

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK DEL ECUADOR

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

“LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL ECUADOR”

Realizado por:

LEONARDO DAVID ZURITA SERRANO

Como requisito para la obtención del título de:

ABOGADO

TUTOR DEL TRABAJO: DR. GABRIEL GALÁN

Quito, Febrero 2012.

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, Leonardo David Zurita Serrano, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido previamente presentado para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en el documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondiente 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.

Leonardo David Zurita Serrano.

DECLARATORIA

El tiempo, esfuerzo y dedicación que he realizado durante toda mi época estudiantil y el presente trabajo, va ofrendado con mucho cariño a mis dos padres, Grace Serrano Moscoso y Jaime Hernán Zurita Utreras, cuyo apoyo incondicional, afecto y comprensión han sido fruto de mi inspiración. A mis hermanos mayores Jaime y Edison Zurita, quienes con su ejemplo han sido mi aliciente, cuyo apoyo ha sido fundamental en todos estos años de vida; a mis profesores y a mis queridos amigos de fuera aula y dentro de ella, pues con su consejo y amistad, han sido parte de mi esfuerzo; y a mis estimados clientes, quienes a pesar que yo no contaba título académico en derecho, pusieron sus compañías en manos de mi empresa.

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado:

LA MEDIACION FAMILIAR EN EL ECUADOR

Realizado por el alumno

LEONARDO DAVID ZURITA SERRANO

Como requisito para la obtención del título de

ABOGADO

Ha sido dirigido por el profesor

GABRIEL GALÁN

Quien considera que constituye un trabajo original de su autor.

Dr. GABRIEL SANTIAGO GALAN MELO

Director

Los profesores informantes

DRA. ANA INTRIAGO CEBALLOS Y DRA. FANNY CORREA DEFAZ, después de
revisar el trabajo escrito presentado,
lo han calificado como apto para su defensa oral ante su tribunal examinador.

DRA. ANA TERESA
INTRIAGO CEBALLOS

DRA. FANNY FABIOLA
CORREA DEFAZ

Quito, 6 de febrero de 2012

DEDICATORIA

El tiempo, esfuerzo y dedicación que he realizado durante toda mi época estudiantil y el presente trabajo, va ofrendado con mucho cariño a mis dos padres, Grace Serrano Moscoso y Jaime Hernán Zurita Utreras, cuyo apoyo incondicional, afecto y comprensión han sido fruto de mi inspiración. A mis hermanos mayores Jaime y Edison Zurita, quienes con su ejemplo han sido mi aliciente, cuyo apoyo ha sido fundamental en todos estos años de vida; a mis profesores y a mis queridos amigos de fuera aula y dentro de ella, pues con su consejo y amistad, han sido parte de mi esfuerzo; y a mis estimados clientes, quienes a pesar que yo no contaba título académico en derecho, pusieron sus compañías en manos de mi empresa.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a todas las personas que forman el equipo de docentes de la Universidad Internacional Sek, quienes de una u otra forma han colaborado en mi formación académica, parte de este fructuoso aprendizaje plasmo en este trabajo; de manera muy especial a mi Director de trabajo de fin de carrera y profesores informantes, quienes han dedicado su valioso tiempo; gracias por brindarme calor humano, instado a no desmayar para concluir con este esfuerzo.

A mis incondicionales amigos que siempre me han acompañado en esta lucha estudiantil para llevar a buen término mi carrera universitaria. A mis padres, por apoyarme de manera irrenunciable en todos mis sueños del diario vivir y por ser personas que han inculcado innumerables valores en mi desarrollo personal y universitario. A todos mis compañeros de aula, con los que he podido compartir buenos y malos momentos.

ABSTRACT

Family violence is a phenomenon that occurs all over Latin American countries, the Republic of Ecuador is not an exception, due to the lack of implementation of state policies that could alleviate the increased interpersonal conflicts, makes it look like this. Under such circumstances, it is important to analyze the legal rules, that regulates all matters concerning about the administration of family justice in Ecuador.

Since the validity of the "Constitution" in 2008, Ecuador has incorporate new legal rules about the Administration of Justice specialized and skilled in children and adolescents, in order to apply the principles of the doctrine of integral protection and competition, and divide the competence in rights protection and responsibility of young offenders.

Our Constitution itself recognizes as alternative means of dispute resolution the arbitration, mediation and other alternative procedures; under these alternatives that the Constitution gives to us, I have estimated to develop the study of "Family Mediation in Ecuador".

Under this premise, we performed a detailed work of all matters relating to family conflicts and the possible resolutions to their problems, which are usually caused by poor communication, lack of respect, loss of values, among other causes. Finally, this study will provide possible solutions, conclusions and recommendations, as well as the feasibility of incorporating "Family Mediation in Ecuador" in the existing legislation in Ecuador.

RESUMEN

La violencia dentro del núcleo familiar es un fenómeno que pesa sobre todos los países de Latinoamérica, la Republica del Ecuador no es la excepción, la falta de aplicación de políticas estatales para menguar el incremento de conflictos interpersonales la hace ver de esta manera. Ante tales circunstancias, es importante efectuar un análisis de la normativa legal que regulariza todo lo concerniente a la administración de justicia familiar en el Ecuador.

A partir de la vigencia de la “Constitución de la República” en el año 2008, el Ecuador incorporo normativa acerca de la Administración de Justicia especializada y debidamente capacitada para lo que respecta a niñas, niños y adolescentes, a fin de aplicar los principios de la doctrina de protección integral y dividir la competencia en protección de derechos y en la responsabilidad de adolescentes infractores.

La misma Constitución reconoce como medios alternativos de solución de conflictos el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos; en aplicación estas alternativas que nos brinda la Constitución se ha estimado desarrollar el estudio de la “Mediación Familiar en el Ecuador”.

Bajo esta premisa, se realizo un trabajo detallado de todo lo concerniente a la familia, sus conflictos y posibles resoluciones a sus problemas, que usualmente son generados por falta de comunicación, falta de respeto, pérdida de valores, entre otras causas. Finalmente el

presente estudio, establece posibles soluciones, conclusiones y recomendaciones, además de la factibilidad de incorporar “La Mediación Familiar en el Ecuador” en la legislación vigente.

RESUMEN EJECUTIVO

Este trabajo de fin de carrera denominado “MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL ECUADOR”, se recoge en cuatro capítulos, los cuales brevemente describen:

El presente trabajo empieza por analizar a la familia como núcleo de la sociedad, se desarrolla conceptos propios y se cita a varias definiciones de familia, es así que se ha considerado citar la definición que realiza el diccionario de la real academia sobre la palabra familia, para aquellos que intentan ahondar en el tema se considero incluir citas de dos tratadistas de derecho de familia: el primero llamado Bonet Ramón, quien desde el punto de vista etimológico define el término; la segunda cita corresponde a los autores FROMM Erich, MARX, Horkeimer, TALCOTT, Parsons entre otros, los cuales en resumen manifiestan que jurídicamente la familia es el conjunto de personas entre las cuales median relaciones de matrimonio o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, a las que la ley atribuye algún efecto jurídico.

Posteriormente, se procede con el estudio de las finalidades de la familia, aquí se recoge desde una perspectiva social cuales son los objetivos de su existencia, es decir; el origen y la razón de la institución de la familia, su razón de existir y el compromiso inquebrantable de varios atributos como: el amor, el respeto, la consideración, la verdad, la honestidad, la comprensión entre otros, así mismo; el cuidado, la protección y la prolongación de la especie humana.

Adicionalmente, se continúa determinando algunas funciones propias de la familia, es decir; la definición de las tareas que le corresponde realizar a la institución familiar, entre las que se encuentra - se menciona pero no de manera taxativa - : la función de educar y socializar, la función económica o manutención, el promover la maternidad y paternidad responsable, las funciones personales, es decir; el rol específico que cumple cada integrante, la función reproductora, la función psicológica o crianza, la función recreativa, la función protectora, la función de mantener un entorno saludable interior y exterior, la función integral y de protección, la función garantista de deberes y derechos, en definitiva, la familia es una institución multifuncional con la capacidad de afrontar y superar cada una de las etapas de vida de los seres humanos, capacitándolos con valores éticos y morales.

Así mismo, en el presente estudio se analiza todo lo relacionado a las formas de organización familiar, para ello, se procede a definir varias formas de organización, entre las que se encuentra: la familia nuclear o elemental, la cual se compone de un padre, una madre, un hijo o varios hijos sin considerar los antecedentes de filiación o adopción, por otra parte; la familia compuesta se consolida con el matrimonio entre un hombre y/o varias esposas - también denominada poligamia -, o de una mujer a varios esposos - también denominada Poliginia-.

Subsiguientemente, se procede a realizar un estudio de la familia tradicional y la familia moderna, así como las marcadas diferencias en su estructura, características y funciones que cada una cumple; las familias tradicionales son aquellas de carácter conservador, las cuales están basadas por la afirmación civil y canónica de la potestad o autoridad que tiene el hombre sobre la mujer, así como la subordinación que esta última tiene sobre el primero, la cual se establece en virtud de la situación personal y patrimonial, por otra parte; se analizará a las familias modernas, denominadas así debido a la evolución en la igualdad y respecto de los deberes y derechos que los cónyuges se deben entre sí, dejando de lado la

subordinación y/o autoridad que se pone de manifiesto en el caso de la familia tradicional; en ese mismo sentido, el Ecuador ha incorporado en su normativa legal, concretamente en la Constitución de la Republica del Ecuador en su Art. 70, la igualdad de género y la no discriminación, por lo que, se puede determinar que el estado se encuentre en un período progresista, respecto al reconocimiento de derechos de los miembros que componen una unidad familiar.

Por otra parte, se procede al análisis del conflicto o crisis familiar, la cual se ha detallado como el origen donde se manifiestan los innumerables cambios y transformaciones, los cuales influyen para que la familia no cumpla con su rol formador; en este mismo sentido cabe manifestar que la actual crisis que afronta el círculo familiar en el Ecuador, preocupa por la disminución de la capacidad transmisora de valores, provocado por el alto conflicto con niños, niñas y adolescentes, inicialmente generado por la incapacidad de comunicación de los padres y miembros adultos de la familia.

En este mismo sentido se procede a analizar el subtema respecto a la desintegración Familiar, es así que se enumera las circunstancias las cuales se señalan como las posibles fuentes que originan la desintegración familiar, entre las más importantes de resaltar se encuentran: la que habla del abandono de los padres a la vida familiar, producto de la falta de armonía y comprensión donde predomina la discordia, lo que desemboca en una división interna del hogar; otra causa importante es la que trata acerca de la migración laboral, y toda la problemática que conlleva la separación forzosa de la familia.

Al revisar lo tocante a la crisis familiar por el trabajo de los menores, se puede evidenciar que los menores forman parte activa de la economía en el Ecuador, adicionalmente constan datos estadísticos que fueron publicados en el año dos mil nueve en el portal electrónico

del (INFFA), acerca de una encuesta de empleo subempleo y desempleo realizada en nuestra nación.

Por otro lado, se determina las causas que dan como resultado que actualmente en nuestro país, la familia atraviese por una crisis material y social, la cual es producida principalmente por el conflicto e inestabilidad, lo cual deriva en tensión en el núcleo familiar, generado gracias al hecho de que la sociedad se ha vuelto industrializada y de consumo, dejando de lado los valores propios que una sociedad como la ecuatoriana los ha conservado intactos durante el tiempo.

Para definir a la integración familiar y su protección jurídica, es preciso destacar que el hombre fue y es un ser social, el cual siempre ha vivido compartiendo con otros de su misma especie, y no se conoce ser humano que viva solo o no pertenezca a una sociedad, la familia por lo tanto, se cimenta en el calor de hogar, se estructura monogámica y establemente, instituyéndose por sus miembros que se hallan dirigidos jerárquicamente por un jefe de hogar, mientras que al mismo tiempo el Estado la organiza mediante las leyes para que se preste las condiciones idóneas para su desenvolvimiento.

Actualmente en el Ecuador, la regulación jurídica de la familia se encuentra a cargo del Derecho Privado, sin embargo, cada individuo es dueño y creador de sus propias relaciones interpersonales, su forma de convivencia y cultura se trasmite de generación en generación, con ello se define parcialmente la convivencia familiar; existe en este sentido normas de convivencia básicas y normas de carácter jurídico, en ambos casos su incumplimiento demanda una determinada sanción por parte de la comunidad o de los jueces competentes, dependiendo del caso, lo cual da como resultado una sanción moral o sanción de índole legal, según corresponda.

La protección jurídica de la familia en el Ecuador se enmarca en la rama civil, tal es así que su marco jurídico consta principalmente en el Código Civil Ecuatoriano, la familia es la institución más importante dentro de la sociedad, en tal virtud el Estado Ecuatoriano y en general todos los países del mundo buscan tener un marco jurídico que la proteja, por ello es que nuestra Constitución, los Tratados y Declaraciones Internacionales, actualmente velan por el interés de la misma.

Así mismo, se plantea definiciones y características del estado civil, matrimonio y familia, en cuanto a la primera podemos señalar que es la calidad de un individuo que le habilita o inhabilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles; para la administración pública es imprescindible reconocer la personería jurídica del estado civil de cada individuo, tal es así que se lo hace constar en el documento de cedulación e identificación, de esta característica peculiar depende todos los negocios o actos de comercio que efectué cada sujeto.

En el presente estudio, se establece que el matrimonio - como Estado Civil - y tal como lo dispone el Art. 81 del Código Civil, “es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”; por lo que se puede concluir, que solo el matrimonio genera el estado civil de casado, es decir; es resultado de un hecho y acto jurídico al mismo tiempo. En este mismo punto, se procederé a realizar una distinción entre el Estado Civil y el Estado de Familia, por un lado se manifiesta que el Estado de Civil debe reunir ciertas solemnidades, requisitos y cualidades para acarrear efectos jurídicos, mientras que por otro, el Estado de Familia es un atributo

natural de la persona que individualiza ésta por su emplazamiento en la familia, parentesco o en el matrimonio.

La constitución legal del matrimonio, debe cumplir con ciertos requisitos de existencia y validez, se encuentra tipificado en el Código Civil Ecuatoriano, concretamente en su Art. 101; a más de lo dispuesto en la legislación ecuatoriana, el Doctor Juan Larrea Holguín, en su obra Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, destaca que para que exista matrimonio debe concurrir tres condiciones: la diferencia de sexo de los contrayentes; el consentimiento de las partes; y, la solemnidad, o sea la manifestación de consentimiento delante del funcionario correspondiente.

Es necesario que dentro de un matrimonio y la sociedad de bienes que este genera, se regule el patrimonio, en este sentido el Art. 37 del Código Civil Ecuatoriano regula todo lo concerniente a la sociedad de bienes formada por los cónyuges, por lo que, es necesario enumerar los componentes que la conforma, es así que en virtud de dispuesto por el Art. 157 del Código Civil ecuatoriano; se exceptúan dentro de los componentes que conforman la sociedad conyugal, los bienes detallados de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 158 del mismo cuerpo legal, el cual refiere a los bienes adquiridos a título gratuito; sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, el Art 159 ibídem enumera ciertas eventualidades que exceptúan aclaran y precisan cuestiones importantes al respecto de la sociedad de bienes.

En cuanto a la terminación del matrimonio, el Código Civil Ecuatoriano en su Art. 104, dispone las causas para que este contrato termine, para ello, hay que referirse a la forma más común que corresponde al denominado “Divorcio”, constante en el numeral cuarto del Art. 110 ibídem, el cual estipula que cualquiera de las partes intervinientes, puede alegar las causales que dan origen al divorcio, las mismas que deben ser expuestas y probadas en

procesos legales, mas no pueden ser alegadas por simple enunciación, además, conforme lo dispone el Art. 113 del mismo cuerpo legal, dentro del juicio se deberá probar suficientemente, los hechos propuestos afirmativamente; otra causal de para proponer el divorcio, se encuentra detallada en el Art. 106 del Código Civil Ecuatoriano, el cual habla del divorcio por mutuo consentimiento, cuyo trámite consiste en que el juez convoca a una audiencia de conciliación – cuando se lo hace por vía judicial-, de conformidad al artículo 107 del citado Código, y si las partes expresan de consuno y viva voz su deseo de divorciarse, el juez en su resolución definitiva podrá dar por disuelto el vínculo matrimonial.

El divorcio se origina de la palabra latín Divortium, del verbo diverte, el cual quiere decir en nuestro idioma apartarse o distanciarse, o que cada uno tome su camino, que en definitiva, faculta de manera personalísima y privada a uno de los contratantes o contrayentes; poner fin al contrato de matrimonio por vía legal, teniendo que proceder posteriormente a la disolución de la sociedad conyugal y la partición de gananciales, de ser el caso.

Posteriormente, en el presente trabajo se realiza un estudio de los métodos alternativos de solución de conflictos, lo cual de cierta manera es discutir acerca de la historia y el origen de la mediación, puesto que no todos los problemas estructurales de la sociedad son susceptibles de transacción y conciliación. La mediación en sí es un término genérico que nuestra legislación ha recogido desde el año mil novecientos noventa y ocho hasta la actualidad, por lo tanto; la Mediación Familiar como tal no existe en el Ecuador.

La cronología de la Mediación Familiar marca su inicio en la manera amigable y saludable en la que anteriormente se resolvían las situaciones de crisis en el entorno del núcleo

familiar, en base a los sucesos de otros países, se pone como ejemplo a Estados Unidos, principalmente en el siglo XX década de los 60; mientras que en Europa surgió en los años 70, de allí se expandió por los demás países que lo creyeron conveniente aplicar. Los países europeos siempre han tomado decisiones de carácter económico-social en conjunto, por ello, es que presumiblemente se implanta la Mediación Familiar, a partir de la recomendación en Enero del año 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, mismos que recomendaron que la Mediación Familiar sea adoptada en todos los Estados miembros.

La Mediación Familiar consiste en la utilización de un conjunto de mecanismos técnicos que permite la resolución alternativa de conflictos, el permite la satisfacción en los participantes por los alcances consensuados, ya que todos los procesos de mediación familiar se fundamentan en los principios básicos de voluntad, igualdad de las partes, imparcialidad, flexibilidad del proceso, confidencialidad, buena fe, entre otros. Todos los procesos de Mediación Familiar son personalísimos, no pueden ser delegados a ninguna persona, por encontrarse en observancia del interés superior del niño, niña o adolescente, conjuntamente con la familia misma.

En el presente estudio, se puede identificar cuatro fases dentro de la Mediación Familiar: A) El tema del conflicto B) Las habilidades del mediador; C) Las necesidades y la posición de los participantes, y; C) Evaluación de las propuestas de solución.

El rol del mediador, indistintamente que sea hombre o mujer, debe ser poseedor de características fundamentales, como por ejemplo: ser honesto, inteligente, paciente, neutral, sensible, respetuoso, tener sentido del humor, imaginativo y positivo, puesto que sobre esta persona recae la responsabilidad de buscar una solución pacífica; además para

ser un buen mediador se necesita varios años de experiencia, no es suficiente tener una inspiración conciliadora.

La Mediación Familiar desde el punto de vista internacional, ha sido recogida en países como: Argentina, Chile, México, Estados Unidos, Canadá, España, Alemania, Austria, Bélgica, Gran Bretaña; Italia, y por supuesto en el Ecuador; aunque no en todos tienen legislación especial propiamente de Mediación Familiar, para la comunidad internacional este método es muy independiente al procedimiento de la Administración de Justicia local, ya que surge como una alternativa especial que intenta apoyar al sistema judicial, además tiene la tarea de administrar una justicia humana en los individuos y sobre todo satisfacer a las partes.

La Mediación en el Ecuador tiene una realidad social eminente, esta carece de políticas económicas, sociales, equitativas y redistributivas, aunque el gobierno de turno se encuentra en la enérgica labor por reestructurar todo el aparato Administrador de Justicia, aún no se percibe mejoramiento alguno.

La Mediación Familiar se desarrolla mediante el acceso universal a todos los organismos que conforman el Estado, para que administrativa y judicialmente se comprometan con las personas a que puedan ejercer la titularidad de sus derechos netamente constitucionales; actualmente existe una gran cantidad de organismos públicos y privados, dedicados a promocionar el acceso a la solución de sus conflictos como por ejemplo: Ministerio de justicia, Defensoría Pública, Centros de Mediación y Arbitraje, cuyo fin es promover una justicia equitativa.

Para saber en qué consiste la mediación frente a la Justicia Ordinaria, es preciso que se desarrolle el sistema Jurídico en el que se desenvuelve, en este sentido es preciso manifestar que el derecho cumple dos roles, el primero ser interpretativo y conservador; y el segundo de carácter normativo, revisor y reformatorio, por ello, es que las normas se dividen en normas sustantivas y por otro normas procesales. Su composición es la siguiente: A) Las normas, reglas o pautas. B) Los mecanismos con los cuales se debe utilizar, aplicar e interpretar el alcance de dichas normas. C) Los organismos estatales responsables de cumplir y hacer cumplir las normas en vigencia.

La Constitución de la Republica del Ecuador en el artículo 82, estipula que toda normativa debe cumplir con ciertas características para su plena eficacia, entre las importantes podemos señalar que toda norma debe ser: previa, clara, pública y aplicada por las autoridades competentes. Es importante mencionar que la legislación Ecuatoriana actualmente obliga a todos sus habitantes a conocer la ley, incluso a los extranjeros; la ignorancia de esta no excusa a persona alguna, así mismo, cualquier ciudadano puede y tiene libre e irrestricto acceso a la justicia.

La resolución alternativa de conflictos pretende aplicar justicia, es decir; dar a cada uno lo que le corresponde - anhelo de equidad -, no obstante, los Estados modernos han incorporado mecanismos de resolución alternativa de conflictos, tales como: la mediación, la conciliación, el arbitraje o la negociación. Estos procedimientos nos permiten resolver un conflicto sin recurrir a la fuerza; incluso en la legislación ecuatoriana, contamos con un momento procesal denominado Junta de Conciliación y Audiencia de Conciliación, según la vía que se tramite la causa, en el cual las partes intervinientes puedan dar fin al conflicto generado, llegando a un acuerdo amistoso previo a la continuación de la acción judicial.

La Mediación Familiar en el proceso judicial, nos permite mediar a pesar de la existencia de un proceso judicial en curso, de ninguna manera lo entorpece, de igual manera, las partes intervinientes en uso de su derecho, pueden proponerlo por cuerda separada.

La Mediación Familiar como un derecho de justicia social, se determina como el mecanismo orientado a la creación de las condiciones necesarias, para que se desarrolle una sociedad relativamente igualitaria en todas las áreas; la política actual en nuestro país, apunta a que el Ecuador utilice los medios alternativos para la resolución de los conflictos, quizás no denominada de manera expresa como Mediación Familiar, pero en todo caso, sigue los lineamientos de la Mediación en el contexto general.

El Ecuador actualmente es suscriptor de la vigente de la Declaración de Derechos Humanos, la cual engloba las siguientes áreas: social, política, económica y cultural del natural desarrollo humano, esta última se ha caracterizando de manera especial, por el realce que brinda a los derechos individuales que tienen las personas.

La Mediación Familiar en la “Convención de los Derechos del Niño”, matiza derechos inherentes a la dignidad humana y el derecho superior de todos los niños y niñas, además, brinda pautas sobre la obligatoriedad que tienen los Estados suscriptores de brindar a sus ciudadanos protección principalmente en materias tales como: salud, educación, vivienda, alimentación, prestación de servicios jurídicos, civiles, sociales, entre otros; lo cual permite, de cierta manera, buscar el alcance de la armonía, lo que tiene por objetivo un vivir más agradable para su desarrollo.

Es importante el señalar que nuestra constitución dispone en su Art. 44 que el “Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.”; lo que en otras palabras nos indica que el Estado reconoce a la familia en sus diversos tipos, es garante de toda condición que favorezca al ejercicio de los derechos, a fin de que integralmente cumpla sus fines.

Por otra parte, el Código de la Niñez y Adolescencia nos da la posibilidad de ejercer mecanismos de mediación familiar, es así que el Art. 294 estipula la posibilidad de acogerse a un proceso de mediación siempre y cuando sea transigible y no vulnere ciertos derechos que son irrenunciables a los menores.

La normativa de la Mediación, podemos encontrarla en la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial 145 del 4 de septiembre de 1997; ley reformativa a la ley de arbitraje y mediación, publicada en el Registro Oficial 532 del 25 de febrero del 2005; en el Código Civil, codificación publicada en el suplemento del Registro Oficial 46 del 24 de junio de 2005.

Acerca de la Legalidad y legitimidad de la Mediación Familiar, se dice que existe calidad legal – refiriéndonos a la primera - cuando proviene de la ley, para el caso que nos ocupa, esta se encuentra estipulada en la Constitución de la República del Ecuador y el código de la Niñez y Adolescencia. Por otro lado, la legitimidad hace referencia cuando un acto es

cierto verdadero y autentico, como por ejemplo: Mediación respecto a la Guarda y el cuidado de un menor; La pensión Alimenticia, etc.

Como es lógico, la Mediación Familiar debe enfrentarse al sistema judicial y al ejercicio cotidiano de la abogacía familiar, el acto de mediar en materia familiar busca preservar la unidad, el bienestar y la salud de todos los miembros del núcleo familiar; mientras que el sistema judicial busca culpables y menoscabando el futuro de las partes.

Actualmente la Mediación Familiar tiene mayor simpatía por las parejas con problemas de convivencia, sin embargo, existen otros motivos que le hacen perder peso a la Mediación Familiar en primer lugar, el no haber nacido conjuntamente con la justicia tradicional.

Los jueces dentro de su competencia y en su calidad de árbitros, saben que son llamados a aplicar la ley positiva; en nuestro país los juicios son ventilados como ritos planificados, por lo que, esto los convierte en ineficaces frente a los intereses de las partes litigantes, a diferencia de la Mediación Familiar, la cual puede impartir justicia mas eficazmente, en el sentido de que el problema familiar presentado se resuelve de manera más ágil.

El mediador y el Juez, refiriéndose al primero, puede considerarse como un sujeto que ostenta un mandato, en este caso, para alcanzar un acuerdo mutuo, rápido, económico y con efecto legal, este sujeto deberá ser neutral y llevara el conflicto de forma amigable; mientras que el Juez, es la persona que tiene la potestad publica para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, cada uno de estos cumple un rol distinto. La Mediación Familiar en definitiva, no busca el deterioro o desgaste de las relaciones familiares, sino que busca los

recursos y principios familiares para valorarlos; en el sistema judicial, los abogados tienden a interrumpir toda comunicación de sus clientes.

La negociación en la Mediación Familiar, debe nacer de la voluntad consciente de los participantes para poner un fin al problema, toda vez que las partes la aceptan con determinados requisitos, organización, estructura, orden etc. Lo que implica en definitiva, que las partes acepten sus errores y frustraciones, lo que ha generado que se evite a toda costa la violencia, motivo por el cual; se hace necesario en nuestro país implementar centros de Mediación Familiar, mismos que al amparo de las normas Constitucionales, puedan resolver sus conflictos intrafamiliares manera rápida, sin costo social, de menor valor económico, y sobre todo, su resultado tenga validez jurídica.

ÍNDICE

CAPÍTULO I.....	1
1. LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO COMO SEGURIDAD JURÍDICA.....	1
1.1. SITUACIÓN DE LA FAMILIA EN LA SOCIEDAD MODERNA	1
1.2. LA FAMILIA COMO NÚCLEO DE LA SOCIEDAD	2
1.2.1. Definiciones de Familia.	2
1.2.2. Finalidades de la Familia	5
1.2.3. Funciones de la familia	8
1.2.4. Formas de organización familiar.....	11
1.2.5. La familia tradicional y la familia moderna	12
1.3. CONFLICTO O CRISIS FAMILIAR	14
1.3.1. La familia centro del conflicto	14
1.3.2. Desintegración familiar	16
1.3.3. Crisis familiar por el trabajo de los menores.....	18
1.3.4. Crisis material y social de la familia	19
1.3.5. La familia en el Ecuador	24
1.4. INTEGRACIÓN FAMILIAR Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA	27
1.4.1. Integración Familiar	27
1.4.2. Regulación jurídica de la familia	29
1.4.3. Protección jurídica de la familia.....	31
1.5. ESTADO CIVIL, MATRIMONIO Y FAMILIA	33
1.5.1. El Estado Civil	33
1.5.2. El matrimonio como Estado Civil.....	35
1.5.3. Estado Civil y Estado de Familia.	36
1.6. LA SEPARACIÓN CONYUGAL EN EL MARCO SOCIAL JURÍDICO ACTUAL.....	37
1.6.1. Constitución legal del matrimonio	37
1.6.2. El matrimonio y la sociedad de bienes.....	41
1.6.3. Terminación del matrimonio.....	44
1.6.4. El divorcio	48
CAPÍTULO II.....	56
2. LA MEDIACIÓN COMO PROCEDIMIENTO ALTERNATIVO A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	56
2.1. HISTORIA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.....	56
2.1.1. Antecedentes de la Mediación Familiar	56
2.1.2. Cronología de la Mediación familiar	57
2.2. QUE ES LA MEDIACIÓN FAMILIAR.....	60
2.2.1. Concepto de Mediación Familiar	60
2.2.2. Fases de la Mediación Familiar.....	63

2.2.3.	Rol del mediador	64
2.3.	LA MEDIACIÓN FAMILIAR DESDE EL PUNTO DE VISTA INTERNACIONAL	67
2.4.	LA MEDIACIÓN EN EL ECUADOR.....	69
2.4.1.	Realidad social del Ecuador	69
2.4.2.	Desarrollo de la Mediación Familiar.....	70
2.5.	LA MEDIACIÓN, FRENTE A LA JUSTICIA ORDINARIA	72
2.5.1.	Sistema jurídico.....	73
2.5.2.	La Mediación Familiar y la Administración de Justicia	74
2.5.3.	Resolución alternativa de conflictos	75
2.5.4.	La Mediación Familiar en el Proceso Judicial	77
2.6.	LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO UN DERECHO DE JUSTICIA SOCIAL 77	
2.6.1.	Justicia Social.....	77
2.6.2.	La Mediación Familiar y la Declaración Universal de los Derechos Humanos	79
2.6.3.	La Mediación Familiar en la Convención de los Derechos del Niño.....	81
2.6.4.	La Mediación Familiar y la Constitución de la Republica del Ecuador De La República.....	83
2.6.5.	La Mediación Familiar y el Código de la Niñez y Adolescencia.....	84
	CAPÍTULO III	86
3.	ASPECTOS JURÍDICOS EN EL CUAL MEDIACIÓN SE SUJETA A LA LEY	86
3.1.	LA NORMATIVA DE LA MEDIACIÓN	86
3.2.	LA LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.....	87
3.2.1.	Derecho de Familia	87
3.2.2.	Guarda y cuidado	90
3.2.3.	Pensión alimenticia	91
3.2.4.	Intervención de la Mediación.....	91
	CAPÍTULO IV	93
4.	LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL CONTEXTO JUDICIAL	93
4.1.	Situación Judicial de la Mediación Familiar.....	93
4.2.	Realidad judicial frente a la Mediación Familiar.....	95
4.3.	El mediador y juez	97
4.4.	La Mediación Familiar y los cambios en el Sistema Judicial.....	98
4.5.	Mediación familiar y negociación	100
4.6.	Elementos y momentos claves de la Mediación Familiar.....	101
4.7.	La Entrevista	102
4.8.	MOMENTOS DE LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO LEGAL.....	105
4.9.	TIPOLOGÍAS DE LOS CONFLICTOS JUDICIALES.....	106
4.9.1.	Conflictos estructurales	107
4.9.2.	Conflictos de lealtades	107
4.9.3.	Conflictos por ausencia	108
4.9.4.	Conflictos de invalidación.....	108
4.10.	PROCESO JURÍDICO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.....	109
4.11.	LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN LAS COMISARÍAS DE LA MUJER....	117
	CONCLUSIONES.....	119
	RECOMENDACIONES	122
	BIBLIOGRAFÍA.....	124
	HEMEROGRAFIA:	131
	ANEXOS.....	132

CAPÍTULO I

1. LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO COMO SEGURIDAD JURÍDICA

1.1. SITUACIÓN DE LA FAMILIA EN LA SOCIEDAD MODERNA

La familia tradicionalmente es considerada como el vínculo provocado por la unión carnal entre un hombre y una mujer, componiendo una sola fracción, cuyo fin es la prolongación de la especie humana (tener hijos); sujetos que jurídicamente, desde la etapa de gestación ya poseen derechos, uno de los primordiales derechos es el de tener una familia, misma que puede ser estructurada mediante relaciones de consanguinidad, parentela o adopción e incluso por afinidad.

