso para solucionar los problemas correspondientes.

En este sentido, es preciso recurrir también a la ayuda de profesionales capacitados en psicología infanto juvenil, con la finalidad de que estos guíen a los niños, niñas y adolescentes en la comprensión del problema familiar que se encuentran afrontando, lo cual, debe ser considerado entre los requisitos preponderantes e ineludibles para llegar a un proceso de mediación familiar.

- Sesión de mediación.

Según la doctrina, esta etapa de la mediación se encuentra subdividida en varios factores que la estructuran, siendo el primero, la apertura de la sesión en donde el objetivo primario es el de establecer el contacto entre las partes con la finalidad de generar confianza entre las mismas.

A tal efecto, no solo debe ser necesaria la presencia del mediador, sino también cuando se encuentren involucrados intereses de los niños, niñas y adolescentes, el procedimiento debe estar sujeto a la guía de un profesional en el área de psicología infantil, con la finalidad de garantizar el empleo de estrategias que hagan posible la solución del conflicto en base al interés superior del menor.

Posteriormente al hecho señalado, se define el contexto de la mediación, es decir, las condiciones espacio temporales en torno de las cuales se ejecuta la mediación.

Una vez que los términos de sustanciación del proceso de mediación hayan sido planteados y aceptados integral y voluntariamente por las partes en litigio, se configura el tercer factor constitutivo de la sesión respectiva, a tal efecto, la doctrina señala que "...una vez que el mediador ha expuesto todas las condiciones del contexto de mediación, es indispensable que los participantes expresen verbalmente su acuerdo con tales condiciones. Si hay dudas o desacuerdos estos deben resolverse antes de avanzar a la fase siguiente".²⁵

Aceptados por las partes los parámetros a los cuales se hace referencia en el párrafo que antecede, se procede a la presentación misma del conflicto que será hecho por cada una de las partes intervinientes, esto, con la finalidad de brindar al mediador los elementos de causa necesarios para estructurar un mapa del conflicto y establecer así, los lineamientos específicos que requieren ser solucionados.

²⁵ Alcaldía Mayor de Bogotá, Capacitación a Funcionarios y Formación de Ciudadanos de Bogotá como Mediadores Comunitarios para el Distrito Capital, p. 31

Para tal efecto, el mediador debe tener en cuenta varios aspectos relevantes para el proceso, como los motivos que dieron lugar al conflicto, los problemas de relación entre las partes, las perspectivas propias de cada una de las partes sobre el problema en cuestión, los intereses, los obstáculos que dificultan un acuerdo amistoso, la diferencia de valores que existe entre las partes y otras características de similar naturaleza.

En torno a las conclusiones y el esquema general del problema que el mediador haya sido capaz de estructurar como resultado de los parámetros expuestos anteriormente, se procede al análisis de las posibles soluciones con la finalidad de aplicarlas consensualmente y generar en este sentido un arreglo satisfactorio y beneficioso para las dos partes.

Halladas las soluciones pertinentes, y establecido o no el acuerdo para asumirlas de manera integral por parte de los sujetos intervinientes, el mediador debe invitar a las partes para que discernan sobre las experiencias positivas obtenidas del proceso de mediación y evitar cualquier tipo de rose o hecho que pueda agravar la relación entre las partes que se hallan en conflicto.²⁶

- Seguimiento.

Cuando el proceso de mediación ha culminado independientemente de los resultados obtenidos en el mismo, es preciso establecer ciertas pautas de seguimiento.

A tal efecto, cabe señalar que para los casos en que se hayan conseguido resultados consensuados en el proceso, esto es, exista el acuerdo de de las partes para solucionar la controversia, se deberán especificar por escrito y en forma explícita las circunstancias en las cuales se pacto la solución.

El mediador en dichos casos como parte de sus funciones, deberá realizar el seguimiento pertinente para la verificación del cumplimiento, para lo cual, se valdrá de

²⁶ Alcaldía Mayor de Bogotá, Capacitación a Funcionarios y Formación de Ciudadanos de Bogotá como Mediadores Comunitarios para el Distrito Capital, p. 33

llamadas telefónicas y contacto personal de ser el caso, sin que estos métodos obsten para el empleo de otras alternativas de control o seguimiento.

Cuando no hay acuerdo entre las partes, el seguimiento respectivo ha de ser programado según las características del caso, contactándose el mediador con los participantes o con las instancias a donde decidan continuar, teniendo cuidado de no violar el principio de confidencialidad.²⁷

De las tres etapas anteriormente establecidas, la más importante se remite la segunda ya que en esta se llevan a cabo la mayoría de los asuntos trascendentales para la resolución del conflicto de que se trate, sin que tal circunstancia, le reste importancia a las otras dos fases que se han establecido.

Cabe recalcar sin embargo de lo manifestado, que el perfeccionamiento de los procesos de mediación en cuanto tiene que ver con el cumplimiento de su objetivo principal, se sustenta ampliamente en la capacidad del mediador, el mismo que debe cumplir de manera integral y en un sentido secuencial cada una de las etapas referidas.

2.3.1. La Mediación Familiar en el Ecuador

Como ya ha sido referido anteriormente, en el Ecuador no se cuenta con un marco jurídico que regule de manera específica la mediación familiar, debiendo manifestarse que esta ni siquiera es mencionada en la Ley de Arbitraje y Mediación expedida para la reglar la solución extrajudicial de conflictos.

Sin embargo de lo manifestado en el párrafo precedente, es importante destacar que el ámbito de aplicación de la referida Ley establece que los procedimientos de mediación podrán ser llevados a cabo sobre materia transigible, lo cual deriva en la posibilidad de plantear un arreglo extrajudicial en los casos de conflictos familiares.

²⁷ Alcaldía Mayor de Bogotá, Capacitación a Funcionarios y Formación de Ciudadanos de Bogotá como Mediadores Comunitarios para el Distrito Capital, p. 36

En este sentido, las partes que dan origen a la controversia familiar con la finalidad de acogerse a los beneficios que brinda la mediación, deben tomar en cuenta las siguientes especificaciones establecidas en la legislación pertinente.²⁸

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

Una vez que las partes hayan observado y cumplido con las condiciones establecidas anteriormente, el respectivo proceso de mediación finaliza con la suscripción de un acta en la

²⁸ Ley de Arbitraje y Mediación, De la Mediación, artículo 46

cual se fija el acuerdo total o parcial al cual hayan llegado las partes en controversia, o en su defecto, se debe establecer la imposibilidad de haber logrado el acuerdo perseguido.

2.3.2. Características Específicas de la Mediación Familiar en el Régimen de Niñez y Adolescencia

Es lógico suponer que la mediación cuando se refiere a temas relacionados con la niñez y adolescencia, acarrea necesariamente implícita una naturaleza de tipo familiar, la cual se encuentra regulada en el Código respectivo.²⁹

Cabe mencionar que la mediación respecto de los temas relacionados con niños, niñas y adolescentes, se encuentra facultada legalmente para ser llevada a cabo, siempre y cuando la sustanciación de este tipo de procesos no vulnere los derechos irrenunciables de niños y adolescentes, tal como lo señala el artículo 294 del cuerpo legal antes referido.