1.2. LA FAMILIA COMO NÚCLEO DE LA SOCIEDAD

1.2.1. Definiciones de Familia.

“Etimológicamente “Familia” se derivada de famulus, que significa famulado o grupo de personas y servidumbre que habita con el amo o señor de una casa; grupo en el que se observan una relación de deberes y derechos; es decir, a la agrupación de personas o servidumbre que habita con el señor de la casa, con una relación de derechos y deberes ordenados en función de servicios mutuos.

Se señala a su vez que la familia, deriva del oseo-famel, que significa siervo y del -sánscrito vama, que refiere a hogar o habitación, además, también se afirma que la palabra familia se deriva de fame-hombre, comprendido como el ámbito material en el que se satisfacen las necesidades vitales de ser humano”.¹

Desde otro punto de vista, la familia forma un núcleo social que está integrada por tres componentes fundamentales: 1) vivienda común, 2) relaciones de asistencia y 3) una construcción económica colectiva; este núcleo se forma por una pareja, unida por la institución del matrimonio o por la celebración de la sociedad de hecho: a esta se integran uno o más hijos, propios o adoptados, que son el fruto de la convivencia sexual de la pareja.

¹ BONET RAMON, Francisco. Compendio de Derecho Civil, tomo IV, Derecho de Familia, citado por MENDEZ COSTA, María Josefa y DE'ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Familia, RUBINZAL-Edsoni, editores, Santa Fe, Argentina, 1994, p. 13.

Según MENDEZ expresa que “la familia deriva de fame-hombre, como directa referencia al ámbito donde se satisface tal primaria necesidad humana.”²

La familia desde un punto de vista antropológico, es una agrupación social, cuyos integrantes están unidos por lazos de parentesco. Se define también a la familia, como un conjunto de personas que habitan bajo un mismo techo; conjunto que está unido por una serie de vínculos que pueden ser consanguíneos, afectivos, legales, etc., dichas ataduras son el resultado de la relación de los padres entre sí, y de éstos con sus hijos.

La familia desde un punto de vista natural, se considera desde dos aristas fundamentales, el primero establece que la familia se desarrolle en un espacio común; y, el segundo, puntualiza la función de reproducción y crianza que tiene la familia, para satisfacer las necesidades de afecto, alimentación y seguridad de grupo; condiciones que permiten el normal desenvolvimiento del entorno familiar.

La familia, "es el conjunto de personas entre las cuales median relaciones de matrimonio o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción; a las que la ley atribuye algún efecto jurídico"³; el matrimonio en si forma una familia, esta se fundamenta mediante un hecho y acto jurídico voluntario, esta situación se producirse cuando un hombre y una mujer se fusionan; este acontecimiento ocurre en las sociedades más civilizadas en las que la únicamente se acepta matrimonios monogámicos, es decir una mujer - hombre o un esposo - esposa; sin embargo, en otras sociedades se acepta relaciones matrimoniales poligámicas.

2 MÉNDEZ CASTO. María. Derecho de Familia. Buenos Aires: Editorial Rubinzal, 1999 p:13

3 FROMM Erich, MARX, Horkeimer, TALCOTT, Parsons y otros, La familia, VIII Edición, Ediciones S.A., Buenos Aires, Argentina, 1998, página. 142.

La Real Academia define a la familia como “conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales de un mismo linaje”; en otras palabras, la familia está integrada por el conjunto de familiares consanguíneos y políticos de una persona, entre los familiares consanguíneos estarían: hijos, hermanos, padres, abuelos, nietos, tíos, primos, etc.; y, entre los familiares políticos, es decir familiares unidos por un vínculo civil, o generados por la unión matrimonial, se tomaría a los cuñados y, los suegros; entonces; “la familia engloba todas las personas unidas por un lazo de parentesco o afinidad; se extiende hasta límites lejanos que nuestro derecho positivo, establece hasta el cuarto grado de consanguinidad y, hasta el segundo grado de afinidad antes detallados; esta acepción, descansa a la vez en la comunidad de sangre, en el matrimonio y en la adopción”.⁴

Como refleja en varios de las definiciones propias y citadas, el núcleo Familiar, está conformada por el grupo de personas unidas por el parentesco mismo; y, se cimientan en lazos conyugales, o de filiación de ambos sexos; estos lazos se consideran relaciones jurídicas como tal, un patrón es el caso de la filiación legítima por nacimiento o adopción o la unión consensual de los hijastros o hijos de crianza.

Tanto para el pensamiento teológico, como para las cuestiones jurídicas, se considera que el núcleo familiar es una institución de célula primaria, de reproducción y vida social, canalizada por la institución matrimonial, ya que en ella se vincula deberes y derechos recíprocas entre sus miembros; mientras que el matrimonio como ente social, obliga a las cabezas de hogar, es decir a los progenitores, a infundir y fortalecer valores enmarcados en la moral, ética, buenas costumbres etc., a fin de que ayuden a tener una buena conducta ante las normas sociales, permitiendo que cada núcleo familiar se desenvuelva en un ambiente armónico, sano y beneficioso para toda la comunidad.

4 JOSSELAND, Louis, Derecho Civil, traducción Santiago, Cunchillos y Monterula, Ediciones jurídicas Europa-América, Bosch y CIA. Editores, Buenos Aires, 1952, Página 7.

Para concluir puedo decir que la familia, es un núcleo más o menos reducido, basado en el afecto o las necesidades primarias, que convive o ha convivido íntimamente y que contiene cierta conciencia de unidad.

En la familia descansa el fundamento del gran poder político social de la costumbre, de la cual nace la ley, puede decirse en general que es el supuesto necesario de todo el desarrollo político de los pueblos. Atacar la familia equivale a privar de todo fundamento a la ética humana.

La Constitución del Ecuador, en su artículo 67, pese a no dar una definición de concreta de la familia, la reconoce en sus diversos tipos, sean estos jurídicos o de hecho, y se basa en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes, es decir, reconoce a la familia a través del matrimonio o de la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, además de establecerse en su Art. 69 las vinculaciones familiares y su ponderación.

1.2.2. Finalidades de la Familia

Desde los inicios de la humanidad, hasta la actualidad se conoce que el núcleo familiar ha perdurado como una institución viva y universal, ha sido un elemento natural y fundamental para el desarrollo de las sociedades, cada uno de sus miembros cumple un rol fundamental dentro del entorno familiar, permitiendo su integración y desarrollo, es lo que hoy conocemos como sociedades modernas, producto de la formación educativa que reciben las personas.

El principal valor que debe enfocar la familia para su desarrollo es el amor, el ser humano es un ser racional y sentimental, el mismo que al combinar estos dos caracteres satisface sus necesidades de superior relevancia e interés, haciendo posible que las metas propuestas para ellos sean su autorrealización; alrededor de cada individuo que se valora y se motiva, para si y para con sus miembros, se construye un criterio de familia; si su alrededor no es positivo y se decide que lo sea, entonces su entorno cambia y se organiza. Entre progenitores y descendientes, debe existir un lazo especial de convivencia y armonía; hijos - padres e hijos - hijos, los progenitores prepararan a sus miembros en derechos equitativos y los forman con actitudes de respeto; fraternidad, afecto, apoyo; de tal manera que puedan aprender a vivir en familia, por ende en comunidad, siempre que se observen reglas básicas de convivencia, que las fortalezcan, considerándolas de inevitable aplicación para lograr su finalidad.

La familia estereotipo se ha concebido como marido y mujer, progenitores además de hijos que tienen consigo, cumple la función material de perpetuadora de la especie, base físico-emocional de la sociedad, sin la cual esta se extinguiría, pero no es esa reproducción de hombres y mujeres, la única trascendencia colectiva y humana que la familia, también se encuentra inmersa en esta función la crianza de los hijos durante la infancia, y se extiende incluso hasta el momento que requiera la atención y manutención de los padres a través la subsistencia y educación de toda la prole, hasta encontrarse en condiciones de lograr su independencia personal, económica y familiar.

El hogar, es la escuela afectiva y de primera práctica, basada por lo común en el amor natural de los progenitores por sus hijos y por la armonía y tratamiento igualitario que estos procuran entre los hermanos; cumple también la familia una tarea didáctica casi instintiva, que principia con la enseñanza del idioma familiar (lengua materna), que moldea el alma del niño y le proporciona el canal más expedito y eficaz para la intercomunicación humana: el lenguaje hablado.

A esta instrucción se agrega la de los menesteres elementales de la existencia, desde el cuidado personal, hasta preocupaciones más complejas, como la de comportamiento en sociedad, que suele orientarse por la respetabilidad. Se propaga entre los hijos las convicciones espirituales de sus padres, al menos en los años en que la obediencia de los pequeños se muestra propicia a la plena coincidencia ideológica con sus progenitores, en las ideas religiosas influye más la madre, sigue la transmisión de principios políticos y sociales, y es el padre el que se muestra más proselitista al respecto, al trabajo e incluso al desenvolvimiento social.

Por la conveniencia de proseguir la profesión u oficio familiar, por la enseñanza o perfeccionamiento gratuito que se obtiene, para continuar con la clientela formada o para proseguir con el usufructo del patrimonio o empresa de los padres, la familia incuba igualmente el futuro profesional o laboral de sus hijos, que por sus estudios, o por contratación inicial en que los padres intervienen, emprenden sus actividades económicas.

El tema de la familia es sumamente amplísimo, pero la misma se constituye en una empresa de vida, escuela para los hijos, forjadora de su espíritu, orientadora de su porvenir profesional, custodia de la tradición, cuando no se erige, por disensiones internas o persecuciones de clase, en corruptora de la prole, en ejemplo negativo de desidia, en propagadora del delito y en excitadora de las rebeldías y resentimientos sociales, como podemos ver, la familia, es un formador tanto positivo como negativo en las raíces de todo ser humano.

Desde otro punto de vista, la familia cumple con la finalidad de formar ciudadanos, se tiene la certeza que el entorno familiar es donde se asiste por primera vez a la escuela, se aprenden principios y valores, sobre los cuales se constituye la futura vivencia ciudadana, se inculca los buenos hábitos, el respeto a los demás, el uso debido del espacio público,

etc., los hogares son el lugar natural de la humanización de niñas, niños y adolescentes, donde reciben las condiciones propicias para cuando sean adultos, siendo el medio familiar la primera sociedad de interrelación. En tal sentido, se aclara que "La familia ha demostrado históricamente ser el núcleo indispensable para el desarrollo del hombre, el cual depende de ella para su supervivencia y crecimiento"⁵

En definitiva la familia cumple con tres especialidades, la primera conocida como finalidad natural, que no es otra cosa que la unión de un hombre con una mujer, para ayudarse y procrear, en miras de la conservación de la especie; la segunda moral, espiritual, quien pretende imponer la convivencia, fundamentada en lazos de afecto, cuidado, solidaridad, y educación hacia la prole; y, una tercera de carácter económico, encajonada en la dotación de elementos básicos de subsistencia como por ejemplo alimentación y vivienda.

1.2.3. Funciones de la familia

Las funciones de la familia son muy amplias y abarcan muchas características, por mencionar algunas de ellas se encuentran las siguientes:

La función de educar y socializar: Esta consiste en acoplar la moral social con la moral jurídica, esta integra a niñas, niños y adolescentes al sistema social que nos rodea a los adultos, sobre esta recae la responsabilidad del desarrollo biológico, psicológico y social de los menores, los comportamientos de ellos se verán definidos por estos procesos, unos ejemplos de ello es el destete, los primeros pasos de locomoción, el aprendizaje del idioma o lenguaje, y los hábitos de convivencia social.

⁵ JOSSERAND, Louis, Derecho Civil, traducción Santiago Cunchillos y Monterula, Ediciones jurídicas Europa-América, Bosch y CIA. Editores, Buenos Aires, 1952, página 7.

La función económica: Esta le corresponde a los miembros productivos de la familia, ellos son los responsables directos de los integrantes o miembros no productivos de la misma. Los progenitores dividen sus tareas y responsabilidades; usualmente en sociedades como la nuestra las madres realizan labores domesticas, mientras que el padre se encarga de cumplir con las obligaciones inherentes a las necesidades económicas de los menores; este acontecimiento se transfiere como herencia a los menores, ellos miran y aprenden a dividirse el trabajo, cuestión que será definida con mayor amplitud en lo posterior, mientras alcanzan la edad adulta.

En el plano de capital la familia se desenvuelve en una esfera económica de subsistencia; es decir, que lo que se produce o se hace se destina predominante o exclusivamente para el auto abastecimiento y las propias satisfacciones.

Las funciones personales: Cada uno de los miembros de la familia desempeña un rol específico, pero este varía según la cultura, el manejo económico y la legislación, que se haya establecido en cada sociedad.

Los padres buscan a través de su trabajo una economía de subsistencia, para poder autoabastecer y satisfacer sus necesidades y en especial para la crianza de sus hijos, subsistencia y educación de toda la prole hasta encontrarse en condiciones de lograr su independencia económica.

La función reproductora: Esta hace referencia a las relaciones sexuales, al número de hijos, el embarazo, el nacimiento, la crianza de los menores; con ello se contribuye al control social; por lo tanto, debe sujetarse a la capacidad económica de los progenitores y regirse a las normas de convivencia social.

La función psicológica: Sobre ella recae primeramente la satisfacción de carácter sentimental de los miembros familiares, el amor, afecto, cuidado, estabilidad, consideración y seguridad, canalizado con los miembros familiares de protección, para que a su vez el ambiente sea propicio para el desarrollo personal de todos sus miembros.

En resumen, la familia es una institución multifuncional, esta cumple funciones educativas, protectoras, religiosas, recreativas y productivas; a pesar que en las sociedades modernas algunas de estas funciones se estén cumpliendo por otros entes o instituciones.

Es de reflexión y atención para todos los Estados, el hecho que paulatinamente se encuentren otros entes o instituciones cumpliendo funciones que por historia le corresponde al núcleo familiar; acertadamente varios tratadistas de estos temas, coinciden en que el espacio ideal para la formación de ciudadanos con altos valores morales y éticos, es el entorno familiar, por lo que al alejarse de este, pudieren llegar a perder estos valores sagrados.

El espíritu de la familia, base de la sociedad civilizada, hace que la vida de ésta sea contemplada por el Derecho al efecto del cumplimiento de sus fines; de lo que surge, como consecuencia, un Derecho de Familia, el que se refiere principalmente a su constitución, régimen, organización y extinción. Las instituciones familiares, que están reconocidas expresamente por el Código Civil ecuatoriano, son el matrimonio, la paternidad y filiación, patria potestad, tutela y emancipación, adopción, registro de estado civil, y excepcionalmente la Constitución reconoce las uniones de hecho como garantía de estructura familiar.

La familia, que garantiza o posibilita cuando menos la perpetuidad humana, sirve también de base continuadora del patrimonio a través de las legítimas, que restringen la libertad del testador, obligando el beneficio a sus más cercanos deudos.

En materia penal, la protección de familia es primordial; ya que configura delito gravísimo contra las personas: el parricidio, fratricidio, infanticidio, aborto, usurpación de estado civil y la celebración de matrimonio ilegal.

En otras materias jurídicas como por ejemplo: En Derecho Administrativo, existe el vínculo de familia, que crea incompatibilidades para determinados cargos o empleos.

1.2.4. Formas de organización familiar.

Para los efectos requeridos se ha considerado que las familias son de dos tipos, por lo cual se detallan en las siguientes.

- a) La familia nuclear o elemental.-** Es aquella cuya unidad básica se forma de un padre, una madre, un o varios hijos, mismos que descienden biológicamente o pueden adherirse con la adopción a la familia.

Cabe aclarar que no solo las familias de línea directa son consideradas como familias nucleares, sino también las extensas, siempre y cuando formen un solo elemento, pueden

prolongarse hasta dos generaciones, cuyos integrantes son unidos por vínculos de consanguinidad, y pueden determinarse en padre y madre, hijos, abuelos, tíos, sobrinos, primos, entre otros; en las familias de tercera generación se incluyen al padre o madre solteros; hijos, e incluso los hijos políticos y nietos.

b) La familia compuesta.- Esta tiene una estructura de formación, se consolida con el matrimonio de uno a varias o de una a varios, se practica en sociedades, en la que la poligamia o poliginia esta aceptada, legal y jurídicamente, en su gran mayoría se refleja la de un hombre con varias mujeres (poligamia), por lo que en ese escenario, ese hombre desempeña un rol de único esposo y padre alrededor de múltiples familias nucleares; sin embargo, estas forman un solo grupo familiar soberano y amplio. En cuanto al caso inverso, es decir que una sola mujer tiene varios esposos (poliginia) son muy inusuales, en todo caso a esto se lo llama o se los conoce como la figura de la poliandria.

1.2.5. La familia tradicional y la familia moderna

Entre la familia moderna y la familia tradicional, se presenta una diferenciación en cuanto a su estructura y las funciones que cumple.

Podemos iniciar diciendo que, la familia tradicional o la familia de estructura conservadora se basaban por la afirmación civil y canónica de la potestad o autoridad del marido, y que la subordinación de la mujer se establece en lo personal y patrimonial. En el aspecto sacramental del matrimonio, la obediencia femenina se proclama en la Epístola de San Pablo a los efesios: “Las casadas estén sujetas a sus maridos como al Señor; por cuanto el hombre es cabeza de la mujer; así como Cristo es cabeza de la Iglesia..., así las mujeres lo han de estar a sus maridos en todo”.

En cuanto a la normativa jurídica muchas legislaciones establecieron; “El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido”, en la actualidad ese artículo mencionado ha experimentado una nueva redacción y cambio, el mismo que equipara en deberes y derechos a los cónyuges y elude la jerarquía obediencial, es decir, que el marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos y deben actuar siempre en intereses de la familia, auxiliarse mutuamente. Esto ha evolucionado en el transcurso de la última centuria, como consecuencia de los progresos del feminismo, en lo que estoy totalmente de acuerdo, es decir, existe una modernización y estipulación real de equidad de género, es más nuestra Constitución a través de su última constituyente recoge estos principios en su Art. 70.⁶

Es necesario indicar que debe existir siempre la necesidad de una autoridad en el hogar, y en este aspecto la mujer tiene un sustento más indiscutido en la relación paterno-filial, a favor de la potestad del progenitor, no solo como autor de la vida, sino por la experiencia y las posibilidades, de manera abrumadora durante la infancia de la prole, para irse atenuando con la adolescencia. También en esta materia y no ya por la igualdad jurídica entre los sexos, sino por la rebeldía, fomentada por designios bastardos de raíz política y social, como corrupción de la familia al servicio de una degeneración más amplia fuera de ella, la obediencia de los hijos se encuentra en franca crisis.

Ante esta situación mencionada dentro del lineamiento legal, los hijos tienen la obligación de obedecer a sus padres mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre, de igual forma los hijos deben respeto y obediencia a los padres aunque estén emancipados y están obligados a cuidarlos en su ancianidad, en el estado de

6 “El matrimonio, la unión libre y el concubinato fueron las únicas formas de entrada a la familia. Hoy también lo son, pero al lado de otras modalidades que igualmente permiten su ingreso a ella y que conforman la nueva, variada y flexible tipología familiar, con hogares antes impensados como los recompuestos, los unipersonales y los de homosexuales.” ARIAS LONDOÑO MELBA, “La conciliación en derecho de Familia” Edit. LEGIS, primera edición, 2002, Colombia. Página. 79

demencia o enfermedad, a proveer a sus necesidades en todas sus circunstancias de la vida en que les sean indispensables sus auxilios, esto es familia.⁷

Los progenitores se convierten en una voz experimentada de discernimiento, enseñan preceptos de aprendizaje para la vida, como educación moral e intelectual, con el propósito de que una persona alcance a ser un hombre de bien, culto, cortes y humano, además, que sea constante en todo los actos de su vida, para que pueda obrar con rectitud y honestidad, con esto alcanzará, dignidad, felicidad y bienestar, el mismo que será un fruto de beneficio dentro de la sociedad.

1.3. CONFLICTO O CRISIS FAMILIAR

“La palabra crisis no significa otra cosa que "juicio", pero un juicio de revisión con el que juzgamos de nuevo anteriores estados de opinión o ideas preestablecidas, solamente la especie humana se compone de personas dotados de entendimiento racional para comprender el sentido de las cosas y de voluntad libre para optar responsablemente por lo mas adecuado a su condición personal, la crisis pues es un rasgo humano exclusivo.”⁸

1.3.1. La familia centro del conflicto

La familia ha sufrido innumerables cambios y transformaciones, pero, pese a todo ello sigue siendo la unidad social básica, dinámica, integrada por individuos que mantienen una

⁷ Art. 64 Código de la Niñez y Adolescencia y Art. 11 de la ley del Anciano

⁸ Viladrich Pedro Juan, “La agonía del matrimonio legal”. EUNSA. EDICIONES UNIVERSIDAD DE NAVARRA, S.A., 2010 Página 24

relación de unidad y perpetuidad, por lo que se desprende que el comportamiento de uno de sus miembros influye en los demás integrantes.

Por ello, es preocupación de todos el establecer políticas que permitan a la familia cumplir con su rol formador, donde se adquieran valores, destrezas, conocimientos, entre otros, que pueda garantizar a los hijos seguridad y confianza familiar, a fin de que su desarrollo humano sea de fortalecimiento a la integración familiar y de la sociedad.

Cada miembro de una familia va definiéndose individualmente fuera del núcleo en busca de su desarrollo interpersonal, esto es, con los demás miembros de la sociedad. Cuando los vínculos familiares son en exceso severos, se producen una serie de conflictos que afectan el desenvolvimiento social del mismo.

La crisis actual de la familia como concepto básico, disminuye su capacidad de ser transmisora de estos valores y por consiguiente, el aumento en masa del aislamiento e individualismo de las personas, lo que desemboca en la transformación de la estructura y funcionamiento de nuevas familias por la alteración de los valores fundamentales.

Una de las “situaciones negativas de mayor trascendencia para la desintegración familiar es precisamente el alto conflicto con niños, niñas y adolescentes, ocasionadas inicialmente por la incapacidad de comunicación con los padres y miembros adultos de la familia, además, de los diferentes problemas socio-económicos y culturales por los que tiene que atravesar una familia, como son la falta de recursos, el maltrato físico y psicológico, que se puede traducir en violencia intrafamiliar, el mal uso del tiempo y de las nuevas tecnologías, y sobre todo la pérdida de valores intrínsecos del ser humano.”⁹

⁹ “...Las interacciones negativas entre las personas son las que dan forma al conflicto, cuando esas incompatibilidades se tornan repetitivas, forman un canal por donde aquel circula, que se va agravando poco a poco a medida que va acorralando a quienes están

1.3.2. Desintegración familiar

La desintegración familiar está ocasionada por múltiples causas, entre ellas:

1. “La reducción de las funciones sociales que desempeñaba la familia, la disminución de su tamaño, la pérdida de la autoridad paterna, La emancipación de las mujeres, la creciente disolución de los matrimonios, etc.”¹⁰.
2. Las relaciones conflictivas entre los miembros de una familia crea indudablemente un clima de inseguridad, temor, fracaso, celos y fricciones permanentes. A estas familias no les es posible vivir en comunidad y solucionar sus problemas en armonía, con lo que se ven privados de un ambiente estable; por el contrario les brinda una atmosfera hostil que obstaculiza el normal desarrollo social y psicológico de quienes la integran.
3. El abandono de los padres a la vida familiar, justamente por esta falta de armonía y comprensión, donde predomina la discordia y la división interna del hogar, separaciones físicas, aún en consideración de que sea por el bien los hijos, ya que este tipo de relaciones les puede ocasionar un daño moral más profundo.
4. Otra de las causas de gran importancia para la desintegración familiar en el país es la migración laboral, "...los costos sociales de la migración laboral, en cuanto a familias

involucrados en él, hasta hacerla sentir presas de sus propias confrontaciones...” ARIAS LONDOÑO MELBA, “La conciliación en derecho de Familia” Edit. LEGIS, primera edición, 2002, Colombia. Pág. 7

¹⁰ POYATOS GARCÍA ANA, Mediación Familiar y Social en diferentes contextos, I Edición, Editorial Artiqués, Valencia, 2003, p. 15.

y colectividades desintegradas, son por lo menos igualmente importantes que los costos económicos, más mensurables..."¹¹. No es menos cierto que la familia ecuatoriana atraviesa una serie de vicisitudes principalmente económicas, entre estas podemos citar las siguientes: la desigualdad latente al momento de repartir las riquezas en las Provincias, la falta de políticas económicas para enfrentar la satisfacción de necesidades, la falta de oportunidades de trabajo, obliga a ambos padres a buscar un empleo con una mejor remuneración, quienes con su partida dejan abandonado el núcleo, ocasionando una fractura en la estructura familiar. Por otro lado, las grandes industrias se han visto obligadas a mover sus instalaciones a ciudades más pobladas, por lo que estos fenómenos traen consigo los movimientos migratorios del campo a las grandes urbes, el aumento de roles productivos varían según su condición. Los miembros de una familia que trabajan deben trasladarse al mismo ritmo y en la misma dirección en que se mueven los capitales, debilitando de esta forma los vínculos familiares, lo que obliga a la familia que se queda en casa a reorganizarse y a habituarse al desgaste de la relación familiar, además, de la pérdida del afecto y protección que solo los padres pueden brindar a sus hijos.

5. La violencia intrafamiliar, es decir, agresión física, psicológica o sexual entre cónyuges o hacia los hijos, deja serios resultados en el desarrollo interpersonal de los miembros de la familia, llegando incluso a crear un círculo donde los hijos repiten en sus vidas familiares las acciones de sus padres.
6. “La desintegración familiar o divorcio, trae secuelas de orden económico, psicológico y social. Además de acarrear consecuencias de orden jurídico, en temas como la tenencia de los hijos, pensiones *alimenticias*, posesión de los bienes, entre otros, ya que los padres por encontrarse obligados a garantizar el bienestar superior de la familia,

¹¹ Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra , INFORME NÚMERO VI, “En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada”, 2004

deben solucionar estos conflictos mediante procesos legales o de negociación, buscando siempre el beneficio para los hijos menores de edad en primer lugar.”¹²

Ante esto, es importante reconocer a las niñas, niños, adolescentes o jóvenes, como sujetos activos de derechos por lo que se debe buscar garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia, promoviendo su autonomía como individuos y miembros de una familia.

1.3.3. Crisis familiar por el trabajo de los menores.

El trabajo de los menores también es consecuencia de la crisis familiar, es una realidad que los menores se encuentran trabajando como producto del abandono, la migración, la violencia intrafamiliar, la separación, el divorcio, cubrir sus necesidades congruas; en la mayoría de los casos estos se han visto obligados a satisfacer sus propias necesidades alimenticias, de protección, afecto, y auto realización; es por ello que los menores forman parte activa de la economía en los Estados.

“De acuerdo al Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil, (IPEC) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), 7.6 millones de niños de diez y catorce años trabajan en América Latina, aunque si se incluyen en las tareas domésticas, a los menores de diez años, la cifra total de niños trabajadores se situaría entre dieciocho y

¹² “Si estos conflictos son mal manejados traen como consecuencias: Distanciamiento y ruptura en las comunicaciones, abandono del hogar, demandas judiciales. desorganización, descomposición y desintegración familiar.” ARIAS LONDOÑO MELBA, “La conciliación en derecho de Familia” Edit. LEGIS, primera edición, 2002, Colombia. Página. 7

veinte millones. Esto significa que uno de cada cinco niños está económicamente activo en América Latina.”¹³

En el Ecuador en el año 2009 el ex Instituto Nacional del Niño y la Familia (INNFA), hoy INFA, realizó una encuesta que la publicó en su portal electrónico acerca del empleo, subempleo y desempleo, cuyos valores son los siguientes: de 779.000 personas de entre 5 a 17 años de edad trabajan el 25 %; lo que además demostró que de ese 25 %, el 38 % son mujeres.

“El escenario principal de trabajo infantil es la pobreza, a lo que se suma, otros factores como la cultura, la baja calidad de la educación, el aumento de la violencia social y la desestructuración familiar”¹⁴.

Muchos niños, niñas y adolescentes dedican más de ocho horas diarias a actividades laborales, incluso trabajan más de lo que trabaja un adulto, lo que atenta incluso con los derechos laborales que poseen los mayores de edad, por lo tanto, es un atentado contra todos los derechos consagrados en la Constitución, el hecho de que los menores estén sufriendo este maltrato.

1.3.4. Crisis material y social de la familia

13 FLORES RODRIGUEZ, Nallely, El trabajo Infantil, México 2010,
<http://white.oit.org.pe/ipece/pagina.php?seccion=27&pagina=94>

14 El Futuro de los niños/as que trabajan, INNFA, 2009

La familia cumple con varias etapas en su desarrollo, durante ese proceso esta enfrenta momentos críticos, lo que obliga a sus miembros a dar pasos individuales y apartarse del camino grupal, en ocasiones estos son los que producen la problemática familiar.

La familia atraviesa por una crisis material y una crisis social, esto se produce por el hecho de que las sociedades se han tornado en industrializadas y de consumo, impuestas por normativas de centralismo; en la actualidad los individuos son considerados como elementos que forman una sola masa, lo que ha debilitado al tradicionalismo familiar.

Al Ecuador se le reconoce como un Estado eminentemente laico, a pesar que la mayoría de sus habitantes son predicantes de alguna forma de la religión católico- cristiana, la misma que habla sobre la perpetuidad de la pareja una vez que Dios la ha unido, de cierto modo se contrapone a la legislación ecuatoriana, en razón del “Art. 81 del Código Civil, habla que el matrimonio es un contrato solemne”, al contemplar la palabra contrato nos da entender que no garantiza ningún tipo de estabilidad a la unión de la pareja, al igual que los demás contratos estos pueden darse por terminado en cualquier momento, sí así fuere la voluntad de una de las partes; dejando a un lado lo accesorio, que para este caso sería los hijos.