Con la finalidad de garantizar un tutelaje adecuado e integral de los beneficios jurídicos conferidos a los niños, niñas y adolescentes por la legislación ecuatoriana, la normativa correspondiente dispone la sustanciación de procesos de mediación únicamente en centros avalados para tal efecto por las autoridades competentes.

En cuanto se refiere específicamente a la capacidad de acceder a este tipo de servicios, se establece que “...los interesados podrán intervenir personalmente o por medio de apoderados. Se oirá la opinión del niño, niña o adolescente que esté en condiciones de expresarla”.³⁰

Respecto de lo manifestado en los párrafos que anteceden, es importante destacar que constituye prácticamente todas las alusiones que se hacen en el Código de la Niñez y Adolescencia con relación al tema de la mediación, la misma que por sus características puede ser considerada de índole familiar.

²⁹ Código de la Niñez y Adolescencia, La Mediación, artículo 294

³⁰ Código de la Niñez y Adolescencia, La Mediación, artículo 295

Ya que el Código en análisis no plantea procedimientos ni otras directrices legales que sustenten la vigencia, fomento y aplicación de la mediación como mecanismo alternativo para la resolución extrajudicial de conflictos familiares, es importante precisar que dichos procesos serán llevados a cabo en torno a los mandatos legales que se estipulan en la Ley de Arbitraje y Mediación, tal como lo dicta el artículo 297 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Cabe señalar que la carencia de disposiciones específicas que versen sobre la posibilidad de establecer procesos de mediación en asuntos familiares conflictivos, constituye un error de la legislación ecuatoriana puesto que dicho vacío legal sustenta las condiciones necesarias para que ciertos derechos propios de la niñez y adolescencia sean vulnerados, tal es el caso del derecho a la integridad física y psicológica.

En este sentido, el legislador en coordinación con la sociedad civil deben llevar a cabo el diseño de una reforma legal que abarque la protección sobre todo psicológica del menor de edad, en base a la obligatoriedad de someterse a procesos de mediación en los casos de conflictos familiares, esto, con la finalidad de evitar su participación en la sustanciación de largos y penosos procesos judiciales.

Debe señalarse de manera complementaria, que el hecho de implementar una reforma que haga obligatorio el sometimiento a procesos de mediación en los casos donde se disputan derechos e intereses en general de niños y adolescentes, no necesariamente implica que las partes lleguen a un acuerdo.

Particularmente de lo manifestado en los párrafos que anteceden, debe manifestarse que las principales áreas de intervención en mediación familiar, son las siguientes:³¹

³¹ POYATOS Ana, Mediación Familiar y Social en Diferentes Contextos, Editorial Nau Llibres, 1º edición, 2003, p. 114

- Conflictos derivados de herencias familiares.
- Conflictos surgidos del seno de empresas familiares.
- Conflictos intergeneracionales.
- Conflictos entre hermanos, derivados de la necesidad de prestar cuidados a los padres ancianos o de incapacitación de los mismos.
- Temas relacionados con procesos de adopción o acogimiento.
- Entre otros.

2.4. EL MEDIADOR FAMILIAR

Es importante precisar que mediador es la persona que por sus conocimientos especializados en el ámbito de la mediación, sirve de guía en el respectivo proceso, ofreciendo la posibilidad de alcanzar un acuerdo a las partes que se hallan involucradas en el conflicto.

Para tal efecto, el mediador se vale de ciertos instrumentos como es el caso de los métodos que emplea para facilitar la comprensión de los efectos emanados del referido procedimiento de mediación, el mismo que en el caso de conflictos familiares se hacen extensivos a la comprensión de las emociones inherentes a la disputa, intereses y necesidades de cada una de las partes y otras circunstancias de similares características.

En el caso específico de los mediadores familiares, por lo menos en los países en donde se ha considerado esta como una posibilidad efectiva para solventar conflictos de carácter familiar en un entorno extrajudicial, la doctrina plantea que son “...profesionales con titulación universitaria que disponen de una formación especializada en mediación familiar”.³²

³² <http://www.jcyl.es/>, consultado el 15 de agosto de 2011

Ya que el mediador constituye un importante aspecto en el ámbito de resolución extrajudicial de conflictos familiares mediante el empleo de la mediación, se plantean a continuación algunas directrices inherentes a su naturaleza.

2.4.1. Perfil del Mediador en Conflictos Familiares

El mediador debe cumplir con una serie de características y funciones que dan como consecuencia la configuración de un perfil adecuado, a fin de que por este medio se garantice la eficacia y efectividad del procedimiento de mediación.

Complementariamente a lo expuesto en el párrafo precedente, es necesario manifestar que el proceso de mediación requiere ser guiado por un especialista técnico en esta área, para lo cual, la capacitación del mediador se realiza sobre su formación académica de base y se sostiene con la capacitación continua, con la finalidad de enriquecer la visión, percepción y apreciación de los conflictos, tengan éstos o no naturaleza jurídica.

En este sentido, se plantean a continuación las siguientes características que conforman el perfil del mediador familiar:

- El mediador familiar constituye un nexo entre las partes litigantes que permite establecer los hechos vertidos según la concepción de cada una de estas, con la finalidad de discernir integralmente las cuestiones sobre las que versa el conflicto familiar y determinar de la manera más lógica, los parámetros sobre los cuales ha de sentarse la solución de que se trate.
- La posición del mediador, permite compartir experiencias y conocimientos respecto del proceso de negociación, que ha de ser llevado a cabo para solventar la problemática que generó el conflicto.

- La función del mediador acarrea implícita y obligatoriamente como característica, la reflexión sobre los asuntos a ser resueltos.
- Capacitación continua y actualizada sobre la normativa jurídica relevante a los procesos de mediación y las técnicas empleadas para conseguir que las partes sometidas a un proceso de mediación entren en acuerdo.

De manera complementaria a lo expuesto sobre las características más relevantes del perfil del mediador en un proceso extrajudicial para la resolución de conflictos familiares, es importante destacar que la doctrina ofrece otro tipo de parámetros muy importantes a ser considerados en el desarrollo de la presente investigación, los cuales, han sido considerados también como características propias del mediador familiar.

A tal efecto, puede señalarse que la persona o autoridad que ejerce las funciones de mediador no se encuentra en capacidad para imponer su perspectiva sobre el problema bajo ninguna circunstancia, en cuyo caso, el mediador debe remitirse únicamente a establecer las condiciones necesarias para fomentar el diálogo entre las partes litigantes, con la finalidad de que sean estas quienes de manera conjunta planteen y posteriormente ejecuten las soluciones al problema.

En este sentido, el tratadista Mesías Echanique Cueva en su obra “La Mediación: una alternativa a la solución de conflictos en el Ecuador”, sostiene que el mediador, no cuenta con la capacidad para juzgar o imponer alguna forma de sanción a las partes y queda también restringido de aconsejar o dar soluciones al problema.³³

Desde una perspectiva general, las características anteriormente detalladas constituyen los parámetros estructurales más importantes de la figura de mediador, sin que tal circunstancia obste o reste validez a otras propuestas planteadas por la amplia gama de autores que han tratado sobre el tema.

³³ ECHANIQUE Mesías, La Mediación: una alternativa a la solución de conflictos en el Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, 1º edición ilustrada, p. 54

2.4.2. Profesionales de Apoyo en el Proceso de Mediación Familiar

La naturaleza de los conflictos familiares sobre todo por el impacto y la injerencia que estos tienen sobre los niños y adolescentes, generan un ámbito propicio para la intervención de varias ramas de profesionales especializados en distintos campos del conocimiento humano.

En este sentido, el tratadista y Sociólogo Mauricio Farías sostiene que la supervisión de infantes y adolescentes expuestos a conflictos familiares, debe estar necesariamente sometida a la vigilancia y seguimiento de un psicólogo, ya que según el referido profesional, cualquier tipo de disfunción familiar produce graves secuelas en la personalidad y estabilidad emocional de niños y adolescentes, atendiendo en estos casos con mayor preeminencia a quienes registran edades menores a los cinco años.³⁴

En esta misma línea de ideas, el autor referido manifiesta que también se requiere de la presencia de un médico, ya que es común en el desarrollo de conflictos familiares la agresión física hacia niños y adolescentes.

Respecto del proceso de mediación, este tratadista afirma que si bien no es vinculante para el mediador ser Abogado y por lo tanto, puede ejercer estas funciones cualquier persona con la capacitación adecuada, si es conveniente que funja tales competencias un profesional del Derecho, ya que su conocimiento en el alcance jurídico que acarrearán los procesos de mediación, puede ser decisivo para llegar a acuerdos más satisfactorios y beneficiosos para las partes en litigio.³⁵

³⁴ FARÍAS Mauricio, *Mediación de Conflictos Familiares: Conocimientos y Destrezas de los Profesionales*, Ediciones Puerto Rico, 1º edición, p. 27

³⁵ FARÍAS Mauricio, *Mediación de Conflictos Familiares: Conocimientos y Destrezas de los Profesionales*, Ediciones Puerto Rico, 1º edición, p. 29

CAPÍTULO III

3. EFECTOS DE LAS ACTAS DE MEDIACIÓN

3.1. La cosa Juzgada

Los diferentes regímenes legales del planeta han venido empleando la noción jurídica de la cosa juzgada en un sentido relativamente amplio y en cierto sentido heterogéneo, tal como lo refiere la tratadista Isabel Tapia en su obra “La Cosa Juzgada: Estudio de Jurisprudencia Civil”.

Es necesario destacar que como en el caso de la legislación ecuatoriana y muchas otras más, la terminología de cosa juzgada ha venido siendo aplicada en torno a parámetros conceptuales escasamente definidos, lo cual, en ciertas circunstancias es capaz de llegar a crear confusiones y perjuicios para la adecuada aplicación de la justicia, así por ejemplo, la referida idea se aplica tanto a la “...firmeza que una resolución cualquiera adquiriría en un concreto proceso con la consiguiente inmutabilidad dentro del mismo (cosa juzgada formal), como a los efectos vinculantes para los jueces de procesos futuros que producían una sentencia firme (cosa juzgada material), ya sea para obligar a esos jueces de futuros procesos a partir de lo ya juzgado en un proceso anterior (función positiva, vinculante o prejudicial de la cosa juzgada), ya sea para impedirles resolver de nuevo sobre un “res” que ya ha sido juzgada (función negativa o excluyente de la cosa juzgada).

En base a la directriz doctrinaria que ha sido expuesta anteriormente, es preciso señalar que la adecuada aplicación del Derecho que emana de la sustanciación procesal de un conflicto,

requiere hallarse sustentada en el entorno de una idea conceptual clara y precisa de lo que corresponde la cosa juzgada.

A tal efecto, se proponen las definiciones más importantes y acordes a los requerimientos de la presente investigación:

La cosa juzgada desde la perspectiva etimológica proviene de las voces latinas *res judicata*, que implica una noción de "...sentencia que goza de inimpugnabilidad e indiscutibilidad, ya que al ser pronunciada se está indicando que la cosa ha sido juzgada".

Respecto del concepto citado en el párrafo que antecede, es válido destacar que la estabilidad de las situaciones legales configuradas a partir de los efectos que genera la sentencia, da paso a un factor de carácter vinculante respecto de la actividad legislativa, según el cual, el legislador se encuentra obligado a prohibir la indefinida impugnación de las cuestiones juzgadas, hecho que respalda la capacidad de legislación para fijar límites en lo que se refiere a la interposición de recursos.

En este sentido, se le confiere a la cosa juzgada un carácter imperativo, es decir, una autoridad que pone de manifiesto la incompetencia e incapacidad de otras autoridades jurisdiccionales para dictar una determinada sentencia sobre un hecho que ya ha sido resuelto o que ha sido motivo para el desarrollo de un juicio anterior.

Cabe señalar de manera complementaria a lo expuesto, que en términos generales la cosa juzgada se perfecciona cuando la sentencia es considerada como firme, por lo tanto, este estado de la resolución o sentencia constituye un atributo de suma importancia y un requisito *sine qua non* para que la cosa juzgada se en vista de las condiciones legales tendientes a garantizar su eficacia y por supuesto, su vigencia absoluta.

Respecto de las precisiones referidas, es importante destacar que en la aplicación práctica de las leyes e incluso en el ámbito académico, no solo en el Ecuador sino en la gran mayoría de

los países del mundo con sistemas jurídicos análogos entre sí, se configuran errores de conceptualización y por lo tanto comprensión sobre lo que constituye la cosa juzgada, llegándose en muchos de los casos a confundir ideas como la sentencia ejecutoriada, la sentencia firme y la cosa juzgada.

Con la finalidad de sentar precedentes jurídicos que permitan dilucidar y distinguir las ideas planteadas, es preciso determinar la conceptualización que generalmente es aceptada para cada una de las figuras propuestas, tal es así entonces, que la sentencia ejecutoriada constituye “...aquella en contra de la cual no procede recurso extraordinario, como es el amparo o en un juicio autónomo de nulidad”.

En cuanto se refiere a la sentencia firme, se la considera como el factor jurídico en virtud del cual ya no es posible la procedencia de ningún tipo de recurso, ni aún en el caso del juicio constitucional de amparo.

Como ya ha sido referido anteriormente, la cosa juzgada constituye uno de los parámetros legales más importantes a la hora de aplicar el Derecho y consecuentemente en el momento de administrar justicia, lo cual, conlleva necesariamente al establecimiento doctrinario de ciertas directrices que constituyen la estructura jurídica de esta noción.