Las familias actuales se han debilitado y por ende se han fragmentado, como consecuencia de ello, también han aumentado las familias atípicas y de estructuras pseudo - familiares; a diferencia de la antigua y sólida familia, hoy se reducen a familias de dos, tres, o cuatro miembros, incluso se han conformado familias unipersonales o familias monoparentales, otras denominadas familias complejas, y de variada índole como por ejemplo las familias patógenas como las uniones homosexuales, mismas que de alguna manera se las está tratando de ubicarles con validez jurídica. Este contenido de degradación está absorbido por la pareja, las diversas patologías psico-sociales, se encuentran en un aumento notable, produciendo las separaciones y divorcios.

Aunque se entienda que la familia es una institución ancestral, y que sigue un ciclo evolutivo, esta sufre variaciones paralelamente a la transformación social, política, cultural e incluso ambiental, los nuevos roles que la mujer desempeña profesional y laboralmente, han sido determinantes para las relaciones intrafamiliares, de educación, recreación y crianza, cambios que han afectado la estructura material y principios fundamentales de la institución familiar; cuya importancia de existencia y validez radica en la libertad y los derechos de cada integrante del núcleo.

La nueva concepción de familia está sujeta a una realidad innegable, la organización monogámica ya no es la estructura básica o modelo, varios de los mitos y tabús sexuales han quedado al descubierto, las orientaciones sexuales, las reglas sociales y jurídicas que limitan el curso normal de la evolución de la sexualidad se desvanece, las regulaciones que tenían todos los miembros de la familia también han evolucionado, razones que determinan una crisis en la institución familiar, pero el momento en que el Estado intervenga para efectivizar los derechos que les corresponde a sus mandantes, también modifica las condiciones sociales al respecto del actuar de la familia.

La inseguridad que existe en el Ecuador y otros países de Latino América, son el reflejo de la crisis de valores, falta de unidad y de amor en el entorno familiar, situación que torna a una sociedad conflictiva, violenta, e inestable. La proliferación de separaciones y divorcios en las parejas, son el producto de la intolerancia entre los seres humanos, hasta el punto de causar el caos que se vive en los hogares, por ende en la sociedad. Uno de los principales factores que contribuye a estas crisis es el económico, en virtud que las plazas de empleo son limitadas, por consiguiente, las cabezas de hogar se obligan a moverse a lugares distantes de su residencia, esto sin duda es un desgaste físico y mental para los individuos y sus familias, ya que estos en aras de buscar una mejora en el patrimonio personal y familiar, dejan de construir valores como la fraternidad, solidaridad, unidad y el amor. Este afán egoísta y materialista de las personas opaca y ahonda aun más la crisis familiar, toda vez, que la prole queda en desprotección a los peligros sociales (alcoholismo y drogadicción).

No se puede negar que otro de los factores substanciales que contribuye a la crisis familiar es el machismo, la progresiva liberación femenina, donde se establece la independencia de la tutela del hombre y la autorrealización como persona de una mujer, deteriora la relación conyugal para los machistas; este avance ha permitido que la mujer se independice del hombre, es común observar que las mujeres culminen sus estudios profesionales y se incorporen al mundo laboral, situación que causa molestia en muchas de las relaciones de pareja, es decir, el hombre machista tiene una falta de madurez mental, falta de comunicación para poder resolver sus problemas, falta de sabiduría y sapiencia intelectual, en la actualidad la situación económica no da para que solo con el trabajo del hombre, se pueda solventar todas las necesidades del hogar, por consiguiente, el machismo es causa para la crisis material y social de la familia, el mismo que por lo general va acompañado de la violencia intrafamiliar.¹⁵

A la crisis familiar se suma otro factor, esto es las relaciones interpersonales, la familia tradicional ha sido plural y social, sus miembros desarrollan un gran sentido de unidad; lo que no sucede en la actualidad por que los lazos se encuentran deteriorados y los intereses divididos.

La desfragmentación familiar obedece a un conjunto de factores negativos, ya sea de naturaleza, fines y funciones, el escenario que este presenta desemboca en conflictos; al contrario de un escenario positivo donde la solidaridad, el apoyo, la unidad, priman, permiten que las familias lleven una mejor convivencia entre ellos y con el resto de la sociedad.

“Una manera de combatir la desintegración, la desunión y la desesperanza en el ambiente social, es volver los ojos hacia la propia familia, reforzarla, enseñarle los alcances de su

¹⁵ ARIAS LONDOÑO, Melva, Derecho de Familia, Ecoe editorial, Bogotá, 1993, Página 79.

poder personalizado, al igual que su capacidad de inculcar en sus hijos los valores y principios morales, necesarios para una sociedad carente de ellos”¹⁶

Por ningún motivo se debe imitar a las familias ancestrales; en virtud que los avances logrados hasta el momento son alcances de gran valor a las sociedades modernas, se debe aplaudir las conquistas de las mujeres en lo económico, político, social y laboral, a la inversa de lo que propuso el modelo tradicional. El desarrollo de la mujer ha permitido formar a niños, niñas y adolescentes en seres que sientan, piensen y actúen con plenitud de conciencia, seres que jurídicamente les asiste deberes y derechos y sobre aquello hay que hacer hincapié.

El estereotipo infantil y juvenil ha cambiado y con ello se ha suscitado una serie de fenómenos que exigen y merecen un análisis de los deberes y derechos inherentes a la familia, el comportamiento intrafamiliar y sus efectos también han variado, la aceptación moral de las uniones de hecho, la gran cantidad de padres y madres de estado civil soltero, el tratamiento a las personas de la tercera edad, la aceptación de tendencias sexuales adoptadas por cierto grupos, entre otros, también son circunstancias que intrínsecamente modifican el entorno social y causan crisis en la familia.

El divorcio también contribuye a la desintegración familiar; esta es una problemática que no es evaluada por la pareja, tal es así, que en la mayoría de los casos, estas piensan que con la separación o el divorcio se pone fin a sus problemas, cuando en realidad únicamente lo agravan más; esta solución cómoda y rápida, se repite a menudo lo que provoca que hombres y mujeres prefieran vivir juntos, pero sin ninguna atadura de carácter jurídico legal, y quienes sufren la consecuencia de esta anomalía son los hijos, producto de esa relación informal.

¹⁶ ARIAS LONDOÑO, Melva, Derecho de Familia, Ecoe editorial, Bogotá, 1993, Página 30.

1.3.5. La familia en el Ecuador

Rescatar los valores familiares en este momento de crisis social, resulta indispensable para mejorar la problemática social, "está probado que en el Ecuador -y en América Latina, ante la crisis de los paradigmas, de los ideales colectivos, los partidos, los movimientos sociales, lo que hace la ciudadanía en general es volver a los espacios privados. La familia, adquiere en este contexto un nuevo carácter: en ella los individuos encuentran las seguridades que los espacios públicos no les dan".¹⁷

Es indispensable destacar que la palabra “Familia” tiene muchos significados e interpretaciones, por ello es que definir en contexto “familia ecuatoriana” resulta muy difícil, porque en ningún lugar del mundo se puede puntualizar a la misma como un prototipo arraigada a una sociedad determinada; además, el Ecuador reconoce en su Art. 1, de la Constitución de la Republica del Ecuador, ser un Estado “intercultural y plurinacional”, lo que limita sobre manera hacer una apreciación sobre este punto; sin embargo, de varios estudios desarrollados en este territorio se desprende que en su gran mayoría las familias ecuatorianas no cumple objetivos comunes como por ejemplo la de vivir juntos para prodigarse seguridad y amor. La celebración de matrimonios o las uniones de hecho de la pareja responden a una obligación accesoria a la voluntad misma de los contrayentes, en otras palabras en la obligación materna y paterna, respectivamente, del niño o niña que viene en camino. En casi todas las familias de clase económica baja suele ocurrir este fenómeno, en menor proporción en las familias de clase económica media y alta, en donde se observa una relación más estable y planificada, quizás por el nivel de educación, o por aspiraciones concretas, pero sin lugar a duda que en casos excepcionales también se unen por la ya mencionada obligación accesoria.

¹⁷ ARDAYA, Gloria, “Retorno a la Familia”, Explored, Archivo digital de Noticias, <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/el-retorno-a-la-familia>.

El artículo 67, de la Constitución de la República del Ecuador, se refiere a la familia en los siguientes términos “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes”¹⁸, en el diario vivir, la familia no es sujeto de políticas sociales, ni tampoco es que se protege su integridad, menos aun que aporte positivamente al impulso de mejor economía estatal.

A la presente no se ha escuchado ni se conoce que el gobierno de turno haya implementado o pretenda establecer políticas a favor de la familia; pese a la gran obra que realiza en numerosos proyectos en el área de bienestar social, que están orientados a familias de escasos recursos económicos, y que intentan mitigar la desigualdad social, esto no ha solucionado el problema de raíz, más bien lo hace sentir que la solución es económica - material, cuando en realidad es de carácter personal y moral, la verdad es que los particulares no hemos demandado la necesidad de exigirle al Estado políticas que mejoren el entorno social; quizás porque la desintegración familiar se halla fortalecida y sumida en crisis y alejada de lo que manifiesta el texto constitucional al decir que debe desarrollarse en un ambiente adecuado.

Desde hace un buen tiempo que el Estado ecuatoriano no ha asumido la responsabilidad de velar por los deberes y derechos de la familia, el Estado se ha convertido en un mero espectador de mal comportamiento de los particulares, ha dejado que los individuos actúen a su libre arbitrio dentro del entorno familiar, convirtiéndose en cómplice de la violación legal que constitucionalmente está encargado, esto es, el bienestar social, educación, seguridad pública, salud, etc., aunque las cargas del Estado son muchas no le exime de esta responsabilidad, por lo que es necesario que se implementen mecanismos de solución que mejore las relaciones interpersonales entre particulares y ellos con el Estado.

¹⁸ Constitución de la República del Ecuador Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008

En la sociedad ecuatoriana, la mujer ha desempeñado un rol protagónico y central dentro del entorno familiar, a ella se le ha dejado total y absolutamente la dura tarea domestica, de cuidado y afectiva con respecto a todos sus integrantes; a diferencia de lo que ocurre o ocurría con el género masculino, quien se encarga de traer el dinero para la casa.

Con el pasar del tiempo y la evolución de las sociedades, resulta curioso ver como en el Ecuador los papeles cambiaron, este país que se caracterizaba por ser machista y dejo de serlo, tal es así que hoy en día las mujeres desempeñan altos cargos privados y públicos, y muchos varones han incursionado en lo domestico, sobre todo en los sectores populares. Un alto índice de madres se ausentaron del proceso de socialización con sus hijos para dedicarse demasiado a sus trabajos, mientras que con los padres ya ocurría aquello; es de preocupación el vacío que dejó la madre, por la estabilidad familiar que ofrecía por tradición.

Como se dijo en líneas anteriores, el Estado ecuatoriano, no está exento de culpa, el también constituye un obstáculo en el normal desarrollo de la familia, por incumplir sus principios, deberes y obligaciones, toda vez que no se ha establecido reglas claras con sus particulares, impidiendo una real economía solidaria, equitativa y no excluyente, sobre las familias ecuatorianas que se encuentran en difícil situación económica, que incluso llegan a tal miseria y desesperación, que buscan apoyarse en sus hijos pequeños para ejercer mendicidad, aquellos son instrumentos de compasión ante sus prójimos y para pedir dinero en las calles, en tal sentido y con tales variables es casi imposible que no se produzcan conflictos y desintegración en familias ecuatorianas.

1.4. INTEGRACIÓN FAMILIAR Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA

1.4.1. Integración Familiar

“No llegar a constituirse como célula de la sociedad; o hacerlo y no consolidarse; o consolidarse; o consolidarse y disolverse.”¹⁹

La familia es la base de toda sociedad, así como la célula es la unidad de vida, es la primordial forma de organización social reconocida en todos los pueblos, en todas las épocas y el mundo entero, históricamente el hombre necesito agruparse para defenderse de la naturaleza, los animales salvajes, protegerse de sus semejantes, buscar alimento y sobre todo para cuidar su descendencia.

Desde épocas antiguas de la humanidad se conoce que el hombre fue y es un ser social, él ha vivido compartiendo con otros hombres, y no se sabe de ser humano que viva solo o no pertenezca a una sociedad, por lo general, el hombre se acopla a un hábitat y se inserta como constructor y transformador de su porvenir, su naturaleza es adherirse a un grupo o entorno para satisfacer sus necesidades.

La sociedad es quien inserta a una hombre, mas no como algunos criterios de tratadistas manifiestan que el hombre es quien se incorpora a la sociedad, para ello es menester ejemplificar la organización en que los hombres se desenvuelven, con el nacimiento de un ser se entienden que posee una familia, el normal camino para adaptarse o integrarse a la

¹⁹ ARIAS LONDOÑO, Melva, Derecho de Familia, Ecoe editorial, Bogotá, 1993, Página 88.

sociedad es acudir a un establecimiento educacional, guardería o jardín, encontrará junto a otros niños el aprendizaje, luego pasara a la escuela, colegio, institutos, universidad, luego formara parte del Estado e incluso a las organizaciones internacionales, las relaciones humanas son de gran variedad, otros ejemplos de la sociabilidad de los seres humanos son la vecindad, la membrecía a un club, gremio profesional, religiosa, sea cual fuere el propósito de la asociación.

El valor fundamental que tiene la familia se cimenta en el calor de hogar, morada, casa o como se quiera llamar, también la familia se manifiesta en estructura monogámica y estable, instituida por los miembros que se hallan dirigidos jerárquicamente por un jefe de hogar, a quien se le debe respeto, admiración, colaboración y lealtad.

Cuando faltan estas características, aparecen los problemas familiares; con el desempleo se inicia el desequilibrio económico, se deterioran las relaciones, se pierden los valores éticos y morales, se agrava con la violencia intrafamiliar se mantiene la tendencia a la problemática y por consiguiente desenlaza en la desintegración familiar.

La intención elemental de la familia es promover la armonía y la estabilidad emocional de sus integrantes, los padres deben procurar una convivencia permanente con sus hijos, a fin de absolver plenamente las necesidades desde que nacen hasta cuando por su propia decisión determinan apartarse del núcleo familiar, para formar su propio núcleo, por ello es que los individuos deben prepararse hasta estar aptos para promover la estabilidad familiar, como vemos la responsabilidad de educar proviene del hogar, pero al mismo tiempo del Estado, quien la organiza mediante las leyes y crea las condiciones idóneas para su desenvolvimiento.

Cuando la familia se desintegra, no cumple las funciones que le corresponde, satisfacción de necesidades, socialización y formación de la personalidad, todos sus integrantes se vuelven vulnerables a fracasar, el impacto psicológico en cada uno de sus miembros puede ser determinante, los hijos son proclives a consumir drogas, alcohol, a tener mal carácter, deserción estudiantil, pueden incluso llegar a ser padres o madres muy jóvenes.

1.4.2. Regulación jurídica de la familia

Desde la perspectiva del Derecho Privado, la institución familiar se fundamenta en dos criterios, el primero el de autoridad y segundo la condición sucesoria, en relación al primero se puede decir que está estructurado por cónyuges e hijos; mientras que el segundo criterio define como la organización a la cual pertenecen todos los parientes llamados a suceder.

Cada individuo es dueño y creador de sus propias relaciones interpersonales, su forma de convivencia y cultura. Esta última proviene de una serie de factores de carácter religioso, moral, afectivo y legal, a ello se lo puede denominar características inmateriales intrínsecas a la persona, su comportamiento se refleja en el desenvolvimiento social, por ello a lo largo del tiempo es que las agrupaciones desde la más simple a la más compleja necesita normas de carácter moral y jurídico, para desarrollarse, positivamente; así, “en un grupo primario, en una comunidad y en las más complejas instituciones, las normas buscan armonizar la convivencia, para hacer más positivo el funcionamiento del grupo”²⁰. Sobre esta premisa, las actividades humanas, necesitan de una existencia normativa moral, social e incluso hasta religiosa.

²⁰ FERNÁNDEZ, Alicia. Formación Ética y Ciudadana & EGB. Madrid, Editorial Kapeluz, 2001, Página 180.

El hombre forma parte de una familia, y al agruparse socialmente vive en comunidad, como es lógico, el hombre al organizarse puede llevar a cabo diferentes tareas, lo que no pudiese realizar si actuare por sí solo y para él solo, en este proceso se instauró un mecanismo de regulación, mismo que permitió la sistematización de una serie de cuerpos legales que evita la anarquía en los individuos, como requisito para defender necesidades colectivas, en otras palabras, el desarrollo individual de cada persona no debe afectar el desarrollo del prójimo.

Acotando al texto anterior podemos mencionar que existe legislación de variada índole, sin embargo puede dividirse en dos brechas, la una de carácter social, y la otra de carácter jurídico, en ambos casos su incumplimiento demanda una determinada sanción por parte de la comunidad, explícitamente en la primera puede provocar el aislamiento de un individuo, mientras que en la segunda es netamente positiva, ambas acarrearán una sanción; desde otro punto de vista, si una persona no practica costumbres de higiene y pulcritud dentro de su grupo social puede ser rechazado por los demás, en este caso se lo puede denominar sanción moral; en cuanto a la norma positiva se puede citar a manera de ejemplo el hurto tipificado como delito en el Código Penal ecuatoriano en los artículos 547, 548, 549., allí detalla una sanción privativa de la libertad, sujeta a la potestad pública concedida a las juezas y jueces competentes a la materia, para ser juzgados; en resumen ambas poseen autonomía para juzgar efectivizar su cumplimiento, incluso puede utilizarse la fuerza de ser necesario.

Algunas normas jurídicas, tienen carácter coercitivo, lo pronunciado por Cicerón, el gran orador y escritor Romano sostiene una gran verdad: "Nos hacemos esclavos de la ley para llegar a ser hombres libres". Esta frase tiene mucho sentido lógico, en cuanto a que si nos regimos estrictamente a cumplir la normativa no tendremos problemas con la justicia y viviremos en plena libertad del goce de derechos.

1.4.3. Protección jurídica de la familia

Dentro del marco legal ecuatoriano la familia se enmarca en la rama civil, tal es así que su regulación consta en el Código Civil ecuatoriano, esta ley se ha encargado de hacer definiciones de carácter jurídico, un claro ejemplo es Artículo 81 del mencionado cuerpo legal, cuando se permite definir al matrimonio: “Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.” Entonces se puede apreciar que la ley regula las relaciones conyugales como unidad familiar, el Ecuador incorpora inseparablemente las dos instituciones, sin embargo hay otras sociedades que hace una clara distinción y dividen la una de la otra.

Siendo la institución familiar la más importante dentro de una sociedad, ha sido y será prioridad en los Estados tener un marco jurídico que la proteja, por ello es que la normativa de más alto nivel es la Constitución; Tratados y Declaraciones Internacionales velan por este interés común de los pueblos.

Toda la Comunidad Internacional, velando por el interés de sus particulares reconoce que la familia debe tener autonomía en su estructura, fines y funciones, en este sentido, es menester citar a la “Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Artículo 16, mismo que se desprende el reconocimiento de la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, teniendo derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

La Constitución de la República del Ecuador reconoce la diversidad de tipos familiares, con ello la obligación de garantizar íntegramente la consecución de sus fines, estas giran

alrededor de los vínculos jurídicos o de hecho y se fundamentan en la igualdad de derechos y oportunidades para sus miembros.²¹

La institución familiar principalmente es sujeto de deberes y derechos, en referencia a los segundos se hallan los fundamentales e innatos a todo ser humano, al igual de los que le corresponde como grupo social (familia). En la mayoría de las legislaciones el planteamiento es genérico, es decir que las autoridades legislativas tomaron en consideración una serie de derechos para incorporar positivamente a la legislación, su nacimiento es originario y no ha dependido de la voluntad de los miembros del núcleo familiar, tal es así que estos son de carácter vitalicio, inembargable, imprescriptible y no pueden cederse o negociarse.

Entre la magnitud de derechos de familia se hallan: El derecho a elegir a su pareja; el derecho a contraer nupcias; el derecho a tener una vida conyugal o familiar, y a ser parte de ella; derecho a la igualdad de dignidad y de derechos conyugales; el derecho a ser padre o madre; el derecho a decidir el número de hijos; el derecho a ejercer la patria potestad; el derecho a tener la protección legal, para los cónyuges y los hijos; el derecho a ser atendido por la institución de seguridad social; el derecho a llevar una vida digna con igualdad de condiciones.

Desde otra perspectiva, es necesario enunciar los derechos que son de carácter social, y para ello se debe considerar los siguientes: El derecho al trabajo; el derecho a tener una remuneración suficiente para el sustento familiar; el derecho a la educación para mejorar la calidad de vida; el derecho a tener una vivienda digna; el derecho a elegir, creer y profesar una religión; a la intimidad, el derecho a libre asociación; el derecho a ser libres con las limitantes de la ley; el derecho a tener un honor familiar; derecho a participar en el

²¹ Art. 67 Constitución de la República del Ecuador Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008.

desarrollo integral de la comunidad; el derecho a tener una asesoría conyugal en caso de necesaria y por último el derecho a tener una recreación.

La familia tiene un respaldo jurídico y moral, emanado por el derecho, se inicia con el matrimonio en cuyo contrato se plasma el vínculo jurídico que da origen a la legítima familia; de la misma manera se considera que la unión la familia tiene como fuente a la figura unión hecho o unión libre, esta también da nacimiento a la denominada familia natural reconocida ante la ley o no, anteriormente denominada concubinato o unión fuera de matrimonio; no se puede dejar de mencionar la familia artificial o familia adoptiva.

La concepción naturalista de que la familia surgió antes que se forme los Estados de derecho y la sociedad, la finalidad de proteger jurídicamente la familia ha permitido que durante el transcurso del tiempo cumpla su fin de conservación y perfeccionamiento de la especie, en probidad de la necesidad del hombre y mujer por satisfacer sus necesidades sexuales y auxiliarse mutuamente.

Es deber de los Estados seguir protegiendo a las familias y velando para que los padres cumplan con los deberes que les corresponde al respecto de sus hijos menores de edad, aun cuando sus progenitores quieran evadirlas o negarlas, la tutela estatal no rescindiré y procurará su fiel cumplimiento a pesar de cualquier conflicto.

1.5. ESTADO CIVIL, MATRIMONIO Y FAMILIA

1.5.1. El Estado Civil

El Artículo 331 del Código Civil ecuatoriano, define al estado civil en los siguientes términos “El estado civil es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita o inhabilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles.”

El Estado Civil de las personas permite ejercer ciertos derechos y al mismo tiempo genera una serie de deberes, cada sujeto se distingue de otro, lo que lo hace diferente de los demás, para precisar este punto es indispensable ejemplificar: El hombre o mujer se reputa libre de vínculo cuando por su naturaleza acarrea consigo el estado civil de soltero, este lo puede mantener hasta su muerte, sin embargo, puede cambiar a otros tres estados civiles diferentes, el primero es en ejercicio de su voluntad, siempre que se encuentre en goce del requisito natural o inicial, es decir que ostente el estado civil de soltero, para que en ejercicio de sus derechos y facultades pueda contraer matrimonio y pase de Estado Civil soltero a Estado Civil casado; el segundo Estado Civil depende del cumplimiento del anterior, es decir que una vez que su Estado Civil sea casado, pueda pasar al Estado Civil divorciado; aquí hay que recordar que los divorcios pueden darse de dos formas, mutuo acuerdo o divorcios litigiosos; y, por ultimo o tercero punto depende de la naturaleza, es decir cuando uno de los cónyuges deja de existir o fallece, entonces pasa de Estado Civil casado al Estado Civil viudo; sin embargo este ultimo Estado Civil puede volverse a modificar de Estado Civil viudo al numerado como dos, es decir Estado Civil casado.

Para el Estado es imprescindible reconocer la personería del Estado Civil de cada individuo, tal es así que lo hace constar en el documento de cedula e identificación, de esta característica peculiar depende todos los negocios o actos de comercio que efectué cada persona.

Son características del Estado Civil:

- a) Universalidad. A todo sujeto debe reconocérsele su Estado Civil, en virtud que de ello depende otros derechos.

- b) Indivisibilidad. Es Estado Civil es uno solo, nadie puede poseer estados civiles contradictorios, opuestos o híbridos, es decir no se puede ser casado y al mismo tiempo divorciado o viudo.
- c) Mutable relativamente; se basa en el principio de la Autonomía de la Voluntad, el Estado Civil puede variar, la elección es estrictamente sujeta a la voluntad de los particulares; la ley anuncia mecanismos para cuando una persona no se siente de acuerdo a su Estado Civil. Nadie puede ser obligado a mantener el Estado Civil casado cuando su voluntad no lo sea.
- d) Bilateral correlativa. Esta debe ceñirse a cada categoría que posee un sujeto, en el desempeño de las relaciones familiares, ya que corresponde a cada persona; cónyuges, progenitores-hijo o hijos; adoptantes-adoptados, hermanos.
- e) Inajenables. El Estado Civil de una persona está fuera del comercio, no puede ser vendido, cedido o transferido, ya que el titular del reconocimiento es el Estado y de la de sus intervinientes.
- f) De Orden Público. aunque el Estado Civil es resultado de la voluntad de los individuos, se encuentra sometido forzosamente a un régimen legal.

1.5.2. El matrimonio como Estado Civil.

El Matrimonio conforme lo dispone el “Art. 81 del Código Civil es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.²²; la ley al determinar que el matrimonio es un contrato hace comprender que existe un concierto de voluntades para su celebración jurídica, sin embargo, se debe aclarar que se refiere a un negocio jurídico complejo, de naturaleza especial, de carácter

²² Código Civil. Codificación 10, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de Junio del 2005.

perpetuo y de efectos fuera de la voluntad de los contrayentes; también le da la característica de solemne, a lo que debemos deducir que es porque de por medio existe una autoridad pública y testigos.

Solo el matrimonio genera Estado Civil casado, es decir es resultado de un hecho y acto jurídico a la vez; hecho en el sentido de que proviene del acto voluntario del hombre; y, acto en cuanto a que existe una declaración expresa de crear, un derecho. El hombre se categoriza de compañero de su mujer y viceversa, estos a la vez progenitores de sus hijos, evento que trae consigo deberes y derechos, dentro del marco social y legal.

1.5.3. Estado Civil y Estado de Familia.

A pesar que los doctrinarios hacen expresa distinción de conceptos entre el Estado Civil y el Estado de Familia, legalmente estos guardan íntima relación, en virtud de que no son identificables por normativa, en tal sentido, “el estado de familia es un atributo de la persona natural que individualiza ésta por su emplazamiento en la familia, parentesco o en el matrimonio”;²³ mientras que el Estado de Civil debe reunir ciertas solemnidades, requisitos y cualidades para acarrear efectos jurídicos, El Estado Civil, solamente determina a la persona, entonces, cuando se determina el Estado Civil de un individuo únicamente se está hablando en términos generales, mientras que si ya adopto un estado o posición definida dentro del Estado Civil, se entiende que forma un Estado de Familia.

Una vez que el Estado de Familia cumple con los requisitos y cualidades, y se superpone al Estado Civil, lo que genera una serie de deberes y derechos, dentro de los derechos se cita los siguientes: La Patria Potestad, Tutelas y Curadurías en general, Derechos Patrimoniales y Extra Patrimoniales, Derecho de Sucesión y Donación; dentro de los deberes, se

²³ MENDEZ COSTA, María Josefa, y D'ANTONIO, Hugo Daniel, Derecho de Familia. Página 41.

encuentran todo lo relativo a lo económico: alimentación, vestimenta, educación, etc., de la prole.

Para tener una idea más clara, es menester citar desde otro punto de vista la definición al Estado de Familia “...conjunto de situaciones jurídicas que relaciona a cada persona con la familia de la que proviene, con la familia que ha formado y con ciertos hechos fundamentales de la propia personalidad. En relación con la familia de la que proviene una persona, se puede afirmar si es hijo legítimo o extramatrimonial; respecto a la familia que forman, puede afirmarse si es casado o soltero; y, en relación a ciertos hechos fundamentales de la personalidad de cada ser humano, puede decirse si es varón o mujer, de que sexo es, si es menor o mayor de edad, si vive aun o a muerto”.²⁴

El Estado de Familia se apoya en las normas que permiten la estabilidad de sus miembros, y el vínculo familiar.

1.6. LA SEPARACIÓN CONYUGAL EN EL MARCO SOCIAL JURÍDICO ACTUAL.

1.6.1. Constitución legal del matrimonio

Se entiende que el matrimonio se encuentra legalmente instituido, cuando a través de la unión de un hombre y una mujer en uso de sus derechos y facultades, quienes deciden formar una alianza mutua, con el fin expreso de vivir juntos, procrear y auxiliarse; lo que constituye para fines legales el matrimonio civil, este se encuentra regulado en las

²⁴ VALENCIA ZEA, Arturo, citado en PEREZ Luis Carlos, Derecho Penal, segunda edición, editorial Temis, Bogotá, 1991, p.293

relaciones paterno-filiales – conyugales, régimen patrimonial, la calificación de los bienes de los cónyuges, etc.

Según el Abogado Anibal Cornejo Manriquez, en su libro de Derecho Civil en Preguntas y Respuestas, libro IV LA FAMILIA, pregunta número dos, son fuentes de las relaciones de familia, “el matrimonio, la filiación, la adopción y la afinidad”; por lo que se deduce que la institución matrimonial para tener calidad legal debe cumplir dos requisitos, el de existencia y el de validez; y para ello se debe conocer en qué consiste cada uno de ellos, para el caso que nos ocupa son requisitos de existencia: “1) Que los contrayentes sean de diferente sexo. 2) Que exista el consentimiento. 3) Que el matrimonio se celebre ante la Autoridad Competente. Son requisitos de validez del Matrimonio: 1) Que el consentimiento que se exprese sea voluntario, libre y espontáneo. 2) Los contrayentes deben gozar de Capacidad y ausencia de impedimentos dirimentes. 3) Observancia de las formalidades legales.”

Profundizando los requisitos de validez en sentido general, se considera estos tres elementos:

- a) Voluntad
- b) Objeto lícito
- c) Solemnidad.

Al referirse a la voluntad se quiere indicar que es un acuerdo nacido del concurso de dos voluntades, su consentimiento siempre debe ser positivo, pues de no ser así, se estaría violentando la libertad de decisión, y causando la nulidad del matrimonio por fuerza. El matrimonio es un acto legal y las personas que decidan contraerlo deben estar lo suficientemente informadas para dar su consentimiento, toda vez, que fundar una familia acarrea una serie de consecuencias y beneficios, como lo hemos visto durante el desarrollo del texto.

Para que la celebración del matrimonio sea válida debe cumplir con lo que señala el Código Civil ecuatoriano, en su Art. 101, solemnidades esenciales para la validez del matrimonio:

- “1.- La comparecencia de las partes, por sí o por medio de apoderado especial, ante la autoridad competente;
- 2.- La constancia de carecer de impedimentos dirimentes;
- 3.- La expresión libre y espontánea expresado consentimiento de los contrayentes;
- 4.- La presencia de dos testigos hábiles; y,
- 5.- El otorgamiento y suscripción del acta correspondiente.”²⁵

Para que la celebración de un matrimonio sea plenamente valido, deberá cumplir con cada una de las solemnidades detalladas en líneas anteriores, a falta o incumplimiento de una, se entiende que la celebración es incompleta, por lo tanto, puede ser un acto INEXISTENTE.