En este sentido, es importante precisar dos aspectos constitutivos de la cosa juzgada, por una parte, la naturaleza formal y por otra, la naturaleza material de la misma.

3.1.1. La Cosa Juzgada Formal

En cuanto tiene que ver con el tema planteado en el presente numeral, vale decir, que la doctrina jurídica ha establecido una serie de parámetros coherentes y coordinados, que son el resultado del amplio tratamiento del cual ha sido objeto el tema en cuestión.

En concordancia con lo expuesto, es válido y factible señalar lo planteado en términos generales por dos posiciones jurídicas, así se tiene que en un sentido se ha llegado a manifestar

que la cosa juzgada desde el punto de vista formal puede ser comprendida como “...la imposibilidad de impugnar la sentencia recaída en un proceso, bien porque no exista recurso contra ella, bien porque se haya dejado transcurrir el término señalado para interponerlo”.

La cosa juzgada de carácter formal es considerada como una simple pérdida de la facultad o potestad procesal para efectivizarla en la práctica, y por lo tanto, afecta únicamente al proceso en el cual ha sido producida.

En el mismo sentido, se pronuncia el tratadista Fernando Toribos en su obra “Manual Práctico de Derecho Civil”, en donde manifiesta que las implicaciones y significación emanada de la cosa juzgada formal determinan condiciones jurídicas distintas a la firmeza e impugnabilidad, según las cuales, esta constituye un efecto inherente y añadido que se configuran a partir de las resoluciones firmes.

Siguiendo este orden de ideas, el referido tratadista señala que “...la cosa juzgada formal, si bien está indisolublemente unida a la firmeza, despliega un marcado carácter positivo, al otorgar un plus de eficacia a la resolución judicial firme, provocando que su contenido vincule al órgano jurisdiccional y a las partes y condicione las actuaciones subsiguientes, que no podrán desconocer ni contravenir el contenido de la resolución”.

El autor citado también hace alusión a la confusión que generalmente se presenta entre la cosa juzgada formal y la ejecutividad de una resolución, la misma que ya había sido referida con anterioridad.

En este sentido, expresa que las mismas no deben ser confundidas, ya que en efecto, mientras la cosa juzgada formal implica el hecho de que una resolución debe necesariamente ser acatada y que se ha de partir de su contenido para solucionar el conflicto judicial de que se trate, la ejecutividad de una resolución acarrea la configuración de factores que permiten perfeccionar una resolución que dispone algo susceptible de ser ejecutado, por lo tanto, los parámetros jurídicos expuestos implican necesariamente que la totalidad de resoluciones dictadas en la sustanciación de un proceso judicial despliegan una vez firmes, la eficacia de

cosa juzgada, sin embargo de lo cual, solo podrán ser ejecutables aquellas de las cuales se desprenda un contenido positivo.

En términos generales, la cosa juzgada puede ser definida como el nexo de carácter jurídico que tanto para las partes que intervienen en un juicio como para el órgano jurisdiccional, en un sentido indirecto y directo respectivamente, genera el contenido de cualquier resolución judicial firme, dentro del propio proceso en el cual haya sido expedida.

Una propuesta interesante en este sentido, ha sido expuesta por el tratadista Juan Montero Aroca, el mismo que establece que no todas las resoluciones dictadas en la sustanciación de una contienda judicial adquieren o tiene la característica de cosa juzgada formal.

En este sentido, el mencionado autor destaca en su libro Derecho Jurisdiccional, que “...si la finalidad de la cosa juzgada formal es añadir a las resoluciones firmes una eficacia que vincule las actuaciones procesales posteriores, afectando al desarrollo posterior del proceso (pidiendo y resolviendo sin contravenir lo resuelto y partiendo de ello), nunca podemos asignar eficacia de cosa juzgada a la resolución que pone fin al proceso, por el simple motivo de que no habrá resoluciones posteriores a las que condicionar: En consecuencia, la cosa juzgada formal la producen todas las resoluciones que se dictan a lo largo del proceso, pero no aquellas que le ponen fin (auto o sentencia)”.

De manera complementaria a lo expuesto en los párrafos precedentes, es importante destacar como aspecto general que la cosa juzgada de carácter formal configura su eficacia en torno a dos ámbitos claramente definidos, esto es:

- Intraprocesal.

En torno a este ámbito, la eficacia de la cosa juzgada formal se hace extensible o se aplica únicamente al proceso judicial en el cual la respectiva resolución ha sido emitida.

- Condicional.

El segundo ámbito por su naturaleza, condiciona las resoluciones o peticiones posteriores, esto es, que se ha de partir de lo resuelto o decidido.

3.1.2. La Cosa Juzgada Material

Del mismo modo que la cosa juzgada formal, la cosa juzgada de carácter material también ha sido analizada ampliamente por la doctrina, de lo cual se desprende inevitablemente la necesidad por parte de la presente investigación, de hacer alusión a las principales posturas emitidas en este sentido.

A tal efecto, es factible recurrir a lo planteado por el tratadista Fernando Toribos, quien sostiene el hecho de que la cosa juzgada materia la diferencia de la cosa juzgada formal que es aquella producida por todas las resoluciones firmes dictadas en un proceso, desplegando su eficacia dentro de él, constituye la instancia jurídica según la cual "...despliega sus efectos fuera del proceso, condicionando o impidiendo otro distinto y posterior".

En este sentido por lo tanto, la cosa juzgada puede ser comprendida como determinado efecto configurado a partir de la expedición de cierto tipo de resoluciones firmes, que acarrea necesariamente un vínculo con otros procesos u otros órganos jurisdiccionales respecto del contenido de las referidas resoluciones.

Toribos manifiesta que si bien, las resoluciones dictadas en la sustanciación de un proceso judicial una vez firmes, adquieren el carácter de cosa juzgada formal, la de carácter material no puede ser extensible en su consideración a todas las resoluciones sino únicamente a aquella sentencia que resuelve sobre la parte importante o el fondo del asunto controvertido, es decir, que su configuración se circunscribe a un ámbito de carácter más general.

En conclusión, para el tratadista referido en el párrafo que antecede, la cosa juzgada material presupone la formal, es decir, que la totalidad de resoluciones dictadas a lo largo de un proceso judicial llamadas por su naturaleza a ser firmes, implican un carácter de formalidad que deviene necesariamente en la noción de cosa juzgada formal por la fuerza que adquiere.

De manera complementaria a lo expuesto, es factible señalar que no todas las resoluciones que emanan por parte de la autoridad jurisdiccional a lo largo de un juicio están destinadas a adquirir la eficacia de cosa juzgada material, esto, como resultado de que dicho efecto queda exclusivamente reservado para una concreta resolución que verse sobre la solución misma de la circunstancia litigiosa, es decir, para la sentencia que trata sobre el fondo del asunto.

Una precisión doctrinaria adicional que ha sido expresada por varios tratadistas que han estudiado el tema planteado en el presente numeral, determina que la cosa juzgada material encuentra una justificación plena así como su fundamento, en dos pilares fundamentales que componen la estructura misma de la administración de justicia, por una parte, la seguridad y por otra la paz, ambas consideradas como conceptos y prácticas extensibles al ámbito socio jurídico.

En este sentido, lo que se busca es establecer los parámetros conducentes a limitar el entablamiento de discusiones jurídicas susceptibles de prolongarse de manera indefinida, o que se vuelva a plantear un asunto litigioso que ya ha sido decidido anteriormente, todo esto, con la finalidad general de eliminar la posibilidad de que sean dictadas sentencias contradictorias.

Por su parte, el tratadista Rafael De Pina frente a las injerencias jurídicas configuradas como resultado del análisis de la cosa juzgada en un sentido material o substancial, sostiene que esta consiste "...en la indiscutibilidad de la esencia de la voluntad concreta de la Ley afirmada en sentencia. La eficacia jurídica de la cosa juzgada en sentido material se extiende a los procesos futuros; en consecuencia, lo que se establece en la sentencia basada en autoridad de cosa juzgada no puede ser objeto de un nuevo juicio; esta es la verdadera cosa juzgada".

Desde una perspectiva basada en el análisis de la cosa juzgada como factor constitutivo de la sentencia o resolución final, vale decir, que esta implica de manera acertada y clara una serie de parámetros jurídicos en virtud de los cuales, se hace evidente suponer que no es propicio ni factible para la sociedad y el Estado en general, solventar procesalmente la repetición indefinida de procesos judiciales que hayan sido iniciados para resolver un mismo caso controvertido, razón por la cual, se debe rechazar cualquier pretensión ulterior contra un mismo hecho y contra una misma persona o para cumplir con una condena ya cumplida con anterioridad.

De este modo, tal como lo refiere el tratadista Carlos Cezón, “...la resolución judicial de improcedencia basada en razones de fondo debe producir el efecto de cosa juzgada material, de imposibilidad de un segundo proceso sobre lo mismo”.

3.2. Ejecución de las Actas de Mediación

La Ley de Arbitraje y Mediación vigente en el Ecuador para regular las pretensiones que buscan resolver conflicto de manera extrajudicial entre dos o más personas, determina claramente los parámetros en los cuales se han de llevar a cabo tales acciones, lo cual constituye un hecho importante a ser analizado previo el establecimiento de los postulados jurídicos y doctrinarios que versan sobre la ejecución de las actas de mediación.

A tal efecto, es importante señalar que con la finalidad de iniciar un proceso de mediación, la parte interesada debe presentar una solicitud suscrita por una o varias personas autorizadas y debe estar dirigida por escrito al Defensor del Pueblo o a la entidad que para el efecto se encuentre legalmente acreditada por las autoridades competentes.

En esta solicitud, se debe hacer constar claramente la intervención del organismo mediador con la finalidad de lograr un acuerdo en base a los parámetros legales correspondientes.

Adicionalmente, cabe señalar que la referida solicitud se encuentra estructurada con apego al siguiente esquema que se encuentra estipulado en el artículo 17 del Reglamento de la Dirección Nacional de Mediación de la Defensoría del Pueblo:

- El nombre, domicilio y dirección de las partes y de sus representantes o apoderados, si los hubiere.

- Las diferencias o cuestiones materia de la mediación.

- c) Los documentos que se consideren pertinentes.

Una vez que la solicitud en cuestión haya sido recibida por la autoridad pertinente para tal efecto, o que el Defensor del Pueblo haya dictado disposición para implementar el procedimiento de mediación en un caso específico, el Director de Mediación debe proceder dentro de los dos días siguientes a la designación de un mediador que ha de atenderla por sorteo rotativo, debiendo manifestarse que para tal hecho se ha de tener en consideración la especialidad o materia que va a tratar de ser resuelta por la vía de mediación.

Dentro del mismo lapso temporal de dos días serán citadas las partes, mediante una comunicación remitida a la dirección domiciliaria que se encuentra registrada en la solicitud respectiva.

La comunicación debe contener o señalar el lugar, fecha y hora en que ha de tener lugar el respectivo proceso de mediación, para lo cual se tendrá en cuenta las circunstancias de modo, tiempo y lugar que favorezcan por igual a los intereses de las partes en conflicto.

Tal como lo establece la Ley de Arbitraje y Mediación, en la respectiva audiencia el mediador deberá actuar en base a los parámetros procesales de imparcialidad, neutralidad y equidad, estimulando a la vez, la presentación de alternativas de avenimiento respecto de las cuestiones controvertidas.

Si en la audiencia se logra un acuerdo entre las partes con la finalidad de dirimir las diferencias que dieron lugar a la controversia de que se trate, el mediador tiene bajo su responsabilidad, el potestativo y obligación inmediata de elaborar un acta de mediación que será suscrita por él y por las partes controversiales.

Sin embargo de lo manifestado, en el caso de que no haya sido posible llegar a un acuerdo o una de las partes no comparece a la audiencia, la actuación del mediador, se dará por concluida, dejando constancia de dicha circunstancia en un acta suscrita por los presentes y por el mediador correspondiente.

El artículo veinte del Reglamento de la Dirección de Mediación de la Defensoría del Pueblo dispone adicionalmente a lo establecido en el párrafo anterior, que "...si la audiencia no pudiere celebrarse por ausencia de una de las partes, previo informe del mediador se podrá citar para una nueva audiencia, si no se pudiera realizar nuevamente por la misma causa, se dejará constancia de la imposibilidad de la mediación, suscrita por los presentes y el mediador.

Si hay acuerdo total o parcial, se consignarán de manera clara y definitiva los puntos de acuerdo, determinando las obligaciones de cada parte, el plazo para su cumplimiento, y si se trata de obligaciones patrimoniales, su monto y demás acuerdos debidamente especificados. En la mediación parcial se determinarán, además, los puntos de desacuerdo”.

Es importante señalar respecto del tema de la mediación con intervención de la Defensoría del Pueblo, que en los casos en que no haya sido posible llegar a un acuerdo amistoso para la solución de la controversia, el Defensor del Pueblo cuenta con la capacidad para disponer que la entidad avoque conocimiento del tema mediante el empleo de otro tipo de procedimientos que se establecen en el régimen constitucional y la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

De manera adicional a los parámetros legales planteados en lo que se refiere a la Defensoría del Pueblo y los procedimientos de mediación que se sustancian bajo la intervención de dicho organismo estatal, es necesario plantar las directrices que le confieren legalidad a dicha intervención, siendo para el efecto, las siguientes:

- Cuando se trate de conflictos sometidos a consideración del Defensor del Pueblo por personas jurídicas y organizaciones populares con la administración pública.
- A solicitud de parte o de oficio.
- Cuando el Defensor del Pueblo lo considere procedente y necesario.
- Subsidiariamente, cuando se trate de personas de escasos recursos que no puedan sufragar los gastos en un centro u oficina de mediación o con mediadores independientes.