Para que el acto matrimonial se considere valido, debe estar marcado con la *legalidad* jurídica del mismo, es decir, que un matrimonio es válido cuando no puede ser declarado nulo, a diferencia que si se demandare la nulidad del mismo y este fuera concedido, entonces se intuye que es inexistente; en cambio si en un matrimonio se demandare el divorcio se considera que es válido, por tal motivo se está demandando la terminación contractual, dentro de la línea del tiempo esto resulta lógico, pues si se declara inexistente significa que nunca existió; y si un matrimonio se declara disuelto significa que existió y que dejo de tener efectos jurídicos.

La segunda finalidad del matrimonio es la de procrear, la cual se vería afectada en el caso que fuere imposible tener hijos, sin embargo, podemos afirmar que las finalidades de la

²⁵ Código Civil. Codificación 10, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de Junio del 2005.

familia no son requisitos taxativos, puesto que mientras la voluntad de los contrayentes sea la de no procrear, no altera tal cuestión.

Como se puede apreciar los vicios de la voluntad, deben estar lejos de la voluntad de los contrayentes, es decir, que la nulidad puede ser provocada por uno de los cónyuges, en tal sentido la ley ha determinado los casos: dolo, error en la identidad, mala fe, violencia o intimidación y lesión, son causales para demandar la nulidad del acto matrimonial.

El Código Civil ecuatoriano, dispone en su normativa, varios impedimentos para contraer matrimonio, entre los más destacados se encuentran: La incapacidad en razón de la edad, falta de consentimiento expreso, el parentesco por consanguinidad y afinidad, el atentado contra la vida de anteriores cónyuges, impotencia, demencia, idiotismo o imbecilidad, *fuerza* o miedo grave, embriaguez habitual, entre otros.

De celebrarse el matrimonio se conoce que existe nulidad, no se puede declararlo de oficio, ya que se debe poner en consideración de un juez de lo civil competente y esperar su resolución mediante sentencia.

El Doctor Juan Larrea Holguín, en su obra Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, destaca que para que exista matrimonio debe concurrir tres condiciones “la diferencia de *sexo* de los contrayentes; el consentimiento de las partes; y, la solemnidad, o sea la manifestación de consentimiento delante del funcionario correspondiente.”²⁶. Conforme se desprende de la cita, si no se cumple las condicionantes, debe demandarse la nulidad, sin embargo, es preciso mencionar que el propio Código Civil dispone en su Artículo 9 “Valor de los actos prohibidos por la ley).- Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún *valor*; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de

²⁶ LARREA HOLGUIN, Juan; Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Tomo I, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2002, Página 183.

nulidad para el caso de contravención”²⁷, para que un matrimonio sea válido, debe ser lícito, es decir que no debe tener ninguna prohibición expresa, además de cumplir con todas las solemnidades legales.

1.6.2. El matrimonio y la sociedad de bienes

La regulación en cuanto al patrimonio de la sociedad conyugal, tiene un alcance nacional e internacional, conforme lo dispone el Art. 137 del Código Civil ecuatoriano, “Por el hecho del matrimonio celebrado conforme a las leyes ecuatorianas, se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges. Los que se hayan casado en nación extranjera y pasaren a domiciliarse en el Ecuador, se mirarán como separados de bienes siempre que, en conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes”²⁸.

Como se puede observar, el matrimonio da nacimiento a la sociedad conyugal y está sujeta a la variable que se haya celebrado conforme a legislación ecuatoriana; cuando la variable destaque que el matrimonio se celebó con legislación extranjera, entonces se sujetaran a la misma, no obstante, si los contrayentes decidieren domiciliarse en territorio nacional, desde el punto de vista jurídico ecuatoriano, serán considerados separados de bienes, siempre y cuando no hubieren formado una sociedad de bienes bajo el régimen que contrajeron sus nupcias.

“La sociedad conyugal, en el derecho ecuatoriano no es una persona jurídica, sino más bien una institución, que en la actualidad escapa al tradicional esquema devenido del Derecho Romano, y cuya administración corresponde al marido, a la mujer o a ambos, según los casos.”²⁹

²⁷ Código Civil. Codificación 10, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de Junio del 2005.

²⁸ Código Civil. Codificación 10, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de Junio del 2005.

²⁹ MURRIETA, Katia, El Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal en el Ecuador, Revista Jurídica, Online, 2005.

La parte que causa más confusión dentro de la sociedad conyugal es la de los haberes que lo conforman, nuestro Código Civil es categórico al momento de enunciar sus componentes, en tal sentido, es preciso citar al Art. 157 del cuerpo legal mencionado anteriormente:

1. “De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio”; es decir de toda actividad económica que se realice, sea cual fuere su clase.
2. “De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucro de cualquier naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio”; es decir de todo lo que le corresponda como derecho personal.
3. “Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare a la sociedad, o durante ella adquiriere, obligándose a la sociedad a la restitución de igual suma”; es decir de cualquier numerario.
4. “De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere; quedando obligada la sociedad a restituir su valor, según el que tuvieron al tiempo del aporte o adquisición”; es decir, de las especies o cuerpos ciertos que se aporte a la sociedad conyugal
5. “De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio, a título oneroso.”; es decir de toda compra venta que realice uno de los cónyuges, ya sea de forma conjunta o representando la sociedad conyugal.

Cabe exceptuar que no entra a formar parte de la sociedad conyugal, lo dispuesto en el Art. 158 del mismo cuerpo legal, que se refiere a los bienes adquiridos a título gratuito, a manera de ejemplo, los provenientes de herencias, legado o donaciones, por no aumentar el patrimonio del haber social, sino el peculio propio de cada cónyuge.

Es importante resaltar que tampoco entran a formar parte de la sociedad conyugal, “1. El inmueble que fuere debidamente subrogado a otro inmueble propio de alguno de los

cónyuges; 2. Las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges, destinadas a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio; y, 3. Todos los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa.” EL Art. 159 del mismo cuerpo es claro y preciso al momento de detallar este evento.

Por decirlo de alguna manera, las Capitulaciones Matrimoniales interrumpen la sociedad conyugal, el acuerdo de los cónyuges puede modificar a los haberes conyugales, cuestión que puede producirse antes, durante, o posterior a la celebración del matrimonio; así lo hace entender el Art. 150 de Código Civil ecuatoriano.

El trámite para que las capitulaciones matrimoniales sean consideradas como válidas, consta en el Código Civil ecuatoriano, Art. 151; en el autorizan al Notario para que permita la celebración de una Escritura Publica, y a la autoridad administrativa que celebre los matrimonios, en hacer anotaciones al margen de la partida matrimonial, en ambos casos habrá que concurrir al Registrador de la Propiedad para inscribir el particular.

Para que no exista mala interpretación, de que consiste las capitulaciones matrimoniales es requisito citar al Art. 151 del referido cuerpo legal, al tenor de lo siguiente:

1. “Los bienes que aportan al matrimonio con expresión de su valor;
2. La enumeración de las deudas de cada uno;
3. El ingreso a la sociedad conyugal de ciertos bienes, que, conforme a las reglas generales, no ingresarían;
4. La determinación, por parte de cualquiera de los esposos o cónyuges, de que permanezcan en su patrimonio separado ciertos bienes que, conforme a las reglas generales, ingresarían al patrimonio de la sociedad conyugal;
5. En general, pueden modificarse en las capitulaciones matrimoniales las reglas sobre la administración de la sociedad conyugal, siempre que no sea en perjuicio de terceros.”

Además, las capitulaciones matrimoniales podrán ser reformadas, revocadas o modificadas, en cualquier tiempo siempre que exista acuerdo de voluntades entre los constituyentes

.

1.6.3. Terminación del matrimonio

Los matrimonios terminan, por la intervención de autoridad competente que lo declare como tal. El Código Civil ecuatoriano en su Art. 104, dispone las causas para que el matrimonio termine:

1. “Por la muerte de uno de los cónyuges;
2. Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio;
3. Por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; y,
4. Por divorcio.”

Para aclarar el numeral 3 del Art 104 del cuerpo legal precitado, es preciso enunciar lo prescrito en el Código Civil ecuatoriano, mismo que dispone: "El juez concederá la posesión definitiva, en lugar de la provisional, si, cumplidos los tres años, se probare que han transcurrido ochenta desde el nacimiento del desaparecido. Podrá asimismo, concederla, transcurridos que sean diez años, desde la fecha de las últimas *noticias*, cualquiera que fuese, a la expiración de dichos diez años a la edad del desaparecido, si *viviere*."³⁰

En consonancia con la norma citada el Art. 76 del Código Civil ecuatoriano inciso segundo, establece que: “En virtud de la posesión definitiva... y se da por terminado el matrimonio, si el desaparecido hubiere sido casado.” Para que se efectivice el derecho constante en esta norma, es necesario que el cónyuge no desaparecido, presente por escrito

³⁰ Código Civil. Codificación 10, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de Junio del 2005.

una demanda de posesión efectiva de los bienes, incoando también la petición de que se declara la terminación del matrimonio, para que el Juez mediante la potestad publica que lo enviste puede dar por concedido la petición y con ello la sentencia correspondiente.

La ruptura del vinculo matrimonial se fundamenta en una causa legal, y solo libera a los cónyuges de la obligación de vivir juntos, ambos cónyuges, pero independientemente, están habilitados para solicitar la demanda de divorcio si así lo quisieren, siempre y cuando se fundamente en una de las causales del Art. 110 del Código Civil, que textualmente dice: “Son causas de divorcio:

1. El adulterio de uno de los cónyuges;
2. Sevicia;
3. Injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial;
4. Amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro;
5. Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice;
6. El hecho de que dé a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en este Código;
7. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de corromper al otro, o a uno o más de los hijos;
8. El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable y contagiosa o transmisible a la prole;
9. El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general, toxicómano;
10. La condena ejecutoriada a reclusión mayor; y,
11. El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente.

Sin embargo, si el abandonado a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges”.

Estas causales de divorcio, deben ser alegadas y probadas en procesos legales, no pueden ser alegadas por simple enunciación, además estas deben ser consecuencia de una falta grave o hecho que implique la responsabilidad con respecto al otro cónyuge.

En caso de pretender dar por terminado el matrimonio, el cónyuge que demandare al otro no necesita el consentimiento ni la firma, sin embargo, la carga de la prueba recae sobre el actor según lo dispuesto en el Art. 113 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, dentro del juicio deberá probar suficientemente, los hechos propuestos afirmativamente, es decir la causal invocada; de no hacerlo el Juez tendrá la obligación de desechar la demanda y disponer su archivo.

El derecho positivo ecuatoriano, también ha contemplado la terminación del matrimonio por mutuo consentimiento, en este sentido el Art. 106 del Código Civil ecuatoriano, permite tal evento; para que se dé efecto ambos cónyuges manifestarán por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, el deseo de divorciarse, ante el juez del domicilio de cualquiera de los cónyuges, cumpliendo los requisitos que establece dicho artículo. Calificada y notificada legalmente la demanda, el juicio se suspende por el lapso de dos meses, esto tiene el propósito de que los litigantes en este tiempo, todavía tienen la oportunidad de rehacer su matrimonio, es decir, en este sentido la ley protege y ampara al matrimonio y da una oportunidad para que los demandantes piensen y tengan esa oportunidad de rehacer su matrimonio, en otras palabras, el Estado está protegiendo al matrimonio, es necesario indicar que en el lapso de esos dos meses mencionados se puede nombrar al curador o curadores ad-litem, quienes son los representantes de los hijos y que además, deberán comparecer a la audiencia de conciliación, transcurrido estos dos meses a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez convocará a una audiencia de conciliación, de conformidad al artículo 107 del citado Código.

Si las partes en la audiencia expresan de consuno y viva voz su deseo de divorciarse, el juez en su resolución definitiva podrá dar por disuelto el vínculo matrimonial; además, en la misma audiencia acordarán la situación económica de los hijos, en caso de no existir un acuerdo el juez concederá un término probatorio de seis días, para resolver la parte económica de los hijos y tenencia de los mismos, para posteriormente tomar su resolución.

Como norma general le corresponde la tenencia de los hijos a la madre, los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan, en términos generales, el juez deberá resolver cualquier asunto que se presente con relación a la tenencia de los hijos conforme a derecho.

Otra forma para terminar el matrimonio, puede provenir de la acción de nulidad, al tenor de lo que dispone el artículo del Código Civil ecuatoriano; además de los impedimentos que establece el Código Civil, en sus artículos 95 y 96, es decir, es nulo el matrimonio contraído por las siguientes personas: “1) El cónyuge sobreviviente con el autor o cómplice del delito de homicidio o asesinato del marido o mujer. 3) Los impúberes. 4) Los ligados por vínculo matrimonial no disuelto. 5) Los impotentes. 6) Los dementes. 7) Los parientes por consanguinidad en línea directa. 8) Los parientes colaterales en segundo grado civil de consanguinidad y 9) Los parientes en primer grado civil de afinidad”.

Es igualmente causa de nulidad el matrimonio por falta de libre y espontáneo consentimiento por parte de alguno o ambos contrayentes, que provengan de las siguientes causas: 1) Error en cuanto a la identidad del otro contrayente. 2) Enfermedad mental que prive el uso de la razón. 3) Rapto de la mujer, siempre que está, al momento de celebrarse el matrimonio, no haya recobrado la libertad. 4) amenazas graves y serias, capaces de infundir un temor irresistible.

La acción de prescripción de la nulidad del matrimonio, está establecida en el artículo 98 numeral 1 reformado del Código Civil, y dicha acción prescribe en el plazo de dos años,

contados desde la fecha de la celebración, o desde el momento en que se tuvo conocimiento de la causal invocada o desde el momento en que pueda ejercer la acción.

Como excepción, la acción de nulidad no prescribe en los casos de los ordinales 1), 3), 6) y 7) del artículo 95 del Código Civil, ya citados en párrafos anteriores.

1.6.4. El divorcio

El término Divorcio se origina "Del latín Divortium, del verbo diverte, apartarse, distanciarse, cada uno toma su camino o irse por su lado; poner fin a la cohabitación de los cónyuges y al nexo de los consortes; asimismo se puede definir como la ruptura de un matrimonio jurídicamente auténtico, "Existe una diferencia fundamental entre divorcio y nulidad de matrimonio, situación esta última en que no cabe hablar de disolución, por no haber existido jamás el estado marital, a causa de impedimentos esenciales e insubsanables. Por descuido tecnicismo en la *materia*, recogido incluso por los legisladores civiles, como el *español* y el argentino, la separación de cuerpos y la de bienes entre los cónyuges, con subsistencia de vínculo matrimonial e imposibilidad de ulteriores nupcias mientras viva el otro consorte. Figuradamente, ruptura de relaciones o de trato, profunda divergencia entre pareceres, tendencias, aspiraciones, impulsos y actuaciones." ²⁰

Divorcio, igualmente se especifica como el apartamiento con voluntad; la pareja en uso de sus derechos y facultades determinadas por ley deciden separarse definitivamente, y para ello se acogen a lo dispuesto en la normativa vigente, creada para que los habitantes del territorio se sometan.

Divorcio es "la ruptura del vínculo matrimonial válido producido en la vida de los cónyuges, en virtud de una resolución judicial."³¹

"Llámesese divorcio a la *acción* o efecto de divorciarse, es decir a la acción o efecto de separar el juez competente, por sentencia a dos casados en cuanto a las relaciones que contrajeron en virtud del matrimonio."³².

Tras la palabra “divorcio” encontramos una amplia gama de significados, por lo que incluso puede ser sinónimo de quebrantamiento absoluto y definitivo de la unidad o vínculo matrimonial entre la pareja, el Estado por intermedio de su aparato judicial es quien debe interponerse, por ello es que la autoridad judicial se halla estipulada por la propia ley.

Divorcio es: "la separación legal de un hombre y su mujer producida por una causa legal, por sentencia judicial y que disuelve completamente las relaciones matrimoniales o suspende los efectos en lo que se refiere a la cohabitación de las partes"³³

De las concepciones antes citadas se desprende que el divorcio consiste en la disociación o discordia, dentro del vínculo matrimonial; a lo que hay que acotar que también es una facultad personalísima y privada de los contratantes o contrayentes, en cuyo caso solo ellos son quienes pueden demandar la terminación del contrato que ellos se sometieron.

De igual manera dentro del divorcio, hay que hacer la siguiente diferenciación, en cuanto a la nulidad del matrimonio, ya que los efectos que causa provocan que las cosas regresen al estado anterior. El Juez debe ser categórico al momento de emitir la sentencia, deberá hacer constar la fecha con la cual se constituyo el acto nulo, y la fecha con lo que se declaro al acto nulo.

Son características de la pretensión de divorcio:

31 PARRAGUEZ, Luís, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, 1II Edición, 995, Página 150.

32 GARCIA FALCONI, José, Manual de Práctica Procesal Civil, Tercera Edición aumentada, 2001, Página 16.

33 DICCIONARIO JURIDIGO OMEBA, Tercera Edición, Página 52.

"Primera.- La acción de divorcio es *personalísima*, es privativa de los cónyuges y en varios casos solo puede pedir el cónyuge inocente"³⁴

En el último inciso del Art. 109 del Código Civil ecuatoriano, en otras palabras dispone que, el cónyuge que se creyera perjudicado en una o más de las causales detalladas en este artículo, deberá someter su requerimiento ante los jueces competentes, de esta manera se pondrá fin al matrimonio mediante sentencia ejecutoriada, con la salvedad establecida en el numeral 11) inciso segundo.

Segunda.- "La acción de divorcio no puede renunciarse y esto porque no solo compromete el interés individual de los cónyuges, sino también entra en *juego* el interés general de la sociedad."³⁵

En el Art. 123 Código Civil ecuatoriano dispone la irrenunciabilidad de las acciones de nulidad y la de divorcio, de igual manera a que en caso de divorcio, se le haga participe de los bienes del otro; en la parte final de este artículo hace referencia al artículo 112 mismo que dispone el derecho sobre la quinta parte de los bienes del cónyuge, en caso de no tener lo necesario para su congrua subsistencia, salvo que sea quien haya provocado la causal de divorcio.

Tercera.- Cabe la prescripción en la acción de divorcio, a pesar que la figura de la prescripción se aplica en litigios donde está en duda la existencia o el reconocimiento de un derecho.

El Legislador velando por la paz conyugal a considerado incluir en la legislación la prescripción de la acción de divorcio, en tal sentido, el Código Civil ecuatoriano en el artículo 124 dispone lo siguiente "La acción de divorcio prescribe, en el plazo de un año contado: por las causales puntualizadas en los numerales 1, 5, y 7 del artículo 109, desde que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento de la causa de que se trate."

³⁴ GARCIA, Juan, Manual de Práctica Procesal Civil, Página 49.

³⁵ GARCIA, Juan, Manual de Práctica Procesal Civil, Página 49.

La acción de divorcio por excepción es imprescriptible, sin embargo en los numerales constantes en el artículo anteriormente mencionado, son la excepción.

Cuarta.- Toda acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges.

Como es obvio, si fallece uno de los cónyuges la acción de divorcio se extingue, cabe recalcar que si la acción fuere propuesta y la etapa del juicio fuere la final, no tendría ningún efecto la resolución del Juez. En tal sentido el artículo 127 del Código Civil ecuatoriano hace referencia a este punto.

Quinta.- Toda acción de divorcio se extingue por la reconciliación y desistimiento o abandono de la misma.

El artículo 125 del Código Civil ecuatoriano, dispone que “La acción de divorcio por ruptura de las relaciones conyugales se extinga por la reconciliación de los cónyuges; sin perjuicio de la que pueda deducirse por causa de una nueva separación que reúna las circunstancias determinadas en este Título.” Es indispensable destacar que la reconciliación puede o no ser definitiva, en tal sentido el desistimiento asegura judicialmente la extinción de la acción de divorcio; de igual manera el abandono de la misma, provoca que por falta de impulso procesal en la acción, se declare el abandono de la instancia por el Ministerio de la Ley.

Sexta.- La figura del divorcio brinda dos alternativas: Judicial y Notarial, ambas pertenecen a la rama civil, y ambas deben contener los principios de solemnidad y *publicidad*, para que surta efectos legales correspondientes.

En el Ecuador la acción de divorcio es de carácter judicial, sin embargo, cuando la ruptura del matrimonio es consensuada gozamos de la vía Notarial, para provocar los mismos efectos que los judiciales, pero ello tiene excepciones y ciertos requisitos.

Séptima.- La acción de divorcio es específica y está determinada en la ley.

Octava.- Para los casos que dentro de un vínculo matrimonial exista un cónyuge que le hubiere sobrevenido una incapacidad como la demencia o se volvió sordomudo, y no pueda darse a entender por escrito, el otro cónyuge quien no sufre la incapacidad no podrá divorciarse o disolver el matrimonio, por ser considerado como incapaces absoluto.

Novena.- Cuando el matrimonio se haya celebrado en el Ecuador, no se podrá terminar sino por normativa del territorio.

Para los casos en que uno de los cónyuges tuviere nacionalidad ecuatoriana, el matrimonio no podrá anularse, ni disolverse, sino mediante sentencia por una Jueza o Juez, según los dispone el artículo 129 del Código Civil ecuatoriano, al hablar de la competencia exclusiva de los jueces ecuatorianos; en consonancia con este artículo se debe citar al artículo 92, mismo que dispone: “El matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo lugar, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes ecuatorianas, no habilita a ninguno de los dos cónyuges para casarse en el Ecuador, mientras no se disolviera válidamente el matrimonio en esta República”; y el artículo 93 indica que los matrimonios, celebrados en lugar diferente al territorio nacional, pudieran terminarse o disolverse en el, pero para surtir efectos en el Ecuador, debe estar de conformidad a las leyes ecuatorianas.

El artículo 105 de nuestro Código Civil ecuatoriano textualmente define el alcance del divorcio de la siguiente manera: "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código. De igual manera, no podrá contraer matrimonio, dentro del año siguiente a la fecha en que se ejecutorio la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio; si el fallo

se produjo en rebeldía del demandado. Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectuó con el último cónyuge."³⁶

Al igual que el Matrimonio es una institución Jurídica, el Divorcio también lo es, considerado que conforme a derecho, permite la ruptura del vínculo matrimonial, lo que modifica el Estado Civil de las personas, el régimen de la Sociedad Conyugal y por supuesto la situación de los hijos con respecto a la Tenencia y Patria Potestad.

La sentencia de divorcio acarrea ciertos efectos, con esto se concreta la disolución del matrimonio, además modifica el Estado Civil de las personas, es decir de casados, pasan a ser divorciados, por lo tanto pueden contraer nuevas nupcias, cabe aclarar que no existe normativa que prohíba el matrimonio con el mismo conyuge luego de divorciado. Independiente si realizó o no la disolución de la sociedad conyugal.

Los efectos de la sentencia de divorcio no perturba la buena fe de terceros, refiriéndose a aquellos que hubieren contratado con los cónyuges, a excepción de que haya inscrito en el Registro Civil, ya que se entiende que a partir de ese momento es público y notorio.

La institución del divorcio ha sido motivo de largas discusiones en la historia; partidarios y detractores, han basado en la autonomía de la voluntad y cuestiones de carácter moral, religión, filosofía, sociología, jurídico, de esta última, el contrato matrimonial ha sido objeto de criterios encontrados, en virtud de los avances y evolución de las familias.

Hay que entender que dentro de la institución familiar existen dos funciones claramente básicas para su desarrollo, en tanto y en cuanto, el matrimonio sobrelleva

³⁶ Código Civil. Codificación 10, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de Junio del 2005.

la sociedad conyugal, independiente a la unión que modifica al estado civil de las personas, es por ellos que muchos asocian al contrato matrimonial, como de igual tratamiento que el contrato de sociedad, defendiendo la tesis de la posibilidad de su ruptura con la simple voluntad una de las partes, sin embargo, algunos tratadistas insisten en que debe tener un tratamiento especial, en probidad de mantener la condición de núcleo familiar y la unidad básica de convivencia en las sociedades modernas, ya que en la actualidad el matrimonio no goza de una estabilidad, el Estado debe estar seriamente comprometido con sus particulares, a fin de evitar de cualquier forma la ruptura o separación del matrimonio.

En todas las legislaciones mundiales se regula al matrimonio, de la misma manera ocurre en Latinoamérica, tal es así que se lo define como un contrato especial, los legisladores han fijado una serie de principios para evitar la terminación del vínculo matrimonial, no obstante, la finalidad del Estado es la permanencia de la institución familiar, no por ello, signifique que está a favor o en contra del divorcio, sino que deja que los particulares se desarrollen dentro de un sistema jurídico acorde a la época actual.

Generalmente los divorcios son por la incompatibilidad de llevar una vida conyugal, los defensores de la naturaleza *sui generis* de la institución matrimonial, se contraponen con aquellos que profesan la libertad de pensamiento o modernistas, ellos sostienen que debe existir libertad para romper el vínculo, su fundamento radical lo basan en la unión voluntaria de las partes, a pesar que exista una formalidad contractual, toda decisión unilateral puede modificar el interés en las partes.

A estas teorías se suman otras, los diferentes ordenamientos jurídicos, contemplan circunstancias y requisitos para poder ejercer este derecho, como se conoce cada territorio se sujeta a su normativa local.

La disolución de la sociedad conyugal y la partición de gananciales concurre a la aplicar lo dispuesto en el “artículo 194 del Código Civil ecuatoriano, al mencionar:

1. Por la terminación del matrimonio;
2. Por sentencia que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido;
4. Por sentencia judicial, a pedido de cualquiera de los cónyuges; y,
5. Por la declaración de nulidad del matrimonio.”

Si existe separación parcial de bienes conyugales, no se termina la sociedad conyugal. “En este marco jurídico la separación es definida como una situación de crisis matrimonial que sin disolver el vínculo matrimonial, suspende la vida en común de los cónyuges, produciendo consecuencias tanto en el ámbito de sus relaciones personales como en el de sus relaciones patrimoniales.”³⁷

Con la separación conyugal se rompe la comunicación de la pareja, es así como privadamente los matrimonios resuelven la situación de crisis, en varios casos se percibe la intención exclusiva de uno de los cónyuges, en donde se interpreta a la separación como abandono, en este caso directa o indirectamente acaba teniendo efectos jurídicos, mismos que acarrearán sanciones sociales o típicas, en cuanto a la primeras son de índole moral, mientras que las segundas, plantean sanciones legales, como la finalización del contrato de matrimonio. Se debe mencionar que la causal de abandono contante en el Código Civil ecuatoriano, es una de las más utilizadas para dar por terminado el matrimonio, es decir, obtener por sentencia el divorcio, los hechos consumados permiten el ejercicio para el acto jurídico, siempre que se hallen al margen de la ley.

³⁷ BOCUHE PERIS, Henri, HIDALGO MENA, Francisco, ALVAREZ GONZALEZ, Beatriz, Mediación y Orientación Familiar, la regulación de la Institución Familiar, en el Ordenamiento Jurídico Español, Editorial Dykinson, Madrid 2005, p. 47.

CAPÍTULO II

2. LA MEDIACIÓN COMO PROCEDIMIENTO ALTERNATIVO A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

2.1. HISTORIA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

No se cuenta con material bibliográfico suficiente para establecer en qué momento apareció la Mediación Familiar como instituto jurídico, sin embargo, se toma en cuenta y se valora como medio alternativo de solución de conflictos. Cabe destacar que la Mediación es la herramienta para alcanzar el acuerdo en materia transigibles.

2.1.1. Antecedentes de la Mediación Familiar

Con relación a lo anteriormente mencionado, es preciso aclarar que los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos no se utilizan para aplicar en todos los problemas estructurales de la sociedad, sino solo en aquellos que sean susceptibles de transacción y conciliación; a diferencia de otros legisladores de Latino América, caso puntual la República de Colombia, allí se considero denominar o utilizar que los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos con los términos siguientes: Conciliación, Arbitraje, Unidades de Justicia de Paz; Casas de Justicia; en el Ecuador se determino en la Constitución del año mil novecientos noventa y ocho en el artículo 191 el siguiente texto:

“reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley” en tal sentido, los legisladores ecuatorianos utilizaron el término mediación sentido generales para sus fines; posteriormente en el año dos mil ocho los legisladores de turno, en la Ciudad Eloy Alfaro, Montecristi, Provincia de Manabí, redactaron la Constitución de la Republica del Ecuador en el artículo 190, mismo que recoge casi en los mismos términos de la Constitución de la Republica del Ecuador de 1998.

La Mediación Familiar como tal, no existe en el Ecuador los legisladores hasta el momento no han considerado incluirla, no obstante tras la defensa de los grupos vulnerables en el ámbito social, principalmente existe la Comisaria de la Mujer y La Familia, entidad que se ha encargado de velar por la protección de la mujer y los niños, niñas y adolescentes, hoy en día, en esta dependencia judicial se recepta denuncias de mujeres agredidas o en prevención de tal evento, de alguna manera ha molestado al sexo masculino, dado que las medidas que ocupa pueden provocar aun más confrontación; por ello la Mediación Familiar puede ser un apoyo a la efectividad de la misma.

Hablando en términos jurídicos, se nota un incremento de uniones consensuales, matrimonios, filiaciones, adopciones, reconocimiento de hijos, etc. Así mismo han proliferado las separaciones, divorcios, conflicto por la tenencia de los menores, lo que hace difícil un concepto acertado y acercado a la institución familiar, lo que sí se puede aseverar es que una parte de la estructura familiar continua invariable, como por ejemplo los vínculos afectivos, mismos que son resultado inamovibles a la historia legal.

2.1.2. Cronología de la Mediación familiar

El método Mediación Familiar pretende alcanzar apropiadamente la separación o divorcio, busca de una manera amigable y saludable resolver las situaciones de crisis en el entorno del núcleo familiar, de igual manera superar la convivencia conyugal.

La mediación es considerada también un método formal para resolver conflictos, las referencias más contiguas de la mediación, como técnica para resolver los conflictos la focalizamos en el mundo comercial y empresarial, esta rama necesita soluciones inmediatas para continuar rápidamente con su giro del negocio, las exigencias del mercado no permiten que se retarde con la entrega, distribución o producción del bien o servicio.

La mediación orientada a la resolver disputas, conflictos, éstos, nació en los Estados Unidos de Norte América, en el siglo XX década 60; mientras que en Europa surgió en los años 70, de allí se expandió por los demás países que lo creyeron conveniente aplicar. Los países europeos siempre han tomado decisiones de carácter económico-social en bloque, por ello es que presumiblemente se implanta la Mediación Familiar, a partir de la recomendación de enero del año 1998 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, acerca que la Mediación Familiar sea adoptada, promovida, fortalecida, en todos los Estados miembros. Caso particular fue el de Inglaterra que dio sus primeros pasos en la década de los 70, en un trabajo conjunto entre el sector público y sector privado, empezaron a utilizar este método; así mismo, la mediación fue utilizada exclusivamente en el área de los trabajadores sociales; muy diferente de lo que sucedió en Francia, donde la mediación fue utilizada con el campo de derecho público, y una vez sentido los resultados causados se promovió en el campo privado; en España se aplica la mediación para resolver los conflictos relacionados con el trabajo, justicia juvenil, rupturas temporales del matrimonio, lo que dista mucho de los otros países citados.

Hoy en día la Mediación Familiar se aplica en varios sectores de conflicto, sean estos comerciales, familiares, comunales, laborales, a nivel público y privado, Derecho Internacional y de seguro se ampliaran en otros.