Finalmente, resta decir que la mediación al ser considerada por la doctrina como una alternativa socialmente viable y extremadamente conveniente para los intereses de la misma, justifica que el Estado ecuatoriano la asuma como un importante instrumento de tutelaje de los derechos y garantías de los ciudadanos

Una vez que han sido planteados los parámetros procesales en los que la generalidad de los casos de mediación en el Ecuador son resueltos, es necesario hacer referencia y enfocar el análisis en la ejecución misma de las actas de mediación en las cuales se ha conseguido plasmar un acuerdo entre las partes litigiosas.

Para los casos que atañen al presente numeral, es decir, cuando existe un acuerdo de solución al conflicto, es importante precisar que el proceso de mediación llega a su final con la suscripción de un acta en la cual conste el acuerdo al que se ha llegado.

Dicha acta deberá contener de manera obligatoria por lo menos algunos factores de tipo informativo como la relación de los hechos que dieron origen a la disputa, una descripción clara de las obligaciones y responsabilidades a las que se someten cada una de las partes por el hecho de haber suscrito la referida acta y en sí, las firmas o huellas digitales de las partes y del mediador.

En lo referente a la suscripción del acta respectiva, es preciso manifestar que el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación determina que “...con la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en este son auténticas”.

De manera complementaria a lo señalado anteriormente, el referido artículo también dispone que el acuerdo alcanzado y suscrito por las partes en conflicto, tiene el efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, en cuyo caso, para la ejecución de esta se deberá tomar en cuenta los parámetros legales vigentes para el perfeccionamiento de las sentencias legales dictadas en última instancia.

Una característica muy importante que por su naturaleza es inherente al acuerdo adoptado en un proceso de mediación, es el hecho de que su cumplimiento está sujeto a la vía judicial del apremio, con lo cual, el legislador a buscado garantizar el cumplimiento de los derechos y obligaciones adquiridos por los sujetos que protagonizaron una controversia, así como también, conferir un ámbito de seriedad a las actuaciones que emanan de un proceso de mediación.

3.2.1. Vías de Ejecución

En términos generales, es preciso manifestar que la sentencia o en el caso que atañe a la presente investigación, el acuerdo al que hayan llegado las partes en litigio por medio de un proceso de mediación, son consideradas como el acto final de la sustanciación que les dio origen y que establece lo que debe ser en Derecho, sin embargo de lo cual, esto ni implica que la responsabilidad o función de la autoridad jurisdiccional se agote.

Respecto de lo señalado en el párrafo precedente, es válido acotar que la simple declaración contenida en una sentencia o en un acuerdo de mediación no acarrea las condiciones necesarias para que sea aplicado de acuerdo a los intereses de las partes en controversia, siendo para tal efecto necesaria la posterior recurrencia de mecanismos que aseguren el efectivo cumplimiento de las misma, tal es el caso, de los apremios, que en la legislación ecuatoriana se clasifican en reales y personales.

Debe destacarse en cuanto se refiere a la ejecución de la sentencia, que si el demandado o las partes intervinientes en un proceso de mediación no cumplen de manera voluntaria con lo requerido en el acto que ordena la realización de una determinada acción, el órgano jurisdiccional cuenta con la capacidad legal para disponer del poder necesario y hacerla efectiva inmediatamente.

En este sentido, la doctrina señala que en la totalidad de regímenes legales del mundo se establecen mecanismos para garantizar el efectivo cumplimiento de las sentencias, hecho, que en el caso ecuatoriano se torna extensible a los acuerdos alcanzados en un proceso de mediación.

Para el tratadista Julián Sarmientos, este hecho constituye un factor de trascendental importancia en la intencionalidad estatal de proteger y amparar los derechos de las personas y que han sido declarados como tales, por uno de sus órganos estructurales más importantes, esto es, el Poder Judicial.

En torno a lo señalado, el referido autor ha manifestado que "...si el demandado no cumple voluntariamente la sentencia el órgano jurisdiccional dispone del poder necesario para hacerla efectiva y el ordenamiento jurídico prevé un cauce procesal adecuado para tal fin: el proceso de ejecución. A través del mismo se solicita del órgano jurisdiccional no ya la declaración de voluntad típica de los procesos de cognición, sino una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior, para acomodarlo a lo establecido en el título que sirve de fundamento a la pretensión de la parte y a la actuación jurisdiccional".

Entre las directrices generales que se deben tomar en cuenta con la finalidad de ejecutar adecuadamente la sentencia o el acuerdo de mediación para el caso de esta investigación, pueden ser mencionados los siguientes:

- El principio de gratuidad presente en el proceso de cognición no alcanza a la fase de ejecución de la sentencia.

- La ejecución de la sentencia tendrá lugar a instancia de parte, salvo las que recaigan en los procedimientos de oficio, cuya ejecución se iniciará también de oficio
- El plazo de prescripción para instar la ejecución es igual al fijado en las leyes substantivas para el ejercicio de la acción tendente al reconocimiento del derecho cuya ejecución se pretenda.

- Frente al principio general de que todo derecho reconocido en sentencia firme es renunciable o transigible, queda prohibida toda transacción o renuncia de los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador.
 - Respecto de la ejecución de sentencias frente al Estado y demás Entes públicos, el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, adoptará cuantas medidas sean adecuadas para promoverla y activarla.

CONCLUSIONES

La implementación de la mediación en el régimen jurídico ecuatoriano como alternativa para resolver conflictos extrajudicialmente, constituye un acierto del legislador, ya que en virtud de su alcance y ámbito de aplicación, se torna factible un acceso mucho más rápido y eficiente a la justicia.

- Por las características analizadas a lo largo de la presente investigación respecto de los procesos de mediación que se contemplan en la legislación del Ecuador, es factible señalar que la misma constituye un procedimiento de tipo no adversarial en razón del cual, las partes que se encuentran involucradas en un conflicto, buscan establecer una solución mutua y aceptable para ellas.

- Una característica importante que puede ser atribuida a los procesos de mediación, esta regentada por la celeridad con que la sustanciación de este mecanismo extrajudicial se desarrolla, lo cual en última instancia, genera un beneficio implícito para todas las partes que participan del referido proceso.

- la cultura jurídica de la sociedad ecuatoriana respecto del acceso a alternativas extrajudiciales empleadas para solucionar diverso tipo de conflictos o controversias, carece casi en su totalidad de conocimientos y confianza en el sistema por parte de la ciudadanía, esto, como resultado directo de un desinterés personal y de las autoridades para erradicar dicho inconveniente.

- Es una información común y conocida por todos, el hecho de que la Función Judicial no ha sido capaz de cumplir integralmente con las obligaciones que le asigna la Ley, respecto principalmente de la administración de justicia en el campo penal y el ámbito de la niñez y adolescencia.