Por historia, tradición y por ley la jurisdicción les corresponde a los jueces, juezas, tribunales, cortes, establecidos; a ellos se les ha entregado la competencia para dar solución de los conflictos, en razón del territorio, materia, grados, personas; para el caso que nos ocupa, los de índole familiar; existe los Juzgados de la Niñez y Adolescencia y las Comisarias de la Mujer; actualmente los gobernantes de los Estados de América Latina,

han fomentado un frente relacionado con la creación de los Centros de Mediación Familiar, Casas de Justicia, etc., lo que significa que las sociedades se encuentran interesadas en difundir el mecanismo, de igual forma nos indica la tendencia latente a desprender el Derecho Civil del Derecho de Familia; en virtud, de los efectos nocivos a causa del juzgamiento de los conflictos internos familiares, que afectan el desenvolvimiento personal y familiar, toda vez, que los integrantes del conflicto continuaran relacionándose y manteniendo de alguna manera contacto por los hijos menores de edad.

Los jueces de la Niñez y Adolescencia, deberán tomar decisiones acertadas en base la normativa legal positiva, a pesar que la sentencia en ocasiones no resuelva el conflicto; tanto en el Derecho Civil como el Derecho de Familia, la excesiva formalidad, inflexibilidad y la acumulación de los procesos en la administración de justicia, limitan la interacción de los jueces y juezas, con los intervinientes, imposibilita conocer los hechos, emociones, intereses de cada uno, afectos o desafectos, todo esto deja de tener relevancia al momento de juzgar, a las autoridades no les interesa cuestiones de carácter personal, solo se sujetan al trámite respectivo, teniendo observancia en los procedimientos, lo que contribuye al desgaste físico, moral, económico de las partes procesales, además de ahondar las discrepancias entre los litigantes.

Frente a esta realidad evidente de crisis familiar, generada por la falta de sociabilidad en la justicia, surgieron los métodos alternativos para la solución de conflictos, uno de ellos se denomina Mediación Familiar, considerada como mecanismo para recobrar la institucionalidad y funcionalidad de la familia, de la misma manera permite que se retome el dialogo; por decirlo de alguna manera esta última palabra “dialogo” se ha convertido en un término de moda en el desarrollo de todo tipo de actividades, especialmente en los problemas familiares, donde las familias se obligan a escuchar las opiniones de sus miembros, por estar ellas ligadas de por vida, ya sea por vínculos de consanguinidad o afinidad. De esta manera se afirma que los conflictos familiares deben ser abordados de una manera amigable y positiva; donde la gestión de resolver el conflicto no sea adversa, con el objetivo de velar por el interés superior del niño, niña o adolescente.

2.2. QUE ES LA MEDIACIÓN FAMILIAR

2.2.1. Concepto de Mediación Familiar

La Mediación Familiar consiste en la utilización de un conjunto de mecanismos técnicos que permitan la resolución alternativa del conflicto, además de alcanzar en forma pacífica acuerdos consensuados sobre diferencias a satisfacción de los participantes.

La Mediación Familiar también puede definirse como el sistema de negociación asistido, por medio del cual, los participantes o individuos involucrados en un conflicto, pretenden resolver un problema proponiendo una lluvia de ideas, para que un tercero imparcial actúe en calidad de mediador y conduzca la sesión, socorriendo a las personas que integren la reunión para que encuentren una solución satisfactoria para ambas partes.

Como se expuso en la definición de Mediación Familiar, es necesario que los participantes busquen dar soluciones a sus problemas, por si solos y para ellos solos; quien haga las veces de mediador, tendrá la capacidad y experiencia para poder desenvolverse y aplicar las más acertadas sugerencias en el conflicto, evitando a toda costa el protagonismo en la sesión.

Refiriéndose a la segunda conceptualización de Mediación Familiar, es necesario fortalecer el criterio, para ello se debe entender que la asistencia de un tercero se refiere a que una persona neutral llamado mediador actúa de facilitador y estimulador en este proceso, cuyo objetivo es alcanzar un acuerdo voluntario y mutuamente satisfactorio entre los integrantes.

Está clarísimo que la Mediación Familiar es una vía pacífica entre dos o más personas que buscan conciliar sus conflictos, con la intervención de una tercera persona no investida de autoridad dentro del problema, quien hace las veces de mediador, que ha de ser imparcial, ecuánime y quien debe también precisar la responsabilidad de cada participante, argumentando cada punto de vista obtenido de los contendientes, facilitando la comprensión entre ellos, haciéndolos más dóciles para los efectos requeridos.

La Mediación Familiar se caracteriza por existir profundos debates, técnica incorporada en la actualidad, para lograr concesos y acuerdos en las diferentes áreas, sin embargo, el termino mediar significa interponerse entre dos personas o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad, lo que aleja en sí, de concepción del término.

Entre los diversos criterios de mediación en términos generales el siguiente “proceso en el cual una persona neutral, que no está involucrada en el conflicto, se reúne con las partes (que pueden ser dos o más) y las ayuda para que puedan manifestar su particular situación y el problema que los afecta”.³⁸

Otra de las definiciones que se encuentra para el caso que nos ocupa: “La mediación familiar es el sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos entre los miembros de una familia, considerada ésta en sentido extenso, que a través de un proceso no jurisdiccional, voluntario, confidencial, facilitado por el mediador, que es un tercero imparcial, neutral, capacitado idóneamente y sin ningún poder de decisión, posibilita la comunicación entre las partes para que traten de plasmar los intereses comunes en un acuerdo viable y estable que resulte satisfactorio para ambas, y atienda, también, a las necesidades del grupo familiar, especialmente las de menores y discapacitados”.³⁹

38 VÉSCOVI ENRIQUE, “La justicia conciliatoria”, en Revista Uruguay de Derecho Procesal. 2003, Pagina 31.

39 GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA, Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el derecho de familia. Editorial: Reus. 2007, Página 46.

En otras palabras la Mediación Familiar es entonces, un sumario que cuenta con un extraño o invitado, persona distinta al dilema denominado tercero imparcial, mismo que contribuirá a tutelar y desarrollar una reciprocidad de beneficios entre los participantes en discusión, quienes, aún cuando no alcancen finalmente a un acuerdo o potenciales soluciones frente al facilitador equitativo.

“La pauta para la mediación está dada por el objeto a mediar y por las partes”⁴⁰, en los casos de Mediación Familiar, es el mecanismo para dimitir los conflictos familiares, el tercero que actúa de mediador es el encargado de llevar la negociación y despejar la crisis elocuente entre los participantes.

La Mediación Familiar por excelencia es un proceso no jurisdiccional, de sometimiento de problemas entre los miembros de un mismo tronco, en este sentido, las parejas sustentan un acuerdo viable y equilibrado que responde a intereses comunes, además busca las necesidades de los participantes y las del núcleo, especialmente la de los niños, niñas y adolescentes, manteniendo siempre la reserva por parte del mediador.

La Mediación Familiar desde cualquier punto de vista resulta procedimiento legítimamente aplicable para los líos familiares e interpersonales, ya que presupone soluciones consensuadas, propias y con la participación e intervención de las personas, aparte de las características ya mencionadas, también examina todas las soluciones de conflictos, al igual de acomodar sus exigencias a medida de sus posibilidades; para efectos de terminología legal, la resolución o resultado final de mediación tiene fuerza vinculante, por el mismo hecho que es más fácil armonizar emociones que derechos jurídicos, en tanto que, estos últimos no pueden ser modificados sin consenso de la legislatura.

⁴⁰ GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO, “La mediación: Una nueva metodología para la resolución de controversias”. Ponencia presentada al I Congreso Internacional de Derecho Procesal. La Habana-Cuba. 2007, Página 78.

Los problemas familiares se presentan en todo lugar donde existe una familia, estos son cotidianos en todas las sociedades, por la sensibilidad y la importancia de los mismos internacionalmente se están gestando foros para realizar cuerpos jurídicos que pueden proponer la introducción de la Mediación Familiar en los Estados, en sus marcos jurídicos o legislación; a fin de dar prioridad a los mismos y solo recurrir a los métodos ordinarios de justicia cuando estrictamente sea necesario.

Es importante destacar en este punto, que todos los procesos de mediación se fundamentan en los principios básicos de voluntad, igualdad de las partes, imparcialidad, flexibilidad del proceso, confidencialidad, buena fe. Todos los procesos de mediación son personalísimos, no pueden ser delegados a ninguna persona, por encontrarse en observancia del interés superior del niño, niña o adolescente, conjuntamente como la familia misma.

2.2.2. Fases de la Mediación Familiar.

La Mediación Familiar tiene tres fases perfectamente diferenciadas:

1. El punto de partida de la Mediación Familiar es identificar los temas del conflicto, en este caso el mediador especifica el proceso y revela los límites a desarrollarse en cada sesión, bosqueja sobre el problema, brinda la iniciativa generando confianza, da simples pautas de éxito, para coadyuvar lo negativo.
2. El paso siguiente, le corresponde al mediador con sus habilidades mediadoras, descubrir los intereses y las necesidades de los participantes y la posición que tiene cada uno, pretendiendo motivar un criterio verdadero de los deseos de los participantes, con ello conoce la parte medular del conflicto, para resolver el caso en concreto.

3. Finalmente concluidos los dos pasos anteriores, debe evaluarse las opciones propuestas por los participantes, verificar cuales de ellas permiten llegar a consensuar. De ser positiva la actitud de los participantes, aceptar y de no serlo negarlo.

2.2.3. Rol del mediador

Mediador puede ser un hombre o mujer indistintamente, esta tercera persona, distinta a las partes del conflicto, debe conocer a fondo la situación controvertida entre los participantes, cuyas características y cualidades, puedan permitir la formulación de acuerdos y cumplir los fines de su presencia.

El mediador debe ser poseedor de características fundamentales, como por ejemplo: ser honesto, inteligente, paciente, neutral, sensible y respetuoso, tener sentido del humor, imaginativo positivo; he allí algunas pautas para que un individuo tenga el perfil de mediador exitoso, aparte de todo este perfil, se considera como buen mediador a aquella persona que causa resultados positivos, además de tener una altísima espiritualidad con su trabajo y sensibilidad con sus prójimos.

Particularidades principales que debe perseguir el mediador:

1. Presentarse ante las partes como un individuo de alta calidad humana y profesional.
2. Escuchar con atención a los participantes, siempre procurando buscar que la reunión tenga un horizonte y que ellos se desenvuelvan con cordialidad y respeto, el lenguaje debe ser el apropiado para tan seria situación.
3. El mediador debe ser un curioso investigador, que busque el meollo del conflicto o problema específico, para lo cual debe reconocer, ahondar y estudiar el caso, para ello, revisara la legislación que corresponde en el caso que le ocupe, para así poder

entender desde el punto de vista jurídico la problemática. Con una idea clara de la situación, es posible que el mediador pueda diagnosticar el origen del conflicto, de igual manera identificar las posiciones que tengan los participantes.

4. El mediador debe ser ante todo paciente, esta característica usualmente es nata, pero algunas personas la han desarrollado a medida paso del tiempo y la experiencia, no debe existir apuro o urgencia alguna para resolver el conflicto, la prudencia es otra característica fundamental para no deteriorar los avances, mas aun cuando la reunión puede encontrarse en un punto donde las partes empiezan a asumir sus errores y a proponer sus propias determinaciones, y el ánimo de compromiso con ella misma y los demás.
5. Solamente generando la confianza necesaria, se logra que los participantes permitan orientación, para ello el mediador argumentara con razonamientos lógicos y legales varias brechas de solución para lograr un idóneo resultado.
6. Ser objetivo ante la situación, es decir tener una postura imparcial, demostrar capacidad para manejar el escenario sin favorecer ni a uno u otro, de no hacerlo generaría duda entre los participantes.
7. El mediador debe tener total transparencia en las reuniones, esto demostrara a los participantes la seriedad, pulcritud, responsabilidad y honestidad con la que se lleva a cabo el proceso; esto pone al descubierto cierta autoridad moral para la toma de decisiones entre los participantes.
8. Es indispensable que el mediador mantenga equilibrada la discusión, suavizando posturas; especialmente protegiendo a la parte débil en caso de existirla, impidiendo de esta forma que la arrogancia o prepotencia del otro participante intimide en la decisión del opuesto.
9. El mediador deber desarrollar su creatividad, proporcionándoles a los participantes una serie de alternativas, para que ellos seleccionen la mejor, acorde a sus intereses particulares.

10. El mediador debe tener mucho tino para manejar adecuadamente el tema, a si mismo analizara los argumentos propuestos por ellos, buscando la esencia de los mismos.
11. Emplear un lenguaje adecuado, debe combinar el lenguaje corporal con el verbal a fin de captar la atención; y, que la comunicación sea eficiente, con ello el mediador lograra persuadir y convencer a los participantes a que tomen la mejor decisión.
12. Los argumentos del mediador deberán ser abundantes, al igual que los razonamientos que sustenten la hipótesis, de tal manera que sean idóneos y puntuales, pues mientras mas profundos y ricos sean las manifestaciones, será más probable de convencer a la otra parte.
13. El mediador debe ser un experto, es decir, que mismo cuente con la suficiente experiencia en estos asuntos, por ende con los conflictos interpersonales, es importante también que tenga conocimientos en psicología y comportamiento humano.
14. El mediador debe estar inspirado de autoridad y de credibilidad, para ello es menester que el mismo tenga conocimientos sobre el marco jurídico que regula los procesos de mediación y las técnicas de conducción de conflictos.

En el rol que debe cumplir el mediador es fundamental, pues sobre el recae la responsabilidad de buscar una solución pacifica que responda a los derechos e intereses de los participantes, pero sobre todo, sobre él pesa el velar por el interés superior del niño, niña o adolescente, estimulando a los padres para que ejerzan una verdadera patria potestad sobre sus hijos.

Otra punto importante que deberá considerarse, es que el mediador asume un papel activo en la negociación, por lo tanto, sus conocimientos se enfocaran en ser imparcial y neutral ante el problema en resolución, en ciertos casos puntuales cuando el menor sea adolescente, es preciso que su opinión prime ante cualquier divergencia, puesto que la identidad y personalidad del menor esta en desarrollo, lo que implica que el menor se

encuentra en proceso de formación integridad, con lo cual a futuro suplirá sus necesidades, carencias, inquietudes a su verdadero interés y beneficio.

En definitiva el rol de los mediadores es auxiliar a los participantes en la búsqueda de acuerdos, labrar el camino de la comunicación en el proceso, saltar obstáculos, compartir intereses, buscar otros recursos y por ultimo canalizar las opciones para llegar acuerdos.

Como se puede apreciar en líneas anteriores, para ser un buen mediador se necesita varios años de experiencia, no es suficiente tener una inspiración conciliadora, está clarísimo que llevar procesos de mediación no es disciplina fácil, como aparenta serla o como muchas personas la pueden catalogar, aquellas personas que de alguna manera han tenido algún acercamiento con la experiencia de mediar y la construcción de acuerdos, concluyen que quien funge de mediador lo hace por: ser innato, espontaneo, por tener sentido común y por sus buenas intenciones con la sociedad. No obstante, es importante que quienes de alguna manera hemos seguido un lineamiento de justicia y legalidad o profesiones ligadas a la asistencia social como por ejemplo abogados, psicólogos, sociólogos, mediadores, etc., estemos consientes que es indispensable que la problemática social se resuelva a plenitud, con originalidad, dignidad y autonomía.

2.3. LA MEDIACIÓN FAMILIAR DESDE EL PUNTO DE VISTA INTERNACIONAL

La Mediación se destaca por haber sido acogida por diferentes países, de los cuales varios de ellos han iniciado este método básicamente por los conflictos laborales y familiares. He aquí varios ejemplos de mediación en países como: Argentina, Chile, México, Estados Unidos, Canadá, España, Alemania, Austria, Bélgica, Gran Bretaña; Italia, y por supuesto en el Ecuador; cabe aclarar que en varios de los países citados tienen leyes especiales para

su tratamiento, sobre todo en lo que respecta a Mediación Familiar; al contrario de lo que sucede en otros casos en los cuales no se ha regulado específicamente, sino que se hacen remisiones a determinadas normas de procedimiento civil.

El presente análisis de derecho comparado permite ilustrar la gama de criterios en cuanto a la Mediación en los distintos países. Algunos juristas reconocen que la Mediación Familiar debe tener normativa propia, abarcando únicamente conflictos de esta índole, donde el horizonte principal sea el que se persigue por el facilitador o mediador, quien procura acuerdos entorno a los intereses familiares y el interés superior de los niños, niña y adolescente, la defensa de los integrantes de la familia en perjuicio, fundamentalmente en el planteamiento de normativa de última generación, en la que se manifiesta la voluntad expresa de diferentes países que ofrecen un superior resguardo integral de los entes familiares.

Desde un punto de vista genérico, las temáticas que podrán suscitarse en la Mediación Familiar, recalcando alguna de ellas, en conflictos provenientes de la búsqueda del ejercicio de la patria potestad, la tenencia, el hospedaje, el amparo y la protección integral, principalmente las que tienen que ver con la guarda y cuidado, el régimen alimenticio, régimen de visitas o comunicación, además de los provenientes del ejercicio de derechos y libertades que tienen los integrantes de la familia, comprendidos en el esquema propio del desarrollo integral en un entorno a fin de sus requerimientos.

Un componente substancial es que no existe uniformidad de criterios en Mediación Familiar, puesto que en ejercicio del principio de Autonomía de la Voluntad, la Mediación Familiar queda habilitada por ley cuando expresamente manifiesta que es un método alternativo para resolver conflictos, no obstante, de no cumplir con este principio, no se podría llevar a cabo la negociación, menos aun hacer gala de que el proceso es independiente, legítimo y voluntario.

La percepción internacional de Mediación Familiar, permite obrar con la realidad de los hechos, la sensatez de los mismos, y humanidad solicitada por los convenios y normas internacionales. Los procedimientos internacionales permiten que las partes que tuvieran algún conflicto o disputa y que esta no pudieran ser resuelta dentro del territorio al que pertenecen, puedan acudir ante los organismos internacionales para solicitar la asistencia; al igual que ocurre en los procesos internos, la demanda o petición queda a exanimación de las autoridades competentes, de ello depende dar paso a la ventilación del proceso, así mismo queda a su total discreción el negarla.

Para la comunidad internacional este método es muy independiente al procedimiento de Administración de Justicia local, ya que surge como una alternativa especial, intenta apoyar al sistema judicial, tiene la tarea de administrar una justicia humana en los individuos y sobre todo satisfacer a las partes.

2.4. LA MEDIACIÓN EN EL ECUADOR

2.4.1. Realidad social del Ecuador

La actual política del Estado está haciendo una enérgica labor por reestructurar todo el aparato Administrador de Justicia; hacia el año 1990 por diversos actores, de distintos países y organismos internacionales, se impulsó en América Latina, la mediación; sin embargo recién el año 1997 se promulgó en un cuerpo legal y se lo hizo constar en un sexto documento, anexo al Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, un año más tarde en el año 2008 se aprueba en Riobamba 5 de junio, la Constitución de la República del Ecuador, donde se legitima los métodos alternativos de solución de conflictos, así es como la ley especial de Arbitraje y Mediación se pone en vigencia.

El Ecuador es un país en “el cual, carecen políticas económicas y sociales, equitativas y redistributivas, junto a la existencia de un modelo centralizado de gestión caracterizado por la falta de eficiencia y transparencia, ha llevado a que se perpetúe las desigualdades y se ensanchen las diferencias étnicas, geográficas, sociales y culturales”⁴¹

Por lo que es menester citar cifras no muy alentadoras de la población ecuatoriana, de lo cual se desprende lo siguiente: “En un 22.9% del sector urbano, el 35.9% del sector urbano rural y el 59.72 del sector rural, viven en pobreza; y, 7.57% en sector urbano, el 15.69% en el sector urbano rural y el 31.73 en el sector rural, viven en extrema pobreza, disponen de menos de un dólar diario como sustento; el desempleo alcanza el 11,1% y el subempleo se encuentra en el 45,5%. La migración es otro de los fenómenos que debe enfrentar la familia ecuatoriana,”⁴². Es importante citar estas cifras en virtud, que están reflejan la realidad social del Ecuador y la cual adolece las familias ecuatorianas y de las cuales no se puede dejar de lado, por ser la principal cuestión que afecta a niñas, niñas y adolescentes, que se ven limitados gravemente en su desarrollo personal y las oportunidades del porvenir.

2.4.2. Desarrollo de la Mediación Familiar

El Estado ecuatoriano es netamente constitucional, por ello los administradores de justicia son exclusivamente garantistas de derechos, lo mismo ocurre en otros países de Latino América donde “en un marco de justicia e igualdad, el acceso a la justicia, por tanto, es un derecho humano en todo sistema democrático cuyo objeto es garantizar el ejercicio de los derechos por igual; cuando estos derechos son violados, el acceso a la justicia constituye la vía para reclamar su cumplimiento ante los tribunales”.⁴³

41 DÁVILA GLORIA Y OLAZÁVAL HUGO, De la Mediación a la Movilización Social, I Edición. Editorial Abya Yala, Ecuador, 2006, Página 33.

42 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS, Medidas de pobreza y extrema pobreza, 2008.

43 BIRGIN, HAYDÉE, KOHEEN, BEATRÍZ, Acceso a la justicia como garantía de igualdad., I Edición, Editorial Biblos, Argentina, 2006, Página 58.

Nuestra legislación dispone que el acceso a la justicia sea universal y compromete a todos los organismos que conforman el Estado para que administrativa y judicialmente se comprometan con las personas a que puedan ejercer la titularidad de sus derechos, independientemente de lo expresado la administración de justicia le corresponde al poder Judicial quien debe contar con todos los recursos para garantizar la imparcialidad en los conflictos a fin de que implique una privación de la justicia en los ciudadanos.

Otro punto que es menester destacar es el acceso a la justicia, pues no se limita a los casos estrictamente judiciales, si no que comprende todas las políticas de la administración de justicia, por ello es que Ministerios como el de Justicia, Defensoría del Pueblo, Centros de Mediación y Arbitraje, intervienen en las organización social a fin de promover la una justicia equitativa.

En la actualidad existe una gran cantidad de organismos públicos y privados dedicados a promocionar el acceso a la solución de sus conflictos, en otros términos, a llegar a tener justicia, de ahí el apareamiento de la asistencia gratuita en el ámbito del derecho, para aquellas personas que no pueden costear los honorarios de un abogado; ya que, las personas que no tienen los recursos económicos son las más proclives a ser usuarios del aparato judicial, y a estar con contacto e identificados con la ley.

La Mediación Familiar no es la medicina para curar la enfermedad social, pero si coopera a mejorar los problemas interno - familiares, especialmente aquellos problemas que nacen por la falta de recursos económicos dentro del núcleo; tampoco su aporte es de carácter pecuniario, pero sí de carácter motivador y reorganizador, hace que las partes reflexionen en sus acciones y actitudes; la institución familiar es quien debe afrontar su propia solución; con la Mediación Familiar se busca la estabilidad de sus miembros, y puede servir de ejemplo para que otras familias que tengan problemas semejantes, tengan una alternativa solida.

La Mediación Familiar propone un proceso inverso al sistema tradicional de justicia, la diferencia radica en que los participantes interactúan durante todo el proceso hasta su culminación; mientras que, en el sistema judicial se le entrega como mandato y autorización a un profesional del derecho, mismo que encarga de impulsar la causa, pero a su vez absorbe las inquietudes de su cliente, que usualmente tiene un criterio errado de la justicia, manifestando que la misma es lenta, desgastante, corrupta e ineficaz, y no es saludable para quienes quieren solucionar sus conflictos de manera rápida; en la actualidad la gran parte de la población que han constituido una familia, buscan estrategias negociadoras.

En cuanto a materia de niñez y adolescencia nuestra legislación a tenido un gran avance en lo relativo a la celeridad de los procesos, sin embargo, se siguen acumulando las causas, que de cierta forma es un retroceso a la justicia, toda vez que en muchos de los casos se pudiese resolver sin la intervención de una autoridad judicial; esto ocurre por la falta de información en los particulares.

Es preciso también destacar que en el Ecuador la administración de la justicia le corresponde a la Función Judicial, misma que tiene el poder y facultad de administrar justicia, a través de los jueces o juezas investidos de poder y autoridad pública, esto en lo tocante a la parte teórica, puesto que en la práctica, los cargos públicos a jueces o juezas no han sido por merito a sus conocimientos, sino a la intromisión de la politiquería en esta Función, ya que muchos funcionarios que ocupan estas dignidades son coyunturales, familiares, amistades de altos funcionarios del gobierno de turno, esta mala práctica se ha venido repitiendo a lo largo de nuestra historia, por ello es que se ha visto minimizada, mermada e interrumpida en su real importancia, la majestad de su señoría, fines dignos y sublimes de la Función Judicial.

2.5. LA MEDIACIÓN, FRENTE A LA JUSTICIA ORDINARIA

2.5.1. Sistema jurídico

A lo largo de la historia, el derecho se lo ha relacionado como el conjunto de normas que regulan la convención social y los hechos que pudieren suscitarse con la naturaleza variable de los seres humanos, ha sido una disciplina y un instrumento para el desarrollo progresivo de las sociedades; particularmente el derecho cumple dos roles, el primero ser interpretativo y conservador “estatus quo”; y, segundo de carácter normativo, revisor y reformativo, por ello es que las normas se dividen en normas sustantivas y normas procesales, con las diversas subdivisiones como primarias y secundarias, que no hacen otra cosa que adaptarse a las necesidades de la constante evolución que provienen del comportamiento mismo de las personas.

Los sistemas jurídicos se encuentran compuestos de:

- a) Las normas, reglas o pautas.
- b) Los mecanismos con los cuales se debe utilizar, aplicar e interpretar el alcance de dichas normas.
- c) Los organismos estatales responsables de cumplir y hacer cumplir las normas en vigencia.

“Este sistema jurídico debe propender a instaurar un proceso democrático como medio de desarrollo, que no sólo abarca aspectos económicos sino que se extiende a la vida social, político y cultural; ahí que, la noción de desarrollo sin democracia aparece como parcial e incompleta; y, sin justicia la democracia y el desarrollo se vacían de contenido final y sin justicia en la realización del hombre.”⁴⁴

⁴⁴ ALEGRIA, Héctor, La Justicia Frente a la Nueva Orientación del Desarrollo, seminario justicia y desarrollo en América latina y el Caribe, San José de Costa Rica, 4 a 6 de febrero de 1993, Página.153-170.

En nuestra legislación, la Constitución de la Republica es el pilar de la seguridad jurídica, es la norma máxima existente dentro de nuestro marco legal, El Art. 82, habla del tema haciendo hincapié en que para que exista legalidad en la norma jurídica esta debe ser: “previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

Por tal motivo, todo ciudadano o individuo que se encuentre en territorio nacional tiene el derecho de libremente tener acceso equitativo a la justicia, quien crea que el Estado o un particular a vulnerado a uno de sus derechos puede recurrir a la autoridad competente y proponer la acción que le corresponda a fin de hacer legítimos sus derechos y garantías constitucionales, en la actualidad la Constitución faculta al particular a comparecer por sus propios y personales derechos, sin embargo este deberá utilizar los términos adecuados y la formalidad necesaria para ser atendido. A lo largo de la historia del Ecuador se ha relacionado mucho a la justicia con los abogados, ya que estos se encuentran facultados por la ley para comparecer ante los jueces y tribunales de justicia, esto tiene su asidero en la preparación técnica en la materia, puesto que para logran los efectos requerido no solo se necesita conocer la ley, sino también saber cómo aplicarla.

2.5.2. La Mediación Familiar y la Administración de Justicia

Nuestra legislación obliga a todos sus habitantes a conocer la ley, incluso a los extranjeros; la ignorancia de la ley no excusa persona alguna; tanto las personas con bajos recursos económicos, como aquellas que tienen ingresos económicos considerables, son usuarias de la administración de justicia, la ley regula toda actividad económica y relación interpersonal.

La Administración de Justicia, puede entenderse desde varias connotaciones, ya sea por las diferentes situaciones económicas y sociales que se los mire, uno de ellos es la creencia que el sistema judicial atiende con eficiencia a los reclamantes que de alguna manera tienen el dinero, sean estos actores – demandado; ofendido- denunciado; existe otra falsa

creencia acerca de altos costos económicos; en realidad los obstáculos son de otra índole, cultural y social, tales como: la forma de expresión, el atuendo, color de piel, los modales y actitudes de la gente ante la ley, que de cierto modo se conviertan en barreras o retrasos culturales, que a lo largo de los años han tomado fuerza y siguen marcado en nuestra sociedad.

El tener un libre e irrestricto acceso a la justicia no es un privilegio, sino más bien un derecho proporcionado por el Estado, todas las personas nos debemos a una realidad social, la cual se enmarca dentro de un sistema jurídico, mismo que permite que la población en general resuelva convencionalmente sus conflictos o a su vez aplique estrategias de solución de sus conflictos; en ambos casos es necesario que las pretensiones se las reduzcan a escrito, para mayor facilidad de las partes intervinientes en la aplicación de la Administración de Justicia.

“La noción de acceso a la justicia, condensa un conjunto de instituciones, principios procesales y garantías jurídicas, así como también de directrices político-sociales, en cuya virtud el Estado debe ofrecer y realizar la tutela jurisdiccional de los derechos de los justiciables, en las mejores condiciones posibles de acceso económico e inteligibilidad cultural, de modo tal que dicha tutela no resulta retórica, sino práctica.”⁴⁵

2.5.3. Resolución alternativa de conflictos

Para referirse a la “resolución alternativa de conflictos”, es requisito buscar y ampliar la noción acerca de justicia, partiendo desde el concepto mismo, la doctrina dice que justicia que consiste en “dar a cada uno lo que le corresponde”; mientras que por otro sentido se presume que justicia tiene el alcance de valor, anhelo de equidad, político-social e individual; otra de las definiciones nos menciona que es el medio típico para actuar o

⁴⁵ BIELSA, Rafael A., El concepto de Reforma Orgánica del Servicio de Justicia, cuadernos de fundejus, 1993.

defenderse y dejar que el poder judicial resuelva sobre la verdad de un hecho o la existencia de un derecho.

“Es necesario encarar que la alternativa de solución de conflictos debe ser una política en la administración de justicia, por ello, el Estado moderno ha incorporado estos mecanismos; esta resolución alternativa de conflictos llamada mediación, conciliación, arbitraje o negociación, es el conjunto de procedimientos que permiten resolver un conflicto sin recurrir a la fuerza y sin que lo resuelva un juez; o, es un movimiento que tiende a la institucionalización de mecanismos conducentes a la resolución de conflictos jurídicos que por otras vías que no son la tradicional decisión del juez.”⁴⁶

En sentido general, los métodos de resolución alternativa de conflictos son varios, pero la finalidad es la misma, una palabra que enmarca el contexto mismo de ello es la negociación, puesto que todo proceso que ceden posturas y llegan a crear acuerdos formales o informales, no estructurados, aceptables para ambas partes, donde interviene o no un tercero, así mismo las partes pueden o no estar acompañadas o designar un abogado patrocinador, son de índole consensual. El espíritu de poner fin al conflicto es el mismo, aunque los mecanismos sean diferentes, es decir que las partes se permiten lograr un alto nivel de satisfacción por los resultados.

Nuestro Código de Procedimiento Civil, tiene incorporada normativa acerca de la conciliación en los juicios de materia civil, facultad que tiene Juez o Jueza, en un momento procesal específico para tener con las partes una audiencia de conciliación o una Junta de Conciliación, según sea el caso, a fin de intentar un acercamiento entre ellas; a pesar que este método también puede ser ejercido por una autoridad administrativa o un tercero neutral, la sociedad no lo utiliza.