En este sentido, es preciso mencionar que el tema de los niños, niñas y adolescentes por las implicaciones humanistas que acarrea, constituye uno de los aspectos más importantes a ser resueltos, con la finalidad de garantizar un adecuado tutelaje de los derechos que son consustanciales a al referido sector de la población ecuatoriana.

En el caso de conflictos familiares que requieren soluciones rápidas y compatibles con la naturaleza del problema, es válido destacar que las diversas judicaturas que sustancian procesos relacionados con la niñez y adolescencia, no cubren debido a la excesiva carga de trabajo, las expectativas y requerimientos de la sociedad, con lo cual, quedan vulneradas garantías legales y constitucionales que buscan establecer como mandato obligatorio el bienestar de estas personas.

- La integridad de la familia ecuatoriana durante los últimos años, ha sido objeto de múltiples afectaciones de carácter sociológico, las cual traen como consecuencia una serie de conflictos familiares como la prestación de alimentos, determinación de la patria potestad, régimen de visitas, divorcio, separación de bienes, entre otras circunstancias de similares características.

En este sentido, es válido mencionar que la causa más importante para que se presenten este tipo de factores sociales con una connotación negativa, es la migración de los progenitores a otros países del mundo con la finalidad de alcanzar mejores condiciones de vida para las familias que se quedan en el Ecuador.

- Un aspecto negativo en la resolución extrajudicial de conflictos familiares por medio de procesos de mediación, se circunscribe al hecho de que su adopción por parte de la ciudadanía no es obligatoria, constituyéndose en este sentido, en un factor que implica necesariamente la carga excesiva de trabajo en los diferentes juzgados de la niñez y adolescencia.

- Otro de los inconvenientes importantes por los cuales la mediación no ha podido desarrollarse y generar un impacto positivo relevante en la sociedad ecuatoriana, constituye el hecho de que no existe una publicidad masiva y efectiva de los organismos que llevan a cabo este tipo de procesos.

- La institucionalidad pública en torno al desarrollo de los procesos de mediación es sumamente deficiente en lo concerniente al ejercicio de acciones que fomenten la utilización de este medio como alternativa a la resolución extrajudicial de conflictos.

- Es preciso señalar que la relativamente corta vigencia de los procesos de mediación en la legislación ecuatoriana, constituye una de los factores que generan las diferentes falencias detectadas a lo largo de la presente investigación.

RECOMENDACIONES

Las recomendaciones expuestas en este apartado de la investigación, constituyen una derivación directa de las principales conclusiones a las que se ha llegado mediante el análisis desarrollado en el presente estudio.

A tal efecto, se proponen a continuación las siguientes recomendaciones:

- Pese al acierto legislativo que constituyó la instauración y vigencia de un sistema extrajudicial para la resolución de conflictos en el régimen jurídico del país, es preciso manifestar que resulta inútil la referida acción, puesto que los efectos generados por su aplicación no han acarreado efectos notorios.

En este sentido, es preciso complementar la actividad legislativa en torno al reforzamiento de las competencias atribuidas a cierto tipo de autoridades, esto es, conferir mediante un marco reformativo legal la capacidad para aplicar estrategias conducentes a la difusión y fomento de la mediación en la sociedad.

En el mismo sentido, se deben establecer las condiciones institucionales tanto en el sector público como privado, para atender de manera prioritaria y urgente los diversos problemas que afectan a sectores vulnerables de la sociedad ecuatoriana, esto es principalmente, niños, niñas, adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidades físicas y personas de la tercera edad o adultos mayores, es decir, aquellos que según el régimen normativo constitucional se encasillan dentro del sector social que requiere de atención prioritaria por parte del Estado y la comunidad.

- Establecer mediante mecanismos coordinados entre el Ministerio de inclusión Económica y Social y el ámbito educativo en todos sus niveles, acciones de carácter integracional que se apliquen de manera directa a las familias ecuatorianas, con la finalidad de reforzar este núcleo de organización humana generando nuevos parámetros de relación entre cada uno de sus miembros, lo cual, busca evitar la configuración de disputas o conflictos familiares de relevancia o que afecten gravemente la integridad de la familia.

Respecto de lo manifestado, es importante recordar que la familia constituye la base fundamental de la organización social en cualquier país del mundo, por lo tanto, debe ser tomado en cuenta el hecho de que el desarrollo de la sociedad y consecuentemente del Estado ecuatoriano, depende en gran medida del bienestar en el cual la familia se desarrolle.

- Como ya ha sido referido anteriormente, uno de los factores más importantes por los cuales la mediación no ha generado un impacto importante y positivo en la sociedad ecuatoriana, es el desconocimiento casi generalizado de la población respecto de este tipo de procesos.

Partiendo de esta premisa, es necesario que el Estado en acciones coordinadas entre la Función Ejecutiva y Judicial, lleven adelante campañas masivas de publicidad que den a conocer públicamente las ventajas y beneficios que implica la utilización de mecanismos como la mediación.

A tal efecto, la propuesta debe ser enfocada y desarrollada en los medios de comunicación masivos como la radio, la prensa y la televisión.

- La institucionalidad pública debe ser reforzada mediante la asignación de recursos económicos destinados a la creación de organismos dedicados específicamente a la resolución extrajudicial de conflictos.

En este sentido, es importante destacar que la referida asignación de recursos no constituye un gasto público, por el contrario, debe ser percibida como una inversión ya que en primer lugar, se está prestando un servicio que beneficia directamente a la sociedad y en segundo lugar, el fomento de los procesos de mediación generan necesariamente un descenso en los niveles sociales de requerimiento que tiene la gente respecto del sistema ordinario de justicia, lo cual, implica a su vez una disminución en el empleo de recursos económicos que pueden ser revertidos al Estado para mejorar la misma prestación de servicios que se da en la Función Judicial.

El legislativo debe impulsar una reforma jurídica que faculte la obligatoriedad de someterse a un proceso de mediación previo al acceso del sistema de justicia ordinario.

Esto, con la finalidad de fomentar socialmente el empleo de este tipo de mecanismos y de disminuir la carga de trabajo que actualmente aqueja al sistema judicial ecuatoriano.

BIBLIOGRAFÍA

Alcaldía Mayor de Bogotá, Capacitación a Funcionarios y Formación de Ciudadanos de Bogotá como Mediadores Comunitarios para el Distrito Capital.

ALFARO Ricardo, Conciliación y Arbitraje en América, Editorial San Telmo, 2° edición.

Anteproyecto español de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

BIANCHI Roberto, Mediación Prejudicial y Conciliación.

CEZÓN Carlos, Derecho Extradicional, Librería Editorial Dykinson, 1° edición ilustrada.

DE PINA Rafael, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, 25° edición.

DÍAZ Luis, El Libro de la Negociación, Ediciones Díaz de Santos, 1° edición.