⁴⁶ ALVAREZ, Gladys, HIGHTON, Elena, JASSAN, Elías, Mediación y Justicia, ediciones de palma, Buenos Aires-Argentina, 1996, Página 33.

2.5.4. La Mediación Familiar en el Proceso Judicial

Como se ha mencionado anteriormente la Mediación Familiar es un proceso no litigioso, por lo tanto de ninguna manera entorpece a un proceso judicial, sino que más bien facilita la negociación entre las partes. La mediación Familiar puede ser propuesta por cuerda separada o en el mismo proceso legal, ya que su naturaleza lo permite, por no ser vinculante con el conflicto, otra de las virtudes de la Mediación Familiar es que esta es flexible más allá de las cuestiones jurídicas que esto implique.

Las partes en conflicto, en uso de sus derechos pueden tomar la decisión formal de abandonar el proceso judicial y sustituirlo por esta alternativa de solución de conflictos, nuestro marco jurídico se destaca por ser dispositivo, que para efectos legales significa que las partes son dueñas del impulso de sus causas, generando que el Estado sea tan solo un garante del fiel cumplimiento de los procedimientos, siempre y cuando los interesados cumplan con su rol de usuarios, es decir, que se ciñan a los procedimientos de forma oportuna y conforme lo dispone la misma ley.

2.6. LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO UN DERECHO DE JUSTICIA SOCIAL

2.6.1. Justicia Social

La “Justicia social” es un término que empezó a utilizarse a mediados del *siglo XIX*, su nacimiento se produjo por la desigualdad social que existía en la época, razón por la cual en busca de la moderación de la sociedad y de la protección de los considerados débiles o

menos favorecidos en cuestión de derechos humanos, económicos, sociales y jurídicos, de los que ningún individuo en el planeta pueden ser privado.

“La idea de justicia social está orientada a la creación de las condiciones necesarias para que se desarrolle una sociedad relativamente igualitaria en términos económicos. Comprende el conjunto de decisiones, normas y principios considerados razonables para garantizar condiciones de trabajo y de vida decentes para toda la población. Involucra también la concepción de un Estado activo, removiendo los obstáculos que impiden el desarrollo de relaciones en igualdad de condiciones.”⁴⁷

La “justicia social” puede ser entendida en diferentes formas, una de ellas por ejemplo la regulación donde se encuentra implícitas normas y principios, sean estos razonables para la organización de la humanidad, persiguiendo fines colectivos y no particulares, que defiendan las relaciones sociales aceptables para todo individuo, de tal manera que se estandaricen en los Estados.

Como es lógico estos principios deben ser naturalmente aceptados y ejercidos por los habitantes de un Estado, partiendo de la premisa que el marco jurídico interno ejerce efectivamente sobre principios de equidad, solidaridad e igualdad, logrando equitativamente la distribución de la riqueza que hace que se mejore la calidad de vida en todos los habitantes, para que puedan vivir en el tan anhelado buen vivir.

Los fines requeridos únicamente se pueden percibir cuando las normas locales y universales se ponen en efectivo ejercicio, es decir, cuando la población recibe una protección jurídica global, mas aun cuando han sido premisas que inciden directamente en el desarrollo de las sociedades; por ello la incorporación de la Mediación Familiar es directamente notorio e indispensable para la vida de los seres humanos, en vista que los

⁴⁷ http://es.wikipedia.org/wiki/Justicia_social.

sectores más vulnerables en la rama de las personas civilmente hablando son las beneficiadas.

Con la Mediación Familiar se puede acercar a una justicia social verdadera, además, de descongestionar los abarrotados juzgados, donde la economía procesal parece no existir, por la dilación de los mismos; todos los conflictos familiares ameritan una protección y tutela especial.

En nuestra sociedad es común observar como hombres y mujeres utilizan a los niños, niñas o adolescentes de armas y escudos al momento mismo de tener un enfrentamiento judicial, influyendo directamente para manipular sus propios intereses, lo que no ocurre cuando se lleva a efecto un proceso de Mediación Familiar por mermar los desgastes físicos y emocionales, logrando por medio de la razón y las circunstancias establecer con proporcionalidad las soluciones de los conflictos entre los intervinientes.

La actual política en el territorio nacional apunta a que Ecuador utilice los medios alternativos para la resolución de los conflictos; quizás no lo denomina como en el presente documento “Mediación Familiar”, pero en todo caso sigue los lineamientos de la mediación en el contexto general, sin embargo, este país aun no cuenta con los suficientes entes de mediación para que los ciudadanos y las familias puedan hacer efectivo su derechos en aras de una “Justicia Social”.

2.6.2. La Mediación Familiar y la Declaración Universal de los Derechos Humanos

El Ecuador y otros países de Latino América son actuales suscriptores de la Declaración de los Derechos Humanos y miembro de las Naciones Unidas con fecha 10 (diez) de

diciembre de 1948, aprobaron un texto que abarco las declaración y principios, el mencionado instrumento internacional se denomino para lo venidero “Declaración Universal de los Derechos Humanos” este documento pretende normar las relaciones de convivencia de las personas y la colectividad en general. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, contiene 30 artículos que engloban las siguientes arias: social, política, económica y cultural del natural desarrollo humano, caracterizando de manera especial los derechos individuales que tienen las personas.

Desde entonces la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es un patrón sólido, sobre la cual la Organización de las Naciones Unidas, está desplegando y puliendo otros tantos textos con enfoques específicos, como por ejemplo la tan conocida “Declaración de los Derechos de la Mujer”; entre otros la del niño, las condenas a la tortura, al racismo, y un sin número más.

Es menester precisar a lo que refiere sobre la familia, por lo que es preciso hacer la cita del Art. 16 de este Instrumento, mismo que dispone:

1. “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental en la sociedad, por lo tanto tiene que proteger todas las sociedades y el Estado”.

La protección jurídica de la familia se encuentra regulada por cada legislación, sobre todo cuando los conflictos de cualquier índole inciden en la familia, y necesitan solución,

donde precisamente intervienen los mecanismos de mediación, como alternativa para el mejoramiento social y familiar.

2.6.3. La Mediación Familiar en la Convención de los Derechos del Niño

En consonancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aparece la “Convención de los Derechos del Niño” este, es el primer instrumento internacional en donde se inserta una variedad de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, derechos que son vinculantes con los Derechos Humanos.

En el año 1989, los jefes de Estado que dirigían el mundo, decidieron que los niños, niñas y adolescentes debían ser tratados con exclusividad, por ello es que decidieron hacer una convención individual destinada únicamente al tratamiento de los menores de 18 años como base máxima; a ellos se los trata con diferencia y protección, que los mayores de esta edad ya no lo necesitan, sin embargo, los mandatarios de la época quisieron asegurarse que los Estados miembros trataran independiente a los derechos humanos que tienen todos los hombres.

La Convención redactó 54 (cincuenta y cuatro) artículos y dos Protocolos Facultativos. Allí se definió todos los derechos básicos de la humanidad y que hoy gozan los niños y niñas de casi todo el planeta tierra, por citar varios de ellos están: Derechos al desarrollo pleno; derecho a no ser maltratados; derecho a no ser explotados laboralmente; derecho a la participación de la vida familiar; social y cultural de su entorno; derecho a la ser protegidos de las influencias peligrosas; entre otros derechos importantes para el desenvolviendo de la familia.

Es preciso destacar cuatro de los principios básicos de la “Convención de los Derechos del Niño” y son:

1. La dedicación al interés superior del niño.
2. La no discriminación.
3. El derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y,
4. El respeto por los puntos de vista del niño.

En resumen, la “Convención de los Derechos del Niño” matiza derechos inherentes a la dignidad humana y el derecho superior de todos los niños y niñas; además, de dar pautas a la protección en materias como: Salud, educación, vivienda, alimentación, prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales, entre otros; cuestiones que permiten la armonía en su entorno, haciendo que su vivir sea mas agradable para su desarrollo.

Cuando los gobiernos aceptan los deberes de la “Convención de los Derechos del Niño” la hacen con pleno conocimiento de causa y por estar envueltos al interés de su Estado; internacionalmente la aceptación de los convenios tienen un tiempo de duración, por ello, es que cuando el plazo se cumple, el dirigente del Estado deben ratificar su voluntad de permanecer como suscriptor, a su vez adherirse a su fiel cumplimiento. El Ecuador se ha caracterizado por encontrarse identificado y comprometido con los derechos del infante, por lo tanto, ha aceptado la responsabilidad con la comunidad internacional de ser parte de el, llevando a cabo todas las medidas y políticas necesarias para la dar el lugar que le corresponde dentro de la legislación.

Cimentado en la “Convención de los Derechos del Niño” y la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”; además de sugestionado en que la base de las sociedades es la familia; y, que si ella se desarrolla en un ambiente sano, equilibrado y de pleno uso de derechos para todos sus miembros, se puede asumir un rol social con la comunidad entera, los principios y fundamentos de la Mediación Familiar, recogidos positivamente y compilarlos como materia especial, pueden ser aplicados por los Estados participantes y beneficiarse de este avance.

2.6.4. La Mediación Familiar y la Constitución de la Republica del Ecuador De La República.

Nuestro Marco Jurídico institucional es netamente constitucionalista, es decir que el texto: Constitución de la República del Ecuador, se halla por encima de cualquier instrumento legal interno; esto en la doctrina es conocido como la supremacía de las leyes; nuestra constitución dispone en su “Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.”; en otras palabras nos indica que el Estado reconoce a la familia en sus diversos tipos, es garante de toda condición que favorezca al ejercicio de los derechos a fin de que integralmente cumpla sus fines.

Otro de los artículos de la Constitución de la Republica que consonantemente es imprescindible citar, por lo tocante al tema tratado es el “Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir...”. Este precepto legal, es la puerta para que en materia civil todo lo referente a la familia sea susceptible de mediar, en lo tocante únicamente a los problemas interno - familiares; por ejemplo: en los casos de conflictos familiares cuando sus integrantes tuvieren conflictos respecto a maternidad, paternidad, alimentos, tenencia, régimen de visitas, educación, crianza, desarrollo integral, protección de derechos, entre otros intereses superiores que tiene el menor al respecto de garantías constitucionales, debe ser tratado con la seriedad del caso, ya que de ello proviene la posibilidad de disfrutar de una convivencia familiar y comunitaria.

Esta premisa legal faculta a las parejas o ex parejas en ejercicio de sus deberes y derechos a mantener una relación armoniosa con sus tutelados, da apertura a solucionar amigablemente las diferencias entre ellas y no se torna contraproducente con las

alternativas de una justicia ordinaria, sino más bien, un acierto jurídico para concluir con las divergencias.

2.6.5. La Mediación Familiar y el Código de la Niñez y Adolescencia

El Congreso Nacional en uso de sus facultades constitucionales y legales, expide el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, emitido mediante Ley Nro. 100, publicada en el Registro Oficial Nro. 737, de fecha 3 de enero del 2003, cuya última reforma es de fecha 28 de julio 2009. Esta herramienta legal tiene como objetivo normar las relaciones sociales y de familia; el Estado en su obligación de proteger las garantías constitucionales de todos los niños, niñas y adolescentes que habitan en el territorio nacional, conforme el principio de “interés superior” de los menores, regula el goce de los deberes y derechos de niños, niñas y adolescentes, con la finalidad de garantizar desarrollo integral, el disfrute pleno de los derechos de libertad, dignidad y equidad.

Este código dispone en su Título XI, todo lo tocante a la mediación, en el Art. 294, habla de la posibilidad de acogerse a un proceso de mediación siempre y cuando sea transigible y no vulnere ciertos derechos que son irrenunciables a los menores.

De la misma manera el artículo 295 nos habla del establecimiento que podrá mediar, cuyo nombre es “Centro de Mediación”; a ellos se concederá una autorización de tipo legal para que puedan funcionar y tratar la materia que regula el Código de la Niñez y Adolescencia; al igual que en la justicia ordinaria las partes podrán comparecer personalmente o por medio de sus procuradores.

Finalmente el artículo 297 de la Constitución deja a salvo las leyes especiales que regulan esta materia, con lo que se entiende que la Ley de Arbitraje y Mediación, queda

plenamente incorporada a este código en referencia; por ende, la creación de servicios públicos de Mediación Familiar tiene asidero legal.

CAPÍTULO III

3. ASPECTOS JURÍDICOS EN EL CUAL MEDIACIÓN SE SUJETA A LA LEY

3.1. LA NORMATIVA DE LA MEDIACIÓN

Con la finalidad de regular los procesos de conciliación y mediación como alternativa para que la familia resuelva de manera pacífica sus conflictos, evitando así llegar a procesos judiciales costosos e inoportunos, el H. Congreso Nacional mediante la comisión de legislación y codificación expide la “Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial 145 del 4 de septiembre de 1997; ley reformativa a la ley de arbitraje y mediación, publicada en el Registro Oficial 532 del 25 de febrero del 2005; Código Civil, codificación publicada en el suplemento del Registro Oficial 46 del 24 de junio de 2005; codificación publicada en el suplemento del Registro Oficial 58 del 12 de julio de 2005; y, Ley Orgánica del Ministerio Público, codificación publicada en el Registro Oficial 250 del 13 de abril del 2006”⁴⁸

Cabe mencionar que a partir de publicación del Registro Oficial 449, del 20 de octubre del 2008 entro en vigencia la Constitución de la Republica del Ecuador, y desde esa fecha se

⁴⁸ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS, JURISPRUDENCIA, Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, Actualizado a agosto de 2010.

sustituyó al Congreso Nacional, por Asamblea Nacional; y que para efectos de este estudio la denominada Ley Orgánica del Ministerio Público, fue derogada por el Código Orgánico de la Función Judicial.

3.2. LA LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

3.2.1. Derecho de Familia

El principio de legalidad de la Mediación Familiar, radica en la ley, y la Constitución como norma fundamental, ya que fija los límites y las relaciones entre los poderes en los que se divide el Estado, y debajo de ella se supeditarán el resto de la normativa vigente, nuestra Constitución menciona que la potestad de administrar justicia es emanada del pueblo, se ejerce por los órganos de la Función Judicial, y por los demás permitidos por ella, dentro de estos aparecen los medios alternativos de solución de conflictos, donde se reconoce al arbitraje y mediación, estos procedimientos se aplican con sujeción a la ley y en las materias que por su naturaleza se pueda transigir, el legislador ha considerado que el tema de familia es transigible y por lo tanto, a dado cabida a la creación de estos entes privados denominados centros de mediación, estos entes administrativos, autónomos e independientes, actúan dentro de un marco de competencias y atribuciones, con la finalidad de tener resultados amigables. En otras palabras, nuestra legislación ha reconocido la tarea de administrar justicia a entes privados, en relación a problemáticas familiares, y a justificado, autorizado para que traten de dar solución a estos conflictos.

El Ecuador constitucionalmente ha reconocido el derecho de las niñas, niños y adolescentes y los ha enmarcado en el denominado “El Derecho del Buen Vivir”, el Estado, la sociedad y la familia asumen la responsabilidad de priorizar el desarrollo y aseguramiento de sus derechos, la preferencia ante las demás personas, su desarrollo integral, el entendimiento

en su proceso de maduración y despliegue de su intelecto, capacidades, potencialidades y aspiraciones, en definitiva son actores esenciales en la sociedad, por ende la temática entorno a ellos resulta difícil de abordar, cuando se trata de garantizar al máximo su beneficio y satisfacción.

En cuanto a la legitimidad podemos decir que las hay de dos tipos formal y material. La formal, es aquella que pretende un correcto funcionamiento en los órganos estatales con respecto a todos los procedimientos establecido dentro de un marco jurídico; la legitimidad material, pretende llegar a un consenso, o reconocimiento del pueblo, ya sea por la creación de una ley o por una actuación estatal. Ahora bien, en ambos casos deben contener tres requisitos: validez, justicia, y eficacia.

Si damos un vistazo hacia la historia, el sistema procesal ecuatoriano, por regla general, ha sido conciliador, el sistema judicial contempla una etapa procesal denominada "audiencia de conciliación", como el momento para ponerse de acuerdo y dar por concluido el litigio, no obstante, los litigantes en la mayoría de casos lo desperdician y simplemente lo consideran como parte del trámite, para proseguir con el proceso judicial, tal es así que los defensores o patrocinadores de las partes únicamente ratifican los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la demanda o en su contestación, respectivamente, por lo que el funcionario judicial, en este caso al Juez no le queda más que continuar con el procedimiento establecido por la ley, ignorando un recurso valiosísimo para terminar con el conflicto; por eso es que actualmente el Ecuador está inscrito, como uno de los países que no utiliza la corriente conciliadora y trata de resolver alternativa y pacíficamente sus conflictos.

Múltiples fueron las discusiones que se desataron en el siglo XIX en torno a la centenaria institución, por eso es que en la actualidad vemos los grandes cambios y avances el mundo de las leyes, ahora giran en beneficio e interés de las niñas, niños y adolescentes, y la titularidad es preferencialmente asumida por la madre, aunque los padres digan que están en igualdad de condiciones que la madre, posiblemente de allí radican muchos de los conflictos que se presentan en el núcleo familiar.

La familia está protegida como institución social, hace que sobre la autonomía de la voluntad primen los intereses de los menores, la Mediación Familiar favorece a todos los involucrados, los individuos se auto regulan a sus propios intereses, dentro de los límites establecidos por el Estado, lo que evita el detrimento de los intereses particulares o colectivos.

Uno de los actores principales, para ser garantes de ese interés superior de los menores son los padres, en virtud de su condición de representantes legales, aunque sabemos que lastimosamente producto de sus desacuerdos y desavenencias no lo hacen y lesionan sus derechos. Para solucionar estos conflictos depende mucho de la madurez de los progenitores, caso contrario será necesario la intervención de ayuda profesional especializada que encause a los padres a la solución mas adecuada, teniendo en cuenta en primer lugar, lo que vaya en beneficios del menor, debiéndose involucrar en ello a la niña, niño o adolescente según su edad y madurez.

Por el hecho que las niñas, niños y adolescentes son reconocidos como sujetos de derechos activos, participativos y creativos, debe dárseles la posibilidad de ser escuchados sobre las cuestiones que afecten en su vida y al medio que les rodea, como medida de garantía social y jurídica, debe dejarles que expresen su criterio, por el mismo hecho de ser personas poseedoras de derechos intrínsecos, como suele ser el derecho a ser educado, escuchado, representado, vivir con sus progenitores, siempre que se respete la madurez que haya alcanzado.

Según el Art. 5 de la Convención de la Niñez, manifiesta que corresponde al Estado, respetar los derechos y responsabilidades de los progenitores u otras personas que se encuentre el cuidado de la niña, niño o adolescente; eso en consonancia, con la obligación de impartirle las directrices y orientación apropiada, además de ser garantes de los intereses personales y patrimoniales de existirlos, por decirlo de alguna manera los hijos se

convierten en objetos de sus padres, y por lo tanto, los intereses de sus hijos están por encima de los suyos propios.

He aquí una muestra como el ordenamiento jurídico, reconoce a los progenitores como los máximos responsables de la crianza y desarrollos de las niñas, niños y adolescentes, poniendo por encima de todo lo que se conoce con el interés superior del niño. Cuestión que se deriva de la Patria Potestad.

Un ejemplo que demuestra claramente situación de animadversión, es el divorcio o la separación, estos estados crean conflictos familiares, desencadenando en muchos casos con agresiones verbales y posteriormente con malos tratos físicos, situaciones que no son nada saludables para los miembros del grupo. En estas situaciones específicas se hace necesaria la presencia de profesionales especializados, y sobre todo debe intervenir el Estado, ya que de él depende el bienestar físico, moral, espiritual, etc.

Debemos resaltar los conflictos mencionados no son los únicos relacionados con la patria potestad, pero si son aquellos que tienen mayor impacto negativo en las niñas, niños o adolescentes, dada la carga emocional que contienen y las huellas que deja en los menores, por lo que se requieren soluciones, apropiadas, sugerentemente apartadas de la vía judicial; pues por esa vía el Juez es el quien dispone las medidas que caben a favor de las niñas, niños o adolescentes, en tal sentido lo ideal sería que los progenitores se educaran para auto determinarse y evitar así la concurrencia al órgano de administración de justicia.

3.2.2. Guarda y cuidado

El Guardador es el término genérico que se utiliza para tutores o curadores, estos en términos generales se encargan de custodiar, cumplir, y acatar las leyes en favor de niñas, niños y adolescentes, además responden a la búsqueda de la estabilidad emocional y

bienestar psicológico dentro del entorno familiar, casi por regla general la guarda y custodia del menor se la otorga a la madre, mientras que al hombre se le establece un régimen de visitas. Fragmentando la Patria Potestades en dos funciones.

Primero: La contingencia de que el progenitor no custodio tenga una relación afectiva y continua con la niña, niño o adolescente, es decisiva en el desarrollo de su personalidad. Segundo: La afectividad entre el menor y sus padres dependerá de la interrelación que puedan entablar los adultos, así se minimiza los efectos dañinos de la separación o divorcio, previniendo el que afecte el interés superior del menor.

3.2.3. Pensión alimenticia

En cuanto al régimen alimentario de las niñas, niños o adolescentes, es el motivo más frecuentes para el enfrentamiento de la pareja, a pesar de que la pensión alimenticia se determina en base a la tabla publicada por el Consejo Nacional de la Judicatura, y esta es apreciada en función a la capacidad de ingresos y los gastos que los adultos generen, en consonancia a las necesidades materiales de los menores, es necesario que exista un equilibrio o punto medio, es decir, que el Juez debe medir las condiciones y estilo de vida para ambos.

3.2.4. Intervención de la Mediación

La Mediación Familiar dentro del contexto de los conflictos es un método auto compositivo, que cobra gran eficacia, pues en el hallamos la posibilidad de encontrar resoluciones consensuadas, no adversarias, dirigidas al restablecimiento de la relaciones entre padres y menores, porque se entiende que la familia es para toda la vida.

Como se analizó anteriormente, la Mediación Familiar prepondera la protección integral, actualmente las últimas generaciones han acogida con gran motivación a la mediación, sobre todo en estos conflictos de familia, ya que la premisa del interés superior del menor, encontró un cauce idóneo por esta vía.

En este punto es importante resaltar que muchos países de Latinoamérica no se pronuncian en sus cuerpos legales o hacen alusión específicamente a estos conflictos de familia, sin embargo, existen preceptos genéricos que regulan tácitamente esta problemática, por ejemplo: en el Ecuador la Constitución de la Republica del Ecuador, es amplísima y menciona una cantidad de derechos que incluso resultan inalcanzable efectivizar; otro ejemplo, es el caso de Argentina donde constitucionalmente reconoce a los individuos varios derechos plasmados en instrumentos internacionales, este asume en totalidad las prescripciones en relación al Derecho de Familia e incluso lo conyuga con la mediación.

La mediación como método en sentido general, presupone la paz, el restablecimiento de la comunicación y la minimización de los efectos negativos que pueda generar los conflictos donde se perjudiquen a las niñas, niños o adolescentes, incluso en vía judicial. Este método cuenta como el “Principio de la Autonomía de la Voluntad”, sobre esta base se fija los límites de la racionalidad e impone el Estado su desarrollo eficaz, partiendo de la sensibilidad de las relaciones familiares. Como es de conocimiento público la mayoría de países cuentan con una cantidad de legislación y mecanismos, que pretenden garantizar al máximo los beneficios de las niñas, niños y adolescentes, la Mediación Familiar no puede considerarse como un método más, sino mas bien como la alternativa de mayores posibilidades de efectividad, objetividad y celeridad, en relación a los conflictos del núcleo familiar.

CAPÍTULO IV

4. LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL CONTEXTO JUDICIAL

4.1. Situación Judicial de la Mediación Familiar.

Según se desprende de un documento elaborado por los jueces de la infancia del Mercosur, entre dos Norteamericanos (... Edward Koogler, profesional del derecho de la Costa Este y Constante Ahrons, de profesión psicóloga, hacia el año 1980, diseñaron “*Structured Divorce Mediation*” y “*The Good Divorce*”...) Koogler, después de afrontar personalmente un difícil divorcio, prometió que en su Estudio Jurídico nunca más aceptaría casos similares, por lo que revisando la exitosa mediación laboral, desarrollo un sencillo pero practico sistema de mediación para el divorcio, este método consistía en tener una cita a solas con cada una de las partes, tomar apuntes de cada detalle que considerara importante, para luego de manera conjunta llegar a consensos.

Constante Ahrons, hizo duras criticas al divorcio, las puntualizo en tres apreciaciones: A) Hombres: Dijo que cuando el padre abandona el hogar y muda sus pertenencias a algún otro lugar, forma un hogar culturalmente no valido, ya que pasa a ser un simple visitante de su hijo o hijos, obligado a cancelar una cuota por concepto de alimentos. Sin capacidad de ingerir en la vida de la prole. B) Mujer: En muchos casos la madre se siente abandonada, desprotegida y abrumada, en total disposición de la Patria Potestad, y las duras tareas del hogar. C) Las niñas, niños y adolescentes: Dice que estos son vulnerables y pueden adoptar

una conducta hostil, son vulnerables a las drogas, al sexo prematuro y la delincuencia juvenil.

La Mediación Familiar cambio definitivamente el perfil del divorcio e instauró la mal denominada tenencia compartida, hizo posible que las estadísticas comiencen a reducir, como es lógico esta se enfrenta al sistema judicial y al ejercicio cotidiano de la abogacía familiar. El acto de mediar en materia familiar busca preservar la unidad, el bienestar y la salud de todos los miembros del núcleo familiar; mientras que el sistema judicial, busca culpables y menoscabar el futuro de las partes.

Con la aparición de la Mediación Familiar se hizo posible, la transformación del divorcio, en virtud de que los esposos se convirtieron en verdaderos protagonistas del detrimento de la institución matrimonial, esta supo canalizar la comunicación, y formular acuerdos, aprecia todos los recursos, valores y proyectos que tiene el núcleo familiar, ya sean estos presentes o futuros, mientras que con la justicia tradicional y con abogados litigantes, lo que se tenía es la sostenibilidad del conflicto, buscando un culpable y de sujeciones a un tercero denominado juez y a las estipulaciones normativas denominadas ley, fijando cuotas o pensiones que generalmente son superiores o inferiores a los intereses de los litigantes.

Actualmente la Mediación Familiar tiene mayor simpatía por las parejas con problemas de convivencia, sin embargo, existen otros motivos que le hacen perder peso a la Mediación Familiar, en primer lugar, el no haber nacido conjuntamente con la justicia tradicional, puede ser por los vicios de origen, por que al igual que la tradicional aun no se incorpora a escuchar a niñas, niños y adolescentes, y cita únicamente a las partes para la entrevista; en segundo lugar esta su telón de fondo, es decir su apoyo es el derecho tradicional, la justicia y equidad; tesis que es comprobada en el diario vivir, otros que se puede comparar es el secreto profesional, por derivarse del sistema judicial.

4.2. Realidad judicial frente a la Mediación Familiar

Como sabemos la jurisprudencia analiza y muestra las tendencias imperativas, además, de las contradicciones y debilidades de la doctrina, y como no podría ser de otra manera la jurisprudencia también enmarca al proceso de la Mediación Familiar, mientras los jueces produzcan jurisprudencias en materia familiar existirá mayor facilidad en la tarea de mediar.

Lo cierto es que en el país donde se practique la mediación Familiar es un país más humano, porque, el Estado lo que busca es que no se desintegre la familia, como he tratado en temas anteriores la desintegración de la familia trae muchas consecuencias graves para todo el hogar, especialmente para los hijos, por consiguiente, si se encuentra una solución familiar, así exista de por medio la separación o el divorcio, lo que se trata de encontrar es una solución a los problemas que se vienen más adelante, como pueden ser económicos o sociales, pero en este caso los padres deben tener una mentalidad positiva y el mediador ayudarles en ese aspecto para beneficio de la familia y el hogar.

Refiriéndonos a los fallos de los jueces en materia familiar, podemos decir que estos afectan a los derechos básicos de las personas, cuando se atienen literalmente a la norma positiva, lo que en la actualidad sucede es que los abogados al momento de deducir su pretensiones o al contestarlas, las hacen estrictamente fundamentadas en el derecho positivo, mas no en los hechos, por ende los jueces al momento de fallar desconocen detalles de la situación de las partes, de ello se desprende que los fallos no están con acorde a las necesidades reales de los litigantes, y el interés superior se escabulla en el tramite.

Tener una valiosa experiencia en Mediación Familiar, puede asistir la justicia, en el sentido de que existe una solución al problema familiar presentado, los sentimientos en cuestiones de familia no se los pueden ser apartados al tratar el conflicto, los temas de familia no se le puede tratar con los mismos ojos que a las demás ramas del derecho, con la implementación de la Mediación Familiar se descarga todo el sistema judicial de una gran

cantidad de casos iniciados sin asidero legal, incluso las personas podrían vivir en más tranquilidad alejados de las demandas y engorrosos trámites judiciales.

Es menester analizar que en todas las ramas de derecho en donde interviene un Juez, este va plasmando características propias de principios legales antiquísimos, que usualmente prevalecen en la defensa en los procesos legales, la valoración de la prueba como corazón del proceso, mientras se cumple el derecho positivo vigente hasta la conclusión con una sentencia valida. Las sociedades modernas son complejas y movibles en todos los sectores, los fenómenos empresariales y gremiales progresivamente han hecho sostenible la existencia de los derechos individuales contribuyendo a que las sociedades se acoplen a las necesidades de los particulares.

Los jueces dentro de su competencia y en calidad de árbitros, saben que son llamados a aplicar la ley positiva, los juicios son ventilados como ritos planificados, por lo que los convierte ineficaces frente a los intereses de las partes litigantes, son como entrenadores de una comunidad en crisis, sea esta comercial, laboral, o de cualquier otra índole, para que el derecho de todos los hombres sea respetado; corroborando lo dicho anteriormente solo se logra si las sociedades superan estas crisis, entonces solo allí los jueces se convierten en gestores sociales con características peculiares, ya que su autoridad proviene de servir a la ley y la comunidad.

Con esto se pretende explicar lo que ocurre dentro del ámbito de esa pequeña y básica comunidad denominada familia, el derecho de cada uno de sus integrantes a crecer y desarrollarse independientemente que no es respetado, ya que lo que se quiere es favorecer al conglomerado, según lo que apreciamos con anterioridad el juez advierte cualquier limitación al miembro quejoso que acude a la administración de justicia el proceso ritualista no le permite ver, observar mas allá de lo plasmado en las pretensiones o en las contestaciones, cuando existe una adecuada defensa o patrocinio, por más de que el Juez se sujete a la ley en su fallo o por tan dura que fuere la sentencia, la partes quedaran insatisfechas.

No podemos decir que los encargados de administrar justicia son observadores neutrales o simplemente árbitros para sentenciar un litigio, ya que de alguna forma ellos se involucran en ella y forman parte de la misma. Aunque su rol activo sea participativo, idóneo, neutral, sea cual fuere la postura en la que se coloque el representante de la ley o sus colaboradores. La imparcialidad queda a revisión tanto en la Mediación Familiar como en el sistema judicial; ambas figuras claman por la eficacia, eficiencia y cambio familiar; cada una de ellas utiliza sus recursos propios con la finalidad de ser aceptados en los partícipes, y mejorar su calidad de vida.

4.3. El mediador y juez

Al mediador se lo puede considerar como un sujeto que ostenta un mandato, consistente en alcanzar un acuerdo mutuo, rápido, económico y con efecto legal, este sujeto deberá ser neutral y llevara el conflicto de forma amigable, sobre todo creativo para ver las posibilidades resolver el conflicto. Cabe mencionar que sus propios valores van a estar presentes, pero lateralizados. Mientras que el Juez es la persona que tiene la potestad publica para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, para el caso familiar existen dos brechas, la primera es la de jueces civiles, quienes tienen competencia para los asuntos entre padres, aunque para ciertos asuntos les compete resolver sobre los hijos también; la segunda la ocupan los jueces de la niñez y adolescencia, quienes son competentes para resolver única y exclusivamente las cuestiones de menores con respecto de los padres. Al igual que el mediador, busca en un principio acuerdos entre las partes, pero la mayoría de los casos no los consigue, por ello se sujeta a la tramitación que dispone los cuerpos legales pertinentes, además de someterse a principios básicos como la celeridad, imparcialidad, economía procesal entre otros.

Debemos reconocer que el Estado ecuatoriano viene acarreado una crisis en su Función Judicial y Justicia Indígena, es menester que se reestructure; el proyecto lo debe realizar la Función Legislativa, las consecuencias en un principio alterarían la seguridad jurídica del

país, pero a medida que avance el proyecto esperamos ver resultados positivos, lo más viable sería que adopte ciertas características de la mediación, para que desde ese marco permita la posibilidad de crecimiento diferenciado y solidario de la comunidad .

“Es preciso hablar de ciertas leyes intrínsecas que las familias han adoptado, estas leyes no se hallan escritas en ningún lado, sin embargo han trascendido de generación en generación, incluso parecieren haber sido calcadas de hogar a hogar, con esto me refiero a aquellas reglamentaciones internas de convivencia para el núcleo familiar; estas son enormemente poderosas”.⁴⁹ El juez debe comprender, apreciar y valorar la ley, aunque muchas veces se contraponga a las normas sociales que el Juez también la conoce.

El mediador cumple un rol distinto al rol que cumple el Juez, al respecto la ley familiar y la ley social, como primer caso este no es neutral por aplicar sus propias creencias morales, en cuanto al Juez solo aplica lo que la normativa tiene estructurado, no mejora ni crea posibilidades, limita las facultades personales y la moral propia, como ha sido desde la época Romana.

4.4. La Mediación Familiar y los cambios en el Sistema Judicial

La Mediación Familiar, no busca el deterioro o desgaste de las relaciones familiares, sino que busca los recursos y principios familiares para valorarlos, es evidente que esta ignora cuál es problema, pero durante la reunión los encaminara a hacer reflexionar sobre la problemática y para ello necesita la colaboración de los participantes quienes permitirán que se los evalúe. En el sistema judicial es fácil darse cuenta de cuál es la problemática, en virtud de la calificación de la demanda, ya que esta debe ser clara, precisa y reunir los requisitos de ley, por lo general apunta a solicitar alimentos, entablar un régimen de visitas o para obtener la tenencia del menor o menores, también puede derivarse de conductas

⁴⁹ BOSZORMENYI-NAGY, Ivan y SPARK, Geraldine M. Lealtades Invisibles. Amorrortu Editores. Buenos Aires. 1983.

impropias (maltrato: físico, verbal, psicológico; drogas, alcoholismo). Como no es novedad la praxis de los profesionales encargados de esta rama los han convertido en seres insensibles a estos acontecimientos, toda vez que son situaciones de diario vivir y lamentar.

Es importante resaltar lo que la revista *American Psychologist* comenzaba diciendo: “El foco exclusivo en lo patológico ha dominado tanto la psicología, que al final tenemos un modelo del ser humano sin los rasgos positivos que hacen la vida digna de ser vivida, Esperanza, sabiduría, creatividad, coraje, espiritualidad, apertura mental hacia el futuro, responsabilidad y perseverancia son ignorados, o explicados como transformaciones de impulsos negativos más auténticos. Una ciencia sobre la experiencia subjetiva positiva, sobre los rasgos individuales positivos y las instituciones positivas promete mejorar la calidad de la vida y prevenir patologías que surgen cuando ésta es miserable e insignificante. Los autores de estos quince artículos diseñan un esquema para una ciencia de psicología positiva, apuntando a los baches de nuestro conocimiento, y predicen que el siglo XXI va a tener una ciencia y una profesión que entenderán y construirán los factores que permitan florecer a individuos, comunidades y sociedades”.⁵⁰

En la práctica de medición, se destacadas dos profesiones; la Psicología y la abogacía, ambas de carácter social con enormes posibilidades de sostener los cambios sociales, cabe indicar que muchos abogados mantienen una postura litigante y ni siquiera tratan tener un acercamiento con la parte contraria, situación dañina en virtud que iniciar el proceso judicial no es problema, el problema es terminarlo.

Por otro lado, existen profesionales del derecho especializados en materia familiar que usualmente intentan un acercamiento con el opositor, sin embargo la forma habitual con la que se da tratamiento a esto es lo que entraña graves problemas, en la mayoría de los casos el cliente recurre a consultar su situación de crisis a la oficina del profesional, pero este le entrega la responsabilidad de negociar y toma de decisiones. Esta forma contractual

⁵⁰ CÁRDENAS, Eduardo José, La mediación en conflictos familiares, Ed. Lumen, Buenos Aires, 1998.

faculta a los abogados de ambos bandos a que lleguen a un acuerdo; pero si estos se llegaren a dar no provienen de la voluntad de los involucrados, sino de sus representantes, en este caso de sus abogados que interrumpieron toda comunicación de sus clientes.

Los cónyuges o ex cónyuges dejan de hablarse y por ende quien no convive con el hijo también deja de hacerlo, es muy común escuchar como las partes mutuamente se dicen “yo no tengo nada que hablar contigo, si algo tienes que decírmelo, díselo a mi abogado”, los clientes se excusan en su: “ Abogado o Doctor en Jurisprudencia, se expresan: “Es que es imposible hablar con mi esposo o esposa”, “es que Usted no le conoce y por eso mejor que su persona hable, miedo le tengo” esta frase y muchas otras. Es menester analizar entonces, si estas excusas son validas para no tener un acercamiento o conversación entre las partes, teniendo en cuenta que los abogados llegan a consensos muy rápido, pero en el fondo no se resuelve la raíz de la problemática, es decir que el sistema tradicional se impone.

4.5. Mediación familiar y negociación

Como es lógico toda negociación debe tener requisitos, organización, estructura, orden etc., inicialmente debe nacer de la voluntad consciente o inconsciente de los participantes para poner un fin al problema; de la organización se encarga el tercero denominado mediador; la estructura debe ser escogida por quienes intervienen en la negociación, y el orden en que se ventile la problemática debe ser facultad privativa del asesor, la tarea más difícil es precisamente establecer prioridades, para ello se debe escuchar a las partes y sus intereses particulares, de las cuales se debe tomar en cuenta los puntos vulnerables establecidos, los posibles beneficios o riesgos que pueda llevar la elección de cada uno de ellos.

Usualmente se empieza por los puntos benignos, aquellos que no generan mayor conflicto por donde hay salud y elasticidad familiar, esto permite que las partes dialoguen con calma entre sí; la idea de esto es que ellos solos lleguen a acuerdos mínimos. Cuando la

negociación empieza a denotar rabia, frustración y otros sentimientos negativos, es necesario interrumpir el dialogo, teniendo muy claro cuáles son los puntos que debe tener cuidado durante la negociación.

Mediante los dialogo que llevan las partes conflictuales es posible darse cuenta de los sentimientos encontrados, al mismo tiempo permiten ver lo importante el hecho de desahogarse sin ser reprochado por el otro, eso le devuelve el autoestima al integrante de la negociación, de pronto este se guarda por mucho tiempo cuestiones que no tuvo valor para decírselas y encontró el momento preciso, esta comunicación colaborativa fortalece a los miembros para llegar a acuerdos y tomar decisiones, por ello, en este punto es válido el pensamiento que dice “la familia se trasforma, pero no se destruye”; las partes entienden que la negociación trata de buscar un punto medio en la problemática, evitando a toda costa la destrucción familiar.

Al cierre de la negociación se intentara que las partes acepten sus errores y frustraciones, lo indispensable es que eviten a toda costa la violencia, una vez agotado estos recursos se entenderán que los acuerdos familiares han sido negociados.

4.6. Elementos y momentos claves de la Mediación Familiar

En la actualidad los procesos de Mediación Familiar y la consulta jurídico familiar tienen elementos y momentos claves, uno de ellos nace con el vinculo de confianza y la relación de colaboración que existe entre el mediador y los participantes. La figura mediación hace sentir a los participantes, que el mediador esta de su parte, no porque esté en contra del otro, sino por que intenta remediar la crisis familiar y mejorar la calidad de vida de los participantes.

Esta postura se la puede apreciar mejor desde el ámbito de aplicación de los mediadores y los abogados; casi no se presenta en los jueces, sin embargo, no podemos dejar a un lado la figura del Juez quien representa al proceso legal en sí, este hace prevalecer la ley a través del principio de inmediación, es decir que hace que las partes se comuniquen entre sí y con el Juez, para que este ultimo pueda proveer y dirigir el litigio, este principio tiene estrecha relación con el principio de oralidad que hoy en día integra a la formación de los jueces de familia, pues lo ideal es que el Juez se vincule con las partes.

El momento medular dentro de un proceso judicial es la audiencia de conciliación, allí las partes y el juez pueden conversar libremente de manera informal, sin temor a cometer el delito de prevaricato, en el caso del juez, lo que no pasa con la etapa de prueba, donde el juez mantiene estrictamente el procedimiento, diferente a lo que sucede en la Mediación familiar donde todo el proceso es completamente flexible.

Dentro de la Mediación Familiar podemos decir que no existe momentos específicos, sin embargo, la técnica de la reunión puede tomarse de referencia para el sistema judicial, lo ideal fuera que antes de entrar a litigio se debería entablar una pre-audiencia, claro está que esta figura no es equivalente a ninguna fase de la Mediación Familiar. El Juez podría apoyarse con una trabajadora social, persona que se encargaría de entrevistar con todos los integrantes de la familia, incluso con las niñas, niños y adolescentes y otros parientes relevantes para el grupo, a fin de que esta profesional pueda colaborar técnicamente con el problema familiar y con la decisión del Juez. En todos los casos el mediador, el abogado o el Juez, tienen momentos de negociación que son claves para valorar a los participantes y obtener una satisfactoria solución a la crisis familiar.

4.7. La Entrevista

En la mediación o en el proceso judicial, se empieza con la exposición del problema, el mediador o el juez deberá intuir y entender el mismo, no se debe por ningún motivo parcializarse con alguno de los participantes, evitar a toda costa que exista empatía para

que se pueda desarrollar normalmente la negociación; para continuar con el segundo paso es necesario que este todo este claro en cuanto al conflicto y al dolor que provoca en los participantes, así ellos estarán abiertos para elaborar alternativas y eventuales acuerdos.

En este proceso de entrevista es un momento clave, aquí no se debe denominar a los participantes como “parte”, “actor”, “demandado”, estos términos no deberían ni siquiera ser utilizados en los procesos judiciales, pues para la mayoría de personas interpretan a estas palabras con un alto contenido conflictual, para estos casos el termino más adecuado sería el “interesado”. El poder que enviste a la autoridad administradora de justicia faculta a que comparezcan y participen todas aquellas personas que tengan un papel significativo para la familia, amigos, religiosos, vecinos, etc.; todo aquel que aporte a la solución positiva y permita mejorar la justicia familiar.

La mayoría de países del mundo suscribieron la convención de los derechos del niño y adolescente, en una de sus tantas estipulaciones constantes menciona los derechos que tienen los menores a intervenir en los conflictos para dar su punto de vista, se interpretara su lenguaje e interactuaran con sus progenitores. Este derecho no puede ser soslayado, por considerarse un poderoso motor en los procesos de mediación como judiciales.

Como se anuncio anteriormente la entrevista en ambos métodos, es un momento importantísimo para la identificación de los problemas familiares, ahora bien, este debe ser aprovechado para no sustituir de ningún modo a los intervinientes; cabe indicar que los intereses particulares de los miembros no deben ser silenciados, oscuros ni segados, sino al contrario, para alcanzar el éxito se reduce a la comprensión y legitimación de los derechos, los miembros ceden pero sin reducir sus deseos, convirtiéndolos en mutuos alcances. Con esto se ratifica que no es el mediador, ni el abogado, mucho menos el Juez o Jueza quien tiene la verdad de los hechos, sino únicamente los entrevistados.

Los mediadores familiares tienen mucho que aportar al sistema judicial por los resultados y la experiencia adquirida, estos deben pasar por una ardua preparación, trascendentalmente

la psicología humana, imprescindible para formar mediadores familiares. Para el caso de los jueces de familia su preparación es enteramente académica, sus falencias son acarreadas del sistema, estos necesitan formarse y adiestrarse en cómo llevar las relaciones interpersonales.

Cuando los participantes se sienten comprendidos y apreciados en sus deseos la entrevista puede ser llevada con respeto, está comprobado que las alternativas nacen de ellos y el mediador puede acotar las suyas propias, sin tratar de imponerlas; incluso algunas de las alternativas no pueden ser del agrado del operador, mientras la misión se cumple debe ser apoyada, quien a esta altura deberá tener la madurez suficiente para aceptarla o presentar sus observaciones, salvo que vaya contra la moral, buenas costumbres o lesione el orden público.

Es usual como los consultores del derecho son los primeros en oponerse a la negociación, y encaminan a que los participantes al sometimiento tradicional de justicia, en eso se parecen mucho a los médicos, en el sentido de que para tal mal, tal remedio; estos omiten dar alternativas a sus clientes y generan sus propios criterios, los abogados planifican una defensa a su antojo y no participan con sus clientes de la vía a tomar o a seguirse, al parecer el abogado oculta a su cliente las múltiples opciones y alternativas para la solución de su problemática. Cuando en realidad lo que debería hacer en la entrevista es considerar las ventajas y las desventajas de acudir o no al sistema judicial, en caso de tomar esa vía, la responsabilidad y la planificación debería construirse conjuntamente, manteniendo una conducta escrupulosa, situación que no ocurre.

Para terminar es imprescindible hacer una distinción, entre mediación privada sin abogados y consulta jurídica; y, por otro mediación prejudicial o audiencia judicial en un conflicto ya formulado en términos de deberes y derechos con la presencia de abogados y un Juez o Jueza, en el primer caso, de los participantes o protagonistas controlan el proceso y de ellos depende el resultado de la negociación, al igual que el cumplimiento del acuerdo final, mientras que en el segundo caso, todos estos se sujetan al procedimiento establecido, la

sentencia garantiza el de fiel cumplimiento de los derechos reconocidos y no admite violación.

4.8. MOMENTOS DE LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO LEGAL

Al ser la mediación una alternativa para resolver los conflictos sociales, esta se debe someterse a procedimientos que vayan acorde al debido proceso, por lo que, debe contener ciertos requisitos, y son los siguientes:

1. La Mediación se presenta en dos vías, la primera, previa a iniciar un proceso judicial, y la segunda, cuando las partes en virtud de la autonomía de la voluntad ha sugerido renunciar a fuero y domicilio, para someter sus conflictos a mediación, desde esta perspectiva, se reconoce que en ambos casos, es decir judicial y mediación, son de naturaleza civil.
2. Si la mediación es utilizada antes de iniciar un proceso judicial, debe considerarse que la ley lo faculta mediante dos procesos de naturaleza civil, cuando no hay acuerdo; y, cuando hay acuerdo, en el entendido que el proceso judicial no busca acuerdos, ya que está diseñado para forzar el cumplimiento de la ley,
3. Todo conflicto es posible de resolver, llegar a una acuerdo con la intervención de la mediación, sin embargo, este proceso puede ser interrumpido si ambas partes, actor y demandado, así lo decidieran, para lo que hay que considerar las siguientes posibilidades:
 - a) Por ejemplo, en los casos de divorcio la mediación prevé medidas provisionales antes de que el conflicto se vuelva un divorcio litigioso o de mutuo acuerdo; cabe aclarar que en el Ecuador el matrimonio solo se puede declarar disuelto por una sentencia ejecutoriada, y especialmente por acta notarial cuando cumple los requisitos de ley;

por ello es que, el fin de la mediación es resolver el problema desde la perspectiva social, apoyado del marco jurídico.

- b) La mediación puede llevar un proceso paralelo al judicial; los acuerdos conseguidos por este método no afectan al trámite legal respectivo, si las partes tienen la suficiente madurez, pueden incluso llegar a obtener acuerdos totales, y hacerle conocer a la autoridad; caso contrario, si el método fuere considerado como infructuoso para los participantes, tampoco interrumpe al proceso judicial que resuelve en estricto cumplimiento del derecho.
 - c) La naturaleza de la Mediación es la conciliación, aun cuando se obtenga acuerdos mínimos o totales, estos no pueden ser utilizados para incluirlos en la etapa de prueba, dentro de un proceso judicial, salvo que el mismo Juez o Jueza, soliciten un examen pericial sobre la parte medular del conflicto.
4. El Proceso legal se entiende concluido cuando existe una sentencia ejecutoriada de Juez o Jueza, en los divorcios es común ver que luego de la resolución los problemas se agravan, en todo ámbito, emocional como económico, es ahí también puede intervenir de manera positiva la mediación, amparada como medida legal, intentando que los protagonistas del proceso legal lleguen a un acuerdo, en miras de la tranquilidad y el beneficio mutuo.

4.9. TIPOLOGÍAS DE LOS CONFLICTOS JUDICIALES

La tipología consiste en el estudio y clasificación de los conflictos judiciales, la Función Judicial y la Justicia Indígena, poseen estructuras muy compleja, sobre ella recae la difícil tarea de administrar justicia y atender las necesidades de los ciudadanos, dentro de los deberes primordiales que tiene el Estado es considerar el desarrollo propicio de la familia, para lo cual el marco jurídico vigente ha contemplado la creación de entidades judiciales y administrativas dedicadas a la protección de la base social, es decir la familia.

Esta problemática puede clasificarse en cuatro clases y son:

4.9.1. Conflictos estructurales

La problemática está vinculada con el ejercicio de la Patria Potestad, dentro del núcleo familiar, tiene la característica de estar relacionada con la estructura paterno filial, también otro de los factores que influye con este conflicto es el económico, cuando existe carencia de aporte empiezan los conflictos; por lo que se hace necesario ejercer los derechos de familia y tratar de adaptarse a la nueva situación familiar, tienen que ver con la tenencia y custodia de los hijos, el régimen de visitas, el destino del inmueble principal y por último las pensiones alimenticias.

4.9.2. Conflictos de lealtades

Con el quebrantamiento del núcleo familiar, las secuelas tanto en padres como en hijos se hacen presentes, quien queda con la custodia del menor puede manipular a su favor; este caso es común con las madres, ellas alteran la lealtad y el amor que sus hijos tienen por sus padres, por lo que en algunos casos el mismo hijo, hija o adolescente, tiene una actitud negativa con el progenitor que no habita con él, naturalmente presionado y sobre protegido por el otro, cuestión que se escapa de la legalidad y la justicia, en virtud que por sentencia el Juez o Jueza concede determinados derechos que no podrán ser cumplidos por el rechazo expreso del menor.

En estos casos en particular la mediación intenta orientar acuerdos que permitan tener una convivencia tranquila entre los progenitores, este proceso es tedioso y largo, ya que aquí se debe trabajar con el comportamiento de la pareja, quienes evolucionan sus emociones de amor y rechazo o de amistad.

El resultado del estudio realizado es por el lapso de seis meses, en el proceso es necesario integrar a los hijos como parte del problema; y, al mismo tiempo de la solución.

4.9.3. Conflictos por ausencia

En el Ecuador, las familias de escasos recursos económicos son de alguna manera las mas afectadas y débiles, proclives a caer en este conflicto; las carencia de trabajo y oportunidades hacen que los progenitores decidan en ausentarse, la idea inicial es que sea de manera temporal, pero en algunos casos terminan por ser definitiva, produciendo en los niños, niñas y adolescentes, un sentimiento de abandono. La figura paterna o materna es sustituida en un familiar, una amistad, su padrastro o madrastra u otra persona que ellos crean que suple tal carestía, con la inseguridad de un rechazo o aceptación.

Los problemas pueden sugerir con la desaprobación de que el padre o madre quien tenga la Patria Potestad del menor, inicie una relación sentimental, o a su vez, que las exigencias de carácter económico sean superiores a las que puede cumplir, hay situaciones personales que ya no les permite mantener el mismo nivel de vida, lo que puede causar traumas en los hijos.

En este conflicto se exige tener un tratamiento progresivo, cimentado en acuerdos revisables, para lo que se hace necesario como primer punto tener un modelo de comportamiento y interacción entre padres e hijos; segundo, el afianzamiento de estar comprometidos; tercero, la consolidación de aceptar las nuevas relaciones y cuarto, la legalización del compromiso a fin de tener un respaldo de lo acordado. Cumplir todos estos pasos puede durar tiempo, incluso años.

4.9.4. Conflictos de invalidación

Este conflicto es típico en nuestra sociedad, la invalidación tiene una connotación de carácter médico, acusa a uno de los progenitores de acaecer de una enfermedad de índole mental, partiendo de la insuficiencia de facultades para ejercer el cargo familiar, esto provoca un maltrato psicológico en los hijos y es una forma de violencia contra los mismos. Por otro lado, de ser cierta esta invalidación hay casos en que efectivamente existen abusos sexuales, trabajo infantil, consumo de sustancias estupefacientes o tóxicas, etc. En ambos casos, cuando la invalidación sea cierta o falsa, uno de las partes tiene la intención evitar el contacto del niño, niña o adolescente con la otra parte.

En este caso la mediación no es un buen método para buscar resolverlo, es menester que un especialista intervenga e investigue sobre la veracidad de las acusaciones, por lo que legalmente la persona apta para ejercer idoneidad, deberá ser uno o varios peritos acreditados en el Ministerio Público en el ramo a emitir su opinión.

4.10. PROCESO JURÍDICO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

La Mediación es un método que se lo lleva particularmente; jurídicamente hablando, no se fundamenta en casos análogos, no aplica jurisprudencia alguna, solo la sabia racionalidad del mediador y de los participantes, en este sentido la mediación alcanza el éxito merecido, las estrategias se adecuan a la necesidad de las partes, permite que sus participantes tengan una percepción positiva, la satisfacción se alcanza a medida que se progresa con el desarrollo del método.

Para que la mediación sea exitosa, es necesario tomar en cuenta el modelo de legislación al que se está sometiendo, no se puede alejar de la realidad jurídica del territorio en la que se aplicara el método, otro punto a tomar en cuenta es el costo - beneficio social, mismo que compite con la justicia tradicional, con estos requisitos, se permite establecer la validez de las políticas estatales, en cuanto al tratamiento de los conflictos familiares, cuya herramienta la hace más efectiva, rápida, y viable para el desarrollo familiar, esto permitirá

que los futuros ciudadanos aprendan valores tales como: Justicia, solidaridad y responsabilidad, apegados a la norma constitucional que contempla todas estas premisas.

A lo largo del estudio realizado se desprende que los usuarios, es decir las parejas prefieren la mediación antes que ventilar sus problemas vía judicial, sin embargo, el problema radica en el costo o valor económico y la viabilidad del sistema judicial, que hoy por hoy no admite de manera expresa en la legislación ecuatoriana.

Dentro de un proceso de mediación, el mediador a mas de incluir en su orientación los intereses de la familia, el de la pareja y el de los hijos, deberá fijar su atención en un análisis reflexivo de las políticas públicas y la justicia, enfocar su visión en los problemas familiares que se intenta superar, para que sirvan los principios en la aplicación práctica.

Es importante destacar estos dos aspectos, ya que el Estado es quien debe intervenir y normar a sus particulares, dado que la mediación esta adosada a la justicia ordinaria; puede considerarse que existe el efecto es devolutivo en deberes y derechos, cuando los matrimonios se encuentran inestables, la mediación toma la responsabilidad de reparar el problema para el bien de la familia, si no lo puede hacer, se limita a dar criterios de solución, para evitar que las partes recurran al sistema judicial.

Con los antecedentes expuestos, es substancial destacar que se deben tener en consideración los siguientes aspectos:

- a) La mediación debe ser un procedimiento voluntario y confidencial.
- b) Introducción de las partes con el Mediador.
- c) Comparecencia libre para suscribir la solicitud de mediación, ingreso de datos personales.
- d) Forma en la que se harán las notificaciones de fecha y hora, de cada reunión.
- e) Plantear reglas básicas para trabajar, y así poder identificar las cuestiones litigiosas.

- f) La factibilidad de efectuar sesiones individuales o sesiones conjuntas, incluso podrá permitirse la participación de los hijos.
- g) Definir los procesos en que deban realizarse sesiones individuales o conjuntas.
- h) Limitar a los participantes en buscar una asesoría legal; la consulta de tipo legal puede entorpecer el proceso de mediación.
- i) Si las partes consideran que en las reuniones deban estar acompañados por un abogado en la audiencia, lo podrán hacer.
- j) Cuando los menores sean niños mayores a 12 años podrán participar en el proceso de mediación.
- k) Buscar con inteligencia y creatividad todas las disyuntivas que permitan precisar la violencia en la relación de una pareja y en la mediación.
- l) En caso de haber iniciado un proceso legal, explicar que los acuerdos llegados podrán ser puestos a consideración del Juez, mas aun cuando no se haya iniciado y su nacimiento sea posterior.
- m) La obligatoriedad de la intervención de buscar apoyo en profesionales a fines a la materia, sea éste psicológico, terapéutico, judicial o asistencial.

Es imprescindible hacer una distinción entre la mediación y la función judicial tribunales, para ello es menester advertir que se debe:

1. El proceso judicial por excelencia es conflictual, es decir contrapuesto, por tanto, la solución es impuesta, mientras que la mediación es consensual; plurilateral con primacía de buena fe, por lo que las partes llegan a solucionar previamente sus problemas o conflictos.
2. En todo proceso judicial es obligatorio emitir un fallo heterónomo, limitada a una persona con conocimientos jurídicos, investida por la autoridad que le concede la propia ley, es decir, es adoptada por un tercero ajeno a la litis, para el caso de nuestra legislación se lo denomina Juez; a diferencia de lo que sucede en la mediación, cuando las partes y el mediador forman un solo criterio, todas las alternativas de solución son autónomas, basadas en los intereses de los propios involucrados en el conflicto.
3. Todo proceso judicial termina con un fallo que posee fuerza obligatoria y coercitiva, de fiel cumplimiento a las partes procesales, impone a los participantes cuestiones

positivas o negativas, jurídicamente sustentables; lo que no sucede en la mediación, la autonomía de la voluntad hace que se llegue a formar un eminente acuerdo amistoso entre los participantes.

4. Los procesos judiciales tiene una estructura binaria, los criterios contrapuestos marcan el conflicto dentro y fuera del mismo, las posiciones diferentes hacen que las partes procesales piensen que con la terminación del conflicto existirá un ganador y un perdedor, este proceso no busca puntos medios; contrapuesto a lo que plantea la mediación, ya que esta busca sumar a las partes para encontrar un resultado positivo, es decir, que los beneficios sean comunes, y que los participantes se lleven un empate, aquí no hay ni triunfador ni vencido.
5. En los proceso judicial, se obliga a las partes a que practiquen pruebas, tanto como el actor como el demandado deberá sustentar sus aseveraciones en los escritos, la prueba es el corazón de los procesos litigiosos, la investigación que realicen las partes deberá ser lo suficientemente contundente para que sirva de fundamento al criterio de la autoridad, solo así el Juez podrá emitir una sentencia al interés de quien más haya aportado en el proceso; lo que no sucede en la mediación, en virtud que los hechos pasados, únicamente permiten buscar una alternativa sostenible en un futuro, de ahí que, las soluciones que se planten los participantes, aseguren un nuevo estilo de vida en aras de paz, satisfacción y estabilidad familiar, con la ex pareja y la prole.
6. El proceso judicial se somete exclusivamente al marco jurídico institucional, debe ser cumplido obligatoriamente por la autoridad que tenga la causa, so pena de no hacerlo, podrá ser acusado de prevaricato, por ello es que, su actuaciones es rígida y estandarizada; en tanto que la mediación, se remite a tener observancia en las disposiciones legales y la estructura normativa, pero al mismo tiempo solo busca establecer estrategias, pausas, revisiones, nuevas propuestas y soluciones creativas que convenza a los participantes que solo de esta forma alcanzaran la tan anhelada tranquilidad.
7. En los procesos judiciales, los abogados patrocinadores cumplen el mandato de sus clientes, a ellos se les delega actuar en defensa de los derechos e intereses de los mismos, por ello, estos profesionales son autorizados para que con su sola firma

presenten cuanto escrito fuere necesario; eso los convierte en protagonistas del conflicto y la resolución que el Juez llegue mucho dependerá del ingenio y desempeño del profesional del derecho y los argumentos jurídicos que utilice oportunamente; lo que no sucede en la mediación, los profesionales jurisconsultos usualmente no participan, simplemente cumplen el rol de observadores o veedores, porque los protagonistas de proceso son los participantes y dueños del conflicto, es decir la pareja, directamente busca las soluciones a sus verdaderos derechos e intereses.

8. En los procesos judiciales, todos y cada una de los actos se realizan con fundamento jurídico, por ello es que las resoluciones del conflicto son el resultado del “mérito del proceso”, en otras palabras, los presupuestos procesales de forma material, son los que convalidan y se legitiman los fallos; en cambio en la mediación, busca que la resolución sea el resultado del acuerdo de los participantes, tales acuerdos deben ser producto de los intereses comunes de los mismos, sustentando los intereses naturales, teniendo como referencia el ordenamiento jurídico a la materia que le corresponde.

De las diferenciaciones descritas anteriormente, se desprende que los procesos judiciales y la mediación son sumarios que tienen total diferenciación, además que sus características son irreconciliables; sin embargo, en la actualidad la Función Judicial no ha propuesto otra alternativa para ejercer la justicia familiar; los procesos conflictuales no van a cambiar, pero si se puede reducir los procesos judiciales, para que las familias ejerzan efectivamente los derechos consagrados en la Constitución de la Republica del Ecuador, de esta manera las diferencias de pareja conyugales puedan ser solucionadas, y puedan beneficiar a gran escala a todos sus miembros. Los fallos emitidos por los jueces pueden ser negativos para el desenvolvimiento de las parejas, hijos, en si familias, que resultado de un desgaste psicológico deben acudir a psicólogos, terapeutas, entre otros para de alguna manera disminuir el daño emocional y el desgaste personal.

El método con el que se resuelven los problemas de justicia, específicamente los procesos judiciales, por su entorno son procedimientos, que preponderan mayor exacerbación de la enemistad, antipatía y acusación entre los sujetos procesales, estos procesos con la diferentes instancias y es vericuetos legales pueden llegar a durar que muchos años, por los

que la crisis se convierte en rutina, e ello se suma que los profesionales en derecho se los acusa de ser detractores no solo del rival, sino también de la destrucción de sus clientes, he allí la respuesta de los escritos que denigran la condición del conflicto, en muchos de los casos con el afán de confundir a la autoridad hasta se falsea la verdad, con tal de obtener la razón; las estrategias que se emplean son beligerantes, de descalificar al adversario, y los protagonistas en los mismos, denominados abogados, solo les interesa dar argumentos que permitan que los jueces den un fallo a favor de sus clientes, y al mismo tiempo a favor de ellos mismos, ya que un resultado positivo los convierte en abogados de prestigio; sin considerar los que realmente es justo o quien tenga la razón, evitando a toda costa que la sentencia favorezca a las partes.