ECHANIQUE Mesías, La Mediación: una alternativa a la solución de conflictos en el Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, 1° edición ilustrada.

ESCRIVÁ Javier, Matrimonio y Mediación Familiar: Principios y elementos esenciales del matrimonio para la mediación familiar, Ediciones Rialp, 2° edición.

FARÍAS Mauricio, Mediación de Conflictos Familiares: Conocimientos y Destrezas de los Profesionales, Ediciones Puerto Rico, 1° edición.

GAMBOA Rafael, Introducción a los Métodos Alternos de Solución de Controversias, Editorial Universitaria, 1° edición.

MONTERO Juan, Derecho Jurisdiccional: Parte General, Editorial Tirant lo Blanch, 11° edición ilustrada.

MONTERO Alberto, Conflicto Social, Derecho y Proceso, Editorial EDITUM, 1° edición.
Reglamento de la Dirección de Mediación de la Defensoría del Pueblo.

RUIZ Ricardo, La Violencia Familiar y los Derechos Humanos.

TAPIA Isabel, La Cosa Juzgada: Estudio de jurisprudencia civil, Editorial MDJ, 1° edición.

TORIBOS Fernando, Manual Práctico del Proceso Civil, Editorial Lex Nova, 1° edición.

TORIBOS Fernando, Manual Práctico del Proceso Civil, Editorial Lex Nova, 1° edición.

Universidad Autónoma de Nayarit, La Teoría General del Proceso y su Aplicación al Proceso Civil en Nayarit, 1° edición.

VARGAS Adolfo, Buenos Oficios en Solución de Controversias Internacionales, Ediciones Managua, 1° edición.

LORENZO Luis, Fundamentos Teóricos del Conflicto Social, Siglo XXI de España Editores, 3° edición.

SARMIENTOS Julián, Teoría General del Proceso y su Aplicación, Ediciones Alfa & Omega, 1° edición.

LEYES Y CÓDIGOS

Constitución Política del Ecuador 2008

Código de la Niñez y Adolescencia.

Ley de Mediación y Arbitraje

Ley 1/2001 de Mediación Familiar de Cataluña.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno y Utilización 2002, UnitedNationsPublications, 1° edición.

Ley 24.573 y su reglamentación, Editorial Zavalía, 4° edición.

PAGINAS WEB

http://es.wikipedia.org/wiki/Conflicto_social

<http://www.definicionabc.com/politica/mediacion>.

<http://www.jcyl.es>.

ANEXOS

ENTREVISTADO: GUIDO REVELO CARVAJAL

ORGANISMO: CENTRO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

FECHA: 27 de Octubre de 2011

TEMA: MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL ECUADOR

¿Considera adecuada la alternativa que ofrece la mediación para la ciudadanía?

Por su puesto, este es uno de los mecanismos más rápidos y eficientes para que los ciudadanos puedan llegar a un acuerdo con peso de ley sin que tengan que recurrir a los juzgados y tribunales de la Función Judicial, con lo cual se evitan largos y engorrosos trámites que no siempre garantizan una resolución satisfactoria para las partes que se encuentran disputando un asunto determinado.

¿Qué tan aceptado ha sido el proceso de mediación por parte de la sociedad ecuatoriana?

Es una pregunta difícil de responder, ya que en el país no existe un registro adecuado de los expedientes que son tramitados en base de esta vía extrajudicial. Esta situación se presenta principalmente por la falta de coordinación entre las entidades del sector público que ofrecen el servicio de mediación y las empresas privadas que también lo hacen.

¿Cree usted que el Estado debería promover de mejor manera este tipo de iniciativas?

Claro, los beneficios que se desprenden de esta práctica para el sistema judicial ecuatoriano y en general para la sociedad son innumerables, empezando por el acceso oportuno a la capacidad propia para resolver conflictos, la celeridad del proceso, el valor jurídico del mismo y sobre todo, el descongestionamiento con el cual se beneficia la actividad judicial en el país. Esta serie de cualidades propias del sistema de mediación han generado ingentes ahorros de recursos económicos y humanos en el sector público judicial que han sido direccionados a la prestación y mejoramiento de otros servicios que se ofrecen. En síntesis, estas razones deben constituirse como circunstancia suficiente para que el Estado adopte medidas de promoción que permitan un acceso masivo de la población a este tipo de alternativas.

¿Qué tan conocida es la mediación entre la población ecuatoriana?

Yo considero que el acceso de la población a mecanismos como la mediación o el arbitraje, es mucho menor que los niveles de conocimiento que esta tiene sobre los referidos mecanismos, puesto que pese a la ineficiente difusión por parte del Estado y de la Función Judicial específicamente sobre el tema, el ciudadano común tiene una noción bastante aceptable y clara sobre las implicaciones y efectos que se producen en razón de la misma. Sin embargo, uno de los principales problemas que se presentan a la hora de hacer efectivo este tipo de alternativas, es la cultura jurídica que caracteriza al ecuatoriano, la misma que se encuentra caracterizada por una especie de desconfianza en alternativas relativamente nuevas como la mediación.

¿Cómo califica usted a los organismos que brindan este tipo de servicios?

En términos generales, puede decirse que el servicio de mediación que se brinda sobre todo en el ámbito particular sin que esto obste de incluir a las instituciones públicas, es ampliamente perfectible sobre todo en el ámbito de infraestructura y principalmente en la capacitación técnica y académica que las personas encargadas de estos asuntos deben tener. Así mismo, los niveles de calidad pueden ser mucho más elevados si se coordina eficientemente las acciones relacionadas con la práctica extrajudicial de la mediación tomando en cuenta la intervención

directa y activa de tres pilares básicos, el Estado, el sector privado y la sociedad civil organizada.

¿Qué tan efectiva es la normativa vigente que rige la mediación en el Ecuador?

Yo considero que el problema de fondo para que la mediación no se haya desarrollado de una manera más notoria y haya generado un impacto más profundo en la sociedad ecuatoriana, no se remite al alcance y ámbito de la Ley de Arbitraje y Mediación, pues ésta en mi criterio, se encuentra estructurada de acuerdo a los puntos prioritarios que se relacionan con el tema y por lo tanto, no se le puede atribuir errores de importancia o que afecten el desarrollo de estos procesos, más bien, el problema se apega a condiciones de carácter exógeno a la naturaleza de la ley como en el caso de la cultura jurídica de los ecuatorianos, o la falta de apoyo por parte de los organismos públicos competentes.

¿Que tipo de problemas son los más comunes dentro de la mediación familiar?

Dentro de mi experiencia, lo que podría considerar más común sería temas de divorcio, pensiones alimenticias, pero también podemos encontrarnos con problemas de herencias cuando ocurre la muerte un integrante de la familia, otro tipo de problemas podrían ser los que son generados por empresas o negocios familiar, lo cual la gente recurre a este medio para tratar de no dañar las relaciones familiares y así lograr un acuerdo eficaz para las dos partes.