Como es lógico el proceso judicial trae insatisfacción y frustración en los procesados, los propios usuarios son los encargados de desacreditar el sistema de justicia, pero al mismo tiempo, es la única alternativa de solución de los conflictos familiares, dado que no existe otra alternativa de justicia.

Un proceso judicial se entiende terminado cuando la lógica y la razón han puesto un fin al conflicto, mediante la administración de justicia, no obstante, estas decisiones están fuera de la realidad, es alarmante ver como la corrupción en las actuaciones judiciales se ha convertido en el motor impulsador de las etapas procesales, quienes ejercen la función judicial y quienes están a cargo de ser observadores de los ciudadanos que cumplan sus deberes y derechos, han perdido en su gran mayoría el concepto ético y los principios que los llevaron a buscar el desempeño del cargo; y lo más importante el compromiso con los usuarios de los conflictos familiares.

Es necesario que los procesos jurídicos avizoren otros métodos más adecuados para la resolución de conflictos familiares, con ello se crea la necesidad de formar a profesionales en derecho con especialidad en administración del conflictos familiares, los mismos que deberán empoderarse de los intereses de los participantes del conflicto, a ello se suma el desarrollo de la competencia profesional que entienda la complejidad de las relaciones humanas y la idiosincrasia nacional, que evitaría la quiebra e inestabilidad familiar.

Para lograr que se incorpore al sistema judicial un tratamiento especial en esta singular materia, esta debe ostentar de una estructura física, personal y legal, refiriéndose a la primera, debe aclararse que es al espacio físico donde funcionara, en cuanto a la segunda, los encargados de enfrentar los conflictos familiares deben tener el suficiente conocimiento y habilidades; y por último la incorporación e institucionalización de la presencia de los mediadores en el sistema, para ello es eminente la creación de una ley especial que reconozca a estos profesionales como mediadores y que puedan desarrollar un intervención legal para esta determinada área; quienes ejerzan este rol serán de alguna manera privilegiados, ya que es de considerar que ejercen diferente función que los profesionales en jurisprudencia, recordando que un abogado defiende la posición de una de las partes, de manera diferente de los jueces, por no tener el poder para emanar una sentencia o fallo; también son diferentes las de los terapeutas, puesto que no buscan una amnesia psicología y emocional; también son diferentes de las trabajadores sociales, puesto que no guían ni asesoran sobre situaciones de bienestar social.

Sobre el sistema de justicia, reincide la responsabilidad de buscar la verdad absoluta, sin embargo, no son siempre la verdad de las partes; por lo que los jueces a la hora de prevenir en el conocimiento de las causas, deberían buscar acuerdos en la audiencia de conciliación, limitándose a que la acción de voluntad se resuelva en una sola reunión, sin llegar a ponerse de acuerdo; mientras que en la mediación se construye una sola verdad, misma que es la verdad de los participantes, y se lo realiza con reuniones progresivas.

La mediación Familiar tiene la noble responsabilidad con el sistema de justicia, busca mediante la dialéctica se pongan en tapete los derechos en pugna, además de las respectivas estrategias de solución para la confrontación, utilizando el principio cooperativo que brinda la mediación, por ello es ineludible entender que en el amplio campo de protección de los derechos, existe la posibilidad que intervenga el principio de integración, con lo que la normativa de Arbitraje y Mediación se convertiría una ley incorporada al marco jurídico, de forma obligatoria, evitando el tradicional sistema de justicia. Los procesos actuales deben transformarse por la inconformidad que causan, en

este sentido, los dos procesos, son compatibles y complementarios, ambos apoyan y protegen la integridad familiar como célula esencial de la sociedad; por lo que la inserción de la Mediación Familiar, establecido en el procedimiento de la nueva ley, antes de interponer cualquier indicio de proceso legal o juicio, debe ser revisado la solución del conflicto.

Dentro de lo que se conoce como Palacio de Justicia es menester que exista un trabajo adecuado entre los dos procesos, ya que es una necesidad cada vez mas exigente a nuestros tiempos, el efecto de confianza que producen las acciones diferentes, los jueces y los mediadores familiares deben interactuar para encontrar puntos clave de ruta, el primer contacto debe prescindir de la información adecuada, la oferta de Mediación Familiar, acto seguido la derivación de acuerdos ante el juez que ventila la causa, para que con ello el poder de la administración pública de administrar justicia, sea quien principie con los procedimientos, el compartimiento e interacción debe basarse en el principio de solidaridad, tanto en los procesos de Mediación Familiar, como ante el juez o jueza, siendo que se concientice a los actores y demandados, trabajen en conjunto, con el fin de que los usuarios no subestimen la inserción legal de la Mediación Familiar.

Es imperativo que en nuestro país brinde una estructura específica para la administración de justicia en materia de familia, a fin de que los jueces o juezas, y centros de Mediación Familiar, compartan principios y funciones que fomenten cooperación, que en la práctica tan necesaria, de igual manera para los procesos no duren largos periodos, y contribuyan con el desarrollo de cada familia en particular.

Existen componentes comunes que tienen que considerarse para una labor coordinada y cooperativamente, entre la administración de la justicia ordinaria y los centros de Mediación Familiar, por ello se debe citar lo siguiente:

1. La tolerancia de pensamientos múltiples, observar inevitablemente en las relaciones familiares, el respeto a la autodeterminación de los individuos y sus familias.

2. Excluir de los problemas familiares, triunfador y/o vencedor; y que uno solo de los participantes en el litigantes es adjudicatario de la verdad, bienes y derechos.
3. El discernimiento, creencia y tutela experta de las cuestiones afectivas y de las forman parte de la familia al momento de relacionarse.
4. La debida reserva que se necesita en cada intervención, usual y consecuentemente genera la confianza en los usuarios, en la administración de justicia y en los centros de Mediación Familiar; además, los profesionales serán los responsables de ambos procesos.
5. El resguardo para niños, niñas y adolescentes, ya que se convierten en sujetos vulnerables dentro de los conflictos de la familia, a fin de que este sector pueda ejercer efectivamente sus derechos.
6. Blandura en los procedimientos, con la debida capacidad que evite la empatía y adaptación ante los problemas que se presenten durante los procesos que se lleva a cabo.
7. Regulación en los procedimientos, con el fin que en la práctica, contexto y contingentes, se llegue a tomar decisiones y acuerdos de los participantes.

4.11. LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN LAS COMISARÍAS DE LA MUJER

En la Republica del Ecuador, desde hace varios años atrás operan las Comisarías de las Mujer, organismo que se encarga del juzgamiento de infracciones previstas en la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia, además de conocer y resolver todos los casos de violencia intrafamiliar, su primordial objetivo es el empoderamiento de la víctima, la sanción del agresor y la prevención de la violencia contra los integrantes de la familia, para lo que se gestionan un modelo que comprende tres niveles de básicos en su accionar:

- 1.- Prioridad en la atención, tendrán prioridad los casos en que por prevención se detecte violencia intrafamiliar, para estos casos las personas concurrentes de este servicio comunitario, para aquellos que no cuentan con la asistencia de profesionales del derecho.

2.- En segundo lugar tienen prioridad en la atención, toda denuncia de maltrato, mismo que inmediatamente inicia un procedimiento investigativo para establecer las faltas o delitos en los que el agresor a incurrido, si de los hechos no se desprende gravedad en el caso, el acusado será citado para la celebración de una mediación, a que se subsane alternativamente el conflicto; en el caso que la falta se la considerara como grave y constituya delito se pondrá a conocimiento de un Juez de garantías penales.

3.- Como tercer punto y el más importante socialmente es el empoderamiento de la víctima, este proceso busca las secuelas físicas, psicológicas; para luego de identificadas reestructurarlas.

La Comisarias de la Mujer forman parte de la Función Judicial, por ello es que enfrentan una serie de problemas en la ventilación de las mismas, por citar un ejemplo en la página web del Instituto Nacional de Estadística y Censo publica que: En el 2009, se “registraron 72 133 demandas y de estas se procesó el 45%; el 55% restante se sumó al año siguiente. El 46% de estos casos es para exigir pensiones alimenticias”. Estos datos no son alejados a lo que pasa en la actualidad, debido a que no ha cambiado el mismo sistema operativo de esta institución estatal.

En cuanto a lo que respecta al sustento alimenticio del menor, la reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, ha permitido la descongestión a gran escala de los procesos de alimentos, con lo que se está cumpliendo paulatinamente con el principio de celeridad, constante en la Constitución de la República del Ecuador.

El Estado ecuatoriano esta en necesidad de apoyar en la creación de un centro de Mediación Familiar, el mismo que al amparo de las normas constitucionales, pueda apoyar a la resolución de conflictos intrafamiliares de una forma rápida de menor valor económico, sin costo social, y sobre todo que su resultado tenga validez jurídica.

CONCLUSIONES

1. La familia es un núcleo social compuesto por adultos de ambos sexos, aprobada socialmente mediante el matrimonio, que influye con valores y moral, donde padres y hermanos enseñan normas reforzadas para ayudar en la conducta de los miembros, orgánicamente está unida a la sociedad, con una función de servicio a la vida y jurídicamente las personas mantiene relaciones de parentesco ya sea por consanguinidad, afinidad o adopción.
2. La familia tiene fundamentos de tipo legal, el libro primero del Código Civil que habla de las personas es la base legal de la familia y las relaciones conyugales es el pilar de la unidad familiar como medio del desarrollo de la vida individual, para lo que se requiere un sistema normativo de mayor amplitud, sin el que, viviríamos en un clima de anarquía, donde cada uno defendería sus intereses individuales aun en detrimento de las necesidades colectivas.
3. La estabilidad emocional y la seguridad familiar se ven amenazadas ante la situación que se vive actualmente, problemas socioculturales y económicos, influyen directamente en su proceso de desarrollo como individuos, así como también el factor comunicación y confianza. La crisis material y social del núcleo familiar, esta; originada por el desarrollo de una sociedad industrial y de consumo que imponen normas que atentan contra la familia, lo que implica separación de los miembros del núcleo y una serie de conflictos cuyo resultado incide negativamente en los hijos.

4. El matrimonio o la unión de hecho legalmente reconocida, constituye una de las instituciones más importantes para la conformación de una familia, ya que se convierten en el eje principal del engranaje social. Por tanto dicha institución merece mayor atención en todas las sociedades, donde se han dictado las normas indispensables para protegerla y garantizar los *derechos* primordiales que corresponden a cada uno de sus miembros.
5. A pesar del gran alcance que tiene nuestro actual derecho constitucional, la familia enfrenta graves problemas, entre los que tiene mayor incidencia el divorcio o separación y producto de él, problemas de tenencia de hijos, alimentos, disolución de bienes, etc.
6. La Mediación Familiar surge como mecanismo autocompositivo que ayuda a recobrar la funcionalidad de la familia y su comunicación, posibilitando su transformación y, en su caso, su resolución en interés de todas las partes incurso en dicho conflicto y en especial a la eficaz aplicación del principio del Interés Superior de la Niña, niño o adolescente.
7. A pesar que en el Ecuador posee instrumentos legales e instituciones que apoyan la solución de problemas familiares, estos no son suficientes para satisfacer las necesidades de los usuarios. Hace falta apoyo técnico para una mejor atención. (Psicólogos, terapeutas, sociólogos)
8. Se ha intentado aquí, como quizá esté a la vista, armonizar las prácticas del ejercicio profesional de la abogacía de familia, la mediación familiar y la justicia de familia, de modo que las habilidades y conocimientos aprendidos a partir de la mediación se extiendan beneficiosamente sobre las otras dos áreas, de modo que entre ellas no haya competencia sino una sana distribución de tareas en beneficio de los usuarios.

9. La Mediación Familiar como sistema de solución de conflictos puede generar un cambio sustancial en la justicia, a fin de que ésta considere la necesidad de agilizar los trámites y sobre todo entender la dinamica de los conflictos que tiene la familia.

10. Estamos viviendo una época de violencia en la mayor parte esta proviene de: Líderes políticos, comunicadores e incluso los humoristas que hacen mofa de la crisis social, y hacen ver como normal estos episodios de conflicto.

RECOMENDACIONES

Socializar los beneficios de la Mediación Familiar, como instrumento de una convivencia saludable entre sus miembros, de educación informal, por favorecer la emisión de conductas autónomas y comportamientos ajustados a las normas consensuadas.

Patrocinar estrategias a fin de que la Función Judicial considere una opción de dinamización de sus procesos a la Mediación Familiar privada.

La Administración de Justicia, debe propiciar procesos de Mediación Familiar, con otros profesionales de ramo social, previo al inicio de procesos judiciales que lleven a la familia a resquebrajar aún más sus relaciones antes que los hijos absorban la problemática de los padres.

Los Procesos de mediación deben tener mecanismos y técnicas que ganen la confianza de las partes a fin de que se aborden soluciones que permitan a sus miembros ejercer sus derechos a la protección jurídica y al debido proceso.

Es primordial diseñar un plan integral de educación que cubra en valores Familiares a toda la comunidad, estableciendo una política estatal que socorra a la crisis familiar.

Para evitar la intimidación patrimonial, es necesario concientizar a los progenitores que los beneficios económicos son para la niña, niño y adolescente; y no para la ex pareja.

Considerar la posibilidad de normar especialmente a la Mediación Familiar, ya que se ha observado que las normas de actual aplicación son en sentido general y no específico, con lo que se lograría poner en un cuadro de guarnición a los derechos de la niña, niño, o adolescente.

Elaborar planes estratégicos diferenciados para zonas urbanas y rurales, en virtud que la problemática es parecida, pero las necesidades diferentes.

Estamos viviendo una época de intensa violencia en la mayor parte esta proviene de: Líderes políticos, comunicadores e incluso los humoristas que hacen mofa de la crisis social, y hacen ver como normal estos episodios de conflicto.

Fortalecer la solidaridad en un sentido comunitario, trabajando para erradicar la violencia en todas sus formas y manifestaciones.

Es necesario que en las escuelas, colegios, institutos tecnológicos, universidades admiren, lean, estudien y aprendan los derechos consagrados en la Constitución de la Republica del Ecuador, y la ley. Solo si se genera una cultura de conocimiento se forjara una cultura de paz.

BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO, Juan, La Convención sobre los Derechos del Niño: Desde América Latina, Lima: Rdda Barmen; Bogotá: UNICEF, 1993.

ALEGRIA, Héctor, La Justicia Frente a la Nueva Orientación del Desarrollo, seminario justicia y desarrollo en América latina y el Caribe, San José de Costa Rica, 4 a 6 de febrero de 1993

ALLIENDE LUCO, Leonor y otros. El proceso de mediación, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1ª ed., 2002.

ALTERINI ATILIO ANIBAL; AMEAL OSCAR J., LÓPEZ CABAÑA R.M. “Curso de Obligaciones”; II Edición, Lavalley, Buenos Aires Argentina,

ÁLVAREZ GLADYS, S. ELENA; HIGHTON ELENA I.; JASSAN ELÍAS, “Mediación y Justicia”. Buenos Aires; Depalma, 1996.

ANDINO PATRICIO, Investigación Social, Teoría, Métodos y Técnicas, Quito- Ecuador, 1988.

ARGUDO Chejin Mariana; "Problemas de menores"; Ed. Porvenir; 1990; Quito

ARIAS LONDOÑO, Melba, La Conciliación en el Derecho de Familia, Legis Editores S.A. Primera Edición 2002, Colombia

BARUCH BUSH, R. A. y J. P. Folger. La promesa de la mediación, 1ª. Edición , Ediciones Granica, Buenos Aires, 1995.

BIELSA, Rafael A., El concepto de Reforma Orgánica del Servicio de Justicia, cuadernos de fundejus, 1993.

BIRGIN, HAYDÉE, KOHEEN, BEATRIZ, Acceso a la justicia como garantía de igualdad., I Edición, Editorial Biblos, Argentina, 2006.

BONET RAMON, Francisco. Compendio de Derecho Civil, tomo IV, Derecho de Familia, citado por MENDEZ COSTA, María Josefa y DE'ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Familia, RUBINZAL-Edsoni, editores, Santa Fe, Argentina, 1994.

BOCUHE PERIS, Henri, HIDALGO MENA, Francisco, ALVAREZ GONZALEZ, Beatriz, Mediación y Orientación Familiar, la regulación de la Institución Familiar, en el Ordenamiento Jurídico Español, Editorial Dykinson, Madrid 2005.

BOSZORMENYI-NAGY, Ivan y SPARK, Geraldine M. Lealtades Invisibles. Amorrortu editores. Buenos Aires. 1983.

BRULLET, CRISTINA Y GÓMEZ-GRANELL, CERMÉ, Malestares, Infancia, Adolescencia, Familia, Editorial GRAO, Barcelona, 2008.

CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III Editorial Heliasta, 1998.

CÁRDENAS, Eduardo José, La mediación en conflictos familiares, ed. Lumen, Buenos Aires,

CARDEÑA DIOS, Estela (2001). *Política Pública, Niñez y Adolescencia*. Instituto de Investigaciones Histórico Sociales. Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima-Perú.

COELLO GARCÍA ENRIQUE, “Derecho Civil – Sujeto del Derecho”; Cuenca – Ecuador, 1980. 1ra Edición.

Constitución de la República del Ecuador, promulgada en octubre del 2008.

CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones.

CÓRDOVEZ, CARLOS, Justicia, un vínculo pendiente entre Estado, ciudadanía y Desarrollo, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 2007.

COULSON, Robert. Family mediation: Managing conflict, resolving disputes, Jossey-Bass Publishers, 2nd. Ed., San Francisco, 1996.

CHÁVEZ DE BARRERA NELLY “Derecho Laboral Aplicado”; Agosto 2002

CHINOY, Ely, La sociedad. Una *introducción* a la sociología. Fondo de Cultura Económica 1985.

DÁVILA GLORIA Y OLAZÁVAL HUGO, De la Mediación a la Movilización Social, I Edición. Editorial Abya Yala, Ecuador, 2006.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

DICCIONARIO JURIDIGO OMEBA, tercera Edición.

DONNELL Daniel O, y García Méndez Emilio, Carranza Elías, Derecho a tener derecho, Editorial. Argudo, Quito-Ecuador, 1998.

FERNÁNDEZ, Alicia. Formación Ética y Ciudadana & EGB. Madrid, Editorial Kapelusz, 2001.

FROMM Erich, MARX, Horkeimer, TALCOTT, Parsons y otros, La familia, VIII *Edición*, Ediciones S.A., Buenos Aires, Argentina, 1998.

GARCÍA FALCONÍ JOSÉ C, Manual de Practica Procesal Civil, I Edición, Quito–Ecuador, 1995.

GARCIA, Juan, Manual de Práctica Procesal Civil.

GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA, Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el derecho de familia. Editorial: Reus. 2007

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006.

GONZÁLEZ MARÍA ISABEL, El Cuidado de los vínculos, Mediación Familiar y comunitaria, I. Edición, Editorial de la Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO, “La mediación: Una nueva metodología para la resolución de controversias”. Ponencia presentada al I Congreso Internacional de Derecho Procesal. La Habana-Cuba. 2007.

GRAWITZ MADELEINE, Teoría y Métodos de la investigación social”, Edición, Eudeba, Argentina/3ra Edición. <http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec/>

HOCSMAN, HERIBERTO SIMÓN. La mediación como sistema paralelo, Internet. Astrea, 2005.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS, MINISTERIO DE FRENTE SOCIAL. Sistema de Indicadores Sociales del Ecuador. Instituto Nacional del niño y la Familia. Centro de estudios de Población y Desarrollo. Resultado de la "Encuesta de medición de indicadores de la niñez y los hogares" EMEDINHO diciembre del 2000. Quito: Abya-Yala.; noviembre. 2000.

JOSSERAND, Louis, Derecho Civil, traducción Santiago Cunchillos y Monterula, ediciones jurídicas europa-américa, Bosch y CIA. –editores, Buenos Aires, 1952.

JUNCO VARGAS JOSÉ ROBERTO; “La Conciliación Aspectos Sustanciales y Procesales”; Bogotá; Temis S.A., 2002.

LARREA HOLGUIN, Juan; Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Tomo I, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2002.

MARLOW, Lenard y SAUBER, S. Richard. The Handbook of Divorce Mediation. Plenum Press, New York and London, 1990.

MAZEAUD, Jean, Henry y Leon, Lecciones de Derecho Civil, trad. ALCALA ZAMORA y CASTILLO, Buenos Aires 1959.

MENDEZ COSTA, María Josefa y DE’ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Familia

PABON PARRA, Pedro Alfonso, Delitos Contra la Familia, editorial Leyer, Bogotá-Colombia, 2001

PALACIOS, Alfredo. *La justicia social*. Editorial Claridad, Buenos Aires, Argentina, 1954.

PARRAGUEZ, Luís, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, 1II Edición, 995, Pág. 150.

PEÑA, Carlos. *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: antecedentes teóricos, empíricos y dogmáticos*, Informe de proyecto sobre equivalentes jurisdiccionales, documento de trabajo, CDJ-CPU, Santiago, 1996.

PEREZ Luis Carlos, Derecho Penal, segunda edición, editorial Temis, Bogota, 1991

PROGRAMA PRESIDENCIAL PARA LA JUVENTUD, LA MUJER Y LA FAMILIA Y UNIVERSIDAD DE CALDAS-MANIZALES, Ponencia presentada al Seminario Taller “Red de Apoyo a la Comisaría de Familia de Manizales”,. Septiembre 1994, IV Módulo, (CIF).

POYATOS GARCÍA ANA, Mediación Familiar y Social en diferentes contextos, I Edición, Editorial Artiqués, Valencia, 2003.

TAMAYO JARAMILLO JAVIER, “De la Responsabilidad Civil”; Temis S.A, Bogotá, 1986.

VALENCIA ZEA, Arturo, citado en PEREZ Luis Carlos, Derecho Penal, segunda edición, editorial Temis, Bogota, 1991

VELASCO CÉLLERI EMILIO, “Sistema de Practica Procesal Civil”, Publicaciones de Legislación CIA. Ltda., Quito- Ecuador, 1996 /1ra Edición.

VÉSCOVI ENRIQUE, “La justicia conciliatoria”, en Revista Uruguay de Derecho Procesal. 2003.

HEMEROGRAFIA:

IZURIETA MORA BOWEN, Raúl, Ecuador, nueva Ley de Arbitraje. www.natlaw.com/pubs/specfi1.htm, 2000.

ORTIZ NISHIHARA, Freddy, Porqué impulsar sistemas de conciliación y mediación en Perú y Ecuador. www.scribd.com *Research › Law*,, 2009.

IGLESIAS ARMIJOS, Ernesto, Mediación, humanismo y paz, 2010, www.cemproc.org/ecuador/index.htm

HERNÁNDEZ PÉREZ, Misalys, La mediación familiar como perspectiva de garantía para el interés superior del niño/a en conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad en Cuba, <http://www.eumed.net/rev/cccss/06/mhp.htm>.

II CONGRESO, La Familia en la Sociedad del Siglo XXI, Madrid 24, 25, 26 de febrero de 2004, http://www.fad.es/sala_lectura/IICongresoFamilias_conf.pdf

<http://www.derechoecuador.com>

<http://www.mmrree.gov.ec>

Familia y Sociedad, Relaciones conyugales. Vínculos familiares. Núcleo familiar conyugal, tradicional y actual. Normas sociales. Convivencia, <http://zip.rincondelvago.com>.

ANEXOS

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos que se relacionan con la niñez y adolescencia, están establecidos en los siguientes artículos:

Art. 1.-Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están, de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Art. 2.-Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Art. 3.-Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Art. 4.-Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Art. 6.-Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Art. 22.- Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Art. 26.- Numeral 1.- Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

Numeral 2.- La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales: favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

Numeral 3.- Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 13

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.
2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:
 - a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
 - b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

Artículo 14

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.
3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.
3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.
2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.
2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 21

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

- a. Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b. Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- c. Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- d. Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
- e. Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

Art. 35.- Las personas adultas mayores, niño/as y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado....

Art. 39.- El Estado garantizará los derechos de las jóvenes y los jóvenes, y promoverá su efectivo ejercicio a través de políticas y programas, instituciones y recursos que aseguren y mantengan de modo permanente su participación e inclusión en todos los ámbitos, en particular en los espacios del poder público.

El Estado reconocerá a las jóvenes y los jóvenes como actores estratégicos del desarrollo del país, y les garantizará la educación, salud, vivienda, recreación, deporte, tiempo libre, libertad de expresión y asociación. El Estado fomentará su incorporación al trabajo en condiciones justas y dignas, con énfasis en la capacitación, la garantía de acceso al primer empleo y la promoción de sus habilidades de emprendimiento.

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia

familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.

Art. 186.- En cada provincia funcionará una corte provincial de justicia integrada por el número de juezas y jueces necesarios para atender las causas, que provendrán de la carrera judicial, el libre ejercicio profesional y la docencia universitaria. Las juezas y jueces se organizarán en salas especializadas en las materias que se correspondan con las de la Corte Nacional de Justicia.

El Consejo de la Judicatura determinará el número de tribunales y juzgados necesarios, conforme a las necesidades de la población.

En cada cantón existirá al menos una jueza o juez especializado en familia, niñez y adolescencia y una jueza o juez especializado en adolescentes infractores, de acuerdo con las necesidades poblacionales...

Art. 341.- El Estado...

El sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Serán parte del sistema las instituciones públicas, privadas y comunitarias.

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA; CAPÍTULO II DERECHOS DE SUPERVIVENCIA Arts. 20 Y SIGUIENTES.

1. A la vida.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo. Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral.
2. A conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías.
3. A tener una familia y a la convivencia familiar.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia.
4. A protección prenatal.- Se sustituirá la aplicación de penas y medidas privativas de libertad a la mujer embarazada hasta noventa días después del parto, debiendo el Juez disponer las medidas cautelares que sean del caso.
5. A la lactancia materna.- Los niños y niñas tienen derecho a la lactancia materna para asegurarle el vínculo afectivo con su madre, adecuada nutrición, crecimiento y desarrollo.
6. A atención al embarazo y al parto.- El poder público y las instituciones de salud y asistencia a niños, niñas y adolescentes crearán las condiciones adecuadas para la atención durante el embarazo y el parto, a favor de la madre y del niño o niña, especialmente tratándose de madres adolescentes y de niños o niñas con peso inferior a dos mil quinientos gramos.
7. A una vida digna.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral.
8. A su identidad.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley.

9. A la identificación.- Los niños y niñas tienen derecho a ser inscritos inmediatamente después del nacimiento, con los apellidos paterno y materno que les correspondan. El Estado garantizará el derecho a la identidad y a la identificación mediante un servicio de Registro Civil con procedimientos ágiles, gratuitos y sencillos para la obtención de los documentos de identidad.
10. A la integridad personal.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual. No podrán ser sometidos a torturas, tratos crueles y degradantes.
11. A la inviolabilidad del hogar y las formas de comunicación.- Sin perjuicio de la natural vigilancia de los padres y maestros, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete la intimidad de su vida privada y familiar; y la privacidad e inviolabilidad de su domicilio, correspondencia y comunicaciones telefónicas y electrónicas, de conformidad con la ley.
12. A ser consultados.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez.

DE LA MEDIACIÓN

LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

Art. 43.- La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.

Art. 44.- La mediación podrá solicitarse a los centros de mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados.

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

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

Art. 45.- La solicitud de mediación se consignará por escrito y deberá contener la designación de las partes, su dirección domiciliaria, sus números telefónicos si fuera posible, y una breve determinación de la naturaleza del conflicto.

Art. 46.- La mediación podrá proceder:

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

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

Art. 47.- El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo.

En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador.

Por la sola firma del mediador, se presume que el documento y las firmas contenidas en éste, son auténticas.

El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.

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

En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del Código de la Niñez y Adolescencia y otras leyes relativas a los fallos en estas materias.

Art. 48.- La mediación prevista en esta Ley podrá llevarse a cabo válidamente ante un mediador de un centro o un mediador independiente debidamente autorizado.

Para estar habilitado para actuar como mediador independiente o de un centro, en los casos previstos en esta Ley, deberá contarse con la autorización escrita de un centro de mediación. Esta autorización se fundamentará en los cursos académicos o pasantías que haya recibido el aspirante a mediador.

El centro de mediación o el mediador independiente tendrá la facultad para expedir copias auténticas del acta de mediación.

Art. 49.- Quien actúe como mediador durante un conflicto queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes.

Además por ningún motivo podrá ser llamado a declarar en juicio sobre el conflicto objeto de la mediación.

Art. 50.- La mediación tiene carácter confidencial.

Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva.

Las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar.

Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad.

Art. 51.- Si alguna de las partes no comparece a la audiencia de mediación a la que fuere convocada, se señalará fecha para una nueva audiencia. Si en la segunda oportunidad alguna de las partes no comparece, el mediador expedirá la constancia de imposibilidad de mediación.

Art. 52.- Los gobiernos locales de naturaleza municipal o provincial, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro y, en general, las organizaciones comunitarias, podrán organizar centros de mediación, los cuales podrán funcionar previo registro en el Consejo Nacional de la Judicatura. La comprobación de la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento, por parte de un centro de mediación dará lugar a la cancelación del registro y prohibición de su funcionamiento. El Consejo de la Judicatura podrá organizar centros de mediación pre procesal e intraprocesal.

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

Los centros que desarrollen actividades de capacitación para mediadores deberán contar con el aval académico de una institución universitaria.

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

- a) La manera de formular las listas de mediadores y los requisitos que deben reunir, las causas de exclusión de ellas, los trámites de inscripción y forma de hacer su designación para cada caso;
- b) Tarifas de honorarios del mediador, de gastos administrativos y la forma de pago de éstos, sin perjuicio de que pueda establecerse la gratuidad del servicio;
- c) Forma de designar al director, sus funciones y facultades;
- d) Descripción del manejo administrativo de la mediación; y,
- e) Un código de ética de los mediadores.

Art. 55.- La conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Para efectos de la aplicación de esta Ley se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos.

Art. 56.- Los jueces ordinarios no podrán ser acusados de prevaricato, recusados, ni sujetos a queja por haber propuesto fórmulas de arreglo entre las partes en las audiencias o juntas de conciliación.

Art. 57.- En caso de no realizarse el pago de los honorarios y gastos administrativos conforme a lo establecido en la ley y el reglamento del centro de mediación este quedará en libertad de no prestar sus servicios.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Art. 62.- Las normas de la presente Ley se aplicarán inclusive a aquellos convenios arbitrales suscritos con anterioridad a su vigencia, siempre que el procedimiento arbitral no haya comenzado.

Art. 63.- Las instituciones que cuenten con un centro de mediación previo a la vigencia de esta Ley, necesitarán registrar al centro, sin perjuicio de continuar con su normal funcionamiento.

Art. 64.- Hasta que el Consejo Nacional de la Judicatura esté integrado o tenga sus delegaciones o representaciones en las provincias, cumplirán las funciones que le asignen esta Ley, las cortes superiores